



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

Processo n° 16561.720133/2015-75
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1201-002.278 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de junho de 2018
Matéria IRPJ
Recorrentes HEMAVA ADMINISTRACAO E EMPREENDIMENTOS S.A.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2010

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

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

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário e negar provimento ao recurso de ofício. Vencidos os conselheiros: Eva Maria Los (relatora) e José Carlos de Assis Guimarães que davam parcial provimento ao recurso de Ofício para negar o diferimento da tributação do ganho de capital, e davam provimento em parte ao Recurso Voluntário para reduzir a multa de ofício para 75% e exonerar a responsabilidade solidária de Hélio de Athayde Vasone Júnior e Alceu Rodrigues Vasone. Designado o conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente

(assinado digitalmente)

Eva Maria Los - Relatora

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Eduardo Morgado Rodrigues (suplente convocada em substituição à ausência do conselheiro Rafael Gasparello Lima) e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente), a fim de ser realizada a presente Sessão Extraordinária. Ausente, justificadamente, o conselheiro Rafael Gasparello Lima.

Relatório

Trata o processo dos autos de infração de págs. 2.323/2.347, relativos a fato gerador em 31/12/2010, que exigem: R\$64.155.081,60 de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, relativo à infração GANHOS E PERDAS DE CAPITAL APURADOS INCORRETAMENTE. INFRAÇÃO: GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTO AVALIADO PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, R\$23.106.126,77, reflexo da infração descrita; foi aplicada multa de ofício 150%. Os procedimentos de fiscalização e as autuações estão descritos no Termo de Verificação Fiscal (TVF) de págs. 2.291/2.322.

2. Foram lavrados Termos de Sujeição Passiva Solidária, págs. 2.348/2.387:

Nome	CPF/CNPJ	Base legal
Hélio de Athayde Vasone	004.584.068-72	arts. 124, I e 135, III do CTN
Marilena Rodrigues Vasone	255.275.618-21	arts.124, I e 135, III do CTN
Hélio de Athayde Vasone Júnior	031.045.558-85	art. 135, III do CTN
Alceu Rodrigues Vasone	116.209.478-89	art. 135, III do CTN

Oliveira Trust Servicer S/A	02.150.453/0001-20	arts. 134, 135, I do CTN
FHMV - Participações e Empreendimentos Ltda	15.235.277/0001-70	art. 132 do CTN, art. 5º DL 1.598, de 1977
FRV - Participações e Empreendimentos Ltda	15.811.126/0001-13	art. 132 do CTN, art. 5º DL 1.598, de 1977
FCV - Participações e Empreendimentos Ltda	16.628.096/0001-77	art. 132 do CTN, art. 5º DL 1.598, de 1977

3. Cientificados, o contribuinte e responsáveis solidários apresentaram impugnações, págs. 2.415/3.375, julgadas pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro/RJ - DRJ/RJ1, que proferiu o Acórdão nº 12-86.078 de 17/03/2017, págs. 3.422/3.475, nos seguintes termos:

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em epígrafe, ACORDAM os membros desta Turma, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado, DAR provimento PARCIAL à Impugnação, para:

- Por voto de qualidade, reconhecer o direito da Interessada ao regime de diferimento da tributação previsto no art. 421 do RIR/99, e, dessa forma, considerar devidos R\$ 45.776.276,47 em Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e R\$ 16.489.756,92 em Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), vencidos os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil Carlos Roberto Andrade Guerra e Alexandre Lugon Soares;

- Por maioria de votos, manter a multa qualificada de 150%, vencido o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil Jacob Frajdenberg;

- Por unanimidade de votos:

- Manter os juros de mora sobre tributos e respectivas multas;

- Manter como responsáveis tributários solidários HÉLIO DE ATHAYDE VASONE, MARILENA RODRIGUES VASONE, HÉLIO DE ATHAYDE VASONE JÚNIOR, ALCEU RODRIGUES VASONE, FHMV PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA, FRV PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. e FCV PARTICIPAÇÕES E EMPREEN-DIMENTOS LTDA.;

- Exonerar da responsabilidade tributária a OLIVEIRA TRUST SERVICER S/A.

4. As ementas são as seguintes:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2010

ABUSO DE DIREITO. ÂMBITO DE APLICAÇÃO. O conceito de abuso de direito, embora positivado no Código Civil, tem aplicação sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro, pois não se pode admitir que alguém exerça seu direito para atingir finalidade diversa daquela para a qual foi criado, em prejuízo de terceiros.

SEGURANÇA JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS ARTIFICIOSOS. O princípio da segurança jurídica, mais do que não acudir quem usa de artifícios para reduzir sua carga tributária, fundamenta a desconsideração de atos e negócios jurídicos artificiosos.

REDUÇÃO DE CAPITAL. DESVIO DE FINALIDADE. ABUSO DE DIREITO. Quem utiliza o instituto da redução de capital a fim de transferir participação societária que já é objeto de negociação e, dessa forma, enquadrar a alienação em regra de tributação menos gravosa, abusa do seu direito de auto-organização.

COMPROVAÇÃO DO PROPÓSITO EXTRATRIBUTÁRIO. Em regra, não basta enunciar as possíveis vantagens de certa alternativa para demonstrar que de fato se decidiu em razão dos benefícios invocados. Deve-se também mostrar que as vantagens foram realmente perseguidas e alcançadas, ou explicar por que não foram. Sem esse complemento, as vantagens alegadas podem servir como mero pretexto para alcance de finalidades diversas.

VENDAS DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. MOMENTO DE OPÇÃO PELA FORMA DE RECONHECIMENTO DO LUCRO. Caso o contribuinte não seja intimado pela Fiscalização a declarar se opta pela forma de tributação prevista no art. 421 do RIR/99, poderá manifestar sua escolha na impugnação.

DÚVIDA QUANTO À PENALIDADE APLICÁVEL. A dúvida a que se refere o art. 112 do CTN não se confunde com polêmica. Independentemente de haver na doutrina ou na jurisprudência posições divergentes quanto à aplicação de um dispositivo, o art. 112 do CTN se refere às situações em que o Auditor-Fiscal está em dúvida quanto a algum elemento relevante para a aplicação da penalidade.

ABUSO DE DIREITO E MULTA QUALIFICADA. O abuso de direito caracterizado pela falta de propósito comercial não se confunde com fraude, logo não enseja, por si só, a qualificação da multa de ofício.

JUROS. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA. O art. 61, § 3º, da Lei 9.430/96, determina que os juros incidirão sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, e não simplesmente sobre tributos e contribuições. Como as multas decorrem dos tributos, sobre aquelas também incidem os juros.

EMPRESA CINDENDA. TRIBUTOS E MULTAS DEVIDOS PELA EMPRESA CINDIDA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A empresa cindenda responde solidariamente por tributos e multas devidos pela empresa cindida até a data do ato.

RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES. CARACTERIZAÇÃO DA FRAUDE. DESNECESSIDADE. A responsabilização dos administradores com base no art. 135 do CTN independe da caracterização de fraude, pois pode basear-se em outras formas de infração à lei, como, por exemplo, o abuso de direito.

RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES. ALCANCE. SOLIDARIEDADE. O art. 135, III, do CTN trata de responsabilidade solidária entre a empresa e os administradores

que praticaram atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

5. A DRJ/RJ1 recorreu de ofício, em atenção à Portaria MF nº 63 de 09 de fevereiro de 2017.

6. O contribuinte e responsáveis solidários foram cientificados em 28, 29, 30/03/2017 e 01/04/2017, págs. 3.491/3.498; a autuada apresentou recurso voluntário em 19/04/2017, tempestivo; os responsáveis solidários (exceto a *Oliveira Trust Servicer S/A*, na mesma data, tempestivos.

Recurso Voluntário. Hemava Administração e Empreendimentos S.A, de págs. 3.502/3.620

7. Acusa que os Agentes Fiscais descartaram as sucessivas explicações e razões "extratributárias" apresentadas pela RECORRENTE e demais pessoas fiscalizadas, pois já tinham uma visão pré-concebida sobre os fatos - no que foram seguidos pela DRJ/RJ1 cuja decisão, igualmente se mostrou pré-disposta a enxergar ilícito onde apenas houve fruição regular de direitos, do contrário, o acórdão teria se preocupado em analisar o laudo técnico, elaborado pela PricewaterhouseCoopers, e juntado aos autos antes do julgamento, mas, sobre o qual, não obstante confirmar a efetividade dos objetivos relatados ao fisco, esvaziando o cerne da acusação fiscal, não foi feita sequer menção pelo aresto recorrido, nem ao menos para justificar sua desconsideração na análise do caso.

8. Diz que apresentou todas as razões que comprovam a realização de planejamento patrimonial sucessório, feito nos termos da legislação regente, devidamente informados às respectivas autoridades competentes (fisco incluso), sem que tenha sido identificado qualquer ato que esvaziasse, ou mesmo desfizesse seus efeitos jurídicos, sendo, portanto, absurdo falar-se em "falta de motivação extratributária" e, por via de consequência, em abuso de direito ou fraude, na linha do próprio entendimento até aqui prevalecente, dado que o TVF foi claro ao afirmar que "*se a alienação da ZAR estiver no contexto das justificativas extratributárias dadas para a existência do FIP, o ganho auferido pelo fundo será legítimo*"; mesmo que se admitisse a ausência de qualquer "motivação extratributária", isto não autoriza a conclusão de que houve "fraude", muito menos "abuso de direito", como afirmou o acórdão n. 12-86.078 para manter a qualificação da multa, de modo que o acórdão deve ser cancelado.

9. Requer a nulidade do Acórdão DRJ/RJ1, por violar os arts. 142 e 146 do Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, dado que alterou os critérios jurídicos do lançamento, pois reconheceu a não ocorrência de fraude, mas entendeu ter havido abuso de direito, a justificar a multa de 150%, mesmo reconhecendo não ser hipótese para tal.

10. Assevera, que o real alienante da ZAR foi o HMV FIP; HMV FIP não agiu como um simples agente da HEMAVA. A presença do HMV FIP no contrato de compra e venda ocorreu de maneira efetiva, possuindo o HMV FIP a condição de titular do ganho de capital realizado e de beneficiário efetivo dos recursos financeiros auferidos com a venda; aduz que, juntamente com a HEMAVA, os patriarcas também transferiram a LOCALPAR ao HMV FIP, investimento esse mantido pelo fundo até a presente data; os recursos financeiros da alienação da ZAR foram recebidos pelo HMV FIP, passando a integrar o seu patrimônio, empregados em "private equity", ou transferidos para os FIQs que detinham o seu controle, posteriormente transformados em fundos de investimento multimercados, conforme *site* da CVM; apresenta

quadro com evolução anual da carteira dos fundos, pág. 3.523 e descreve as aquisições do HMV FIP depois da venda da ZAR, pág. 3.524/3.525.

O capital social da ZAR era detido majoritariamente pelo Sra. Zilda Aranha Rodrigues, mãe da Sra. Marilena Rodrigues Vasone e Sra. Maristela Rodrigues Marco Antônio; a ZAR detinha 58,81% do capital social da São Luiz Operadora Hospitalar S.A. ("SLOH"), operadora de planos de saúde que, por sua vez, detinha praticamente a totalidade do capital social do HOSPITAL SÃO LUIZ.

Falecida a Sra. Zilda, a participação societária na ZAR foi para suas filhas, , até o ano de 2002, quando os patriarcas da Família Vasone transferiram a sua participação na ZAR para HEMAVA , que passou a ser sociedade holding controlada pela Família Vasone. Também os patriarcas da Família Marco Antonio, transferiram a sua participação na ZAR para uma holding por eles controlada. Visaram assegurar uma gestão dos negócios e livre das eventualidades que atingem as pessoas naturais (falecimentos, incapacidades, dissoluções conjugais, discórdias, etc).

Em 2009, os patriarcas da Família Vasone decidiram implementar o seu planejamento sucessório: em 01/12/2009, a HEMAVA foi transformada uma sociedade por ações, necessária à sua transferência ao HMV FIP, pois esse tipo de fundo so pode investir em sociedades anônimas.

Em 18.12.2009, as ações ordinárias detidas pelos patriarcas no capital social da HEMAVA foram transferidas ao HMV FIP, a título de integralização de cotas, permanecendo as ações preferenciais da HEMAVA sob a titularidade direta dos patriarcas³. Na mesma ocasião, transferiram para o HMV FIP as suas ações ordinárias na empresa Localpar Participações S/A , holding recentemente constituída para consolidar os investimentos detidos nas empresas: Localfrio S.A. Armazéns Gerais Frigoríficos, Localimob Participações S.A. e Translocal Intermodal Transportes e Armazenagens Ltda.

Na mesma data, em 18/12/2009, os patriarcas da Família Vasone constituíram, ainda, os Fundos de Investimento em Quotas de Fundos de Investimento (FIQs), transferindo para cada fundo 25% das cotas que detinham no HMV FIP: (i) AV FIQ FIP - Fundo de Investimento em Quotas de Fundos de Investimento em Participações ("AV FIQU"); (ii) CV FIQ FIP -Fundo de Investimento em Quotas de Fundos de Investimento em Participações ("CV-FIQ"); (iii) HVJ FIQ FIP - Fundo de Investimento em Quotas de Fundos de Investimenio em Participações ("HVJ-FIQ"); e (iv) RV FIQ FIP -Fundo de Investimento em Quotas de Fundos de Investimento em Participações ("RV-FIQ")⁶. sob a titularidade direta dos patriarcas³.

Em 27.4.2010, a HEMAVA transferiu a sua participação na ZAR diretamente ao HMV FIP, via redução de capital executada mediante o cancelamento de parte das ações ordinárias representativas do capital social da HEMAVA, as quais eram detidas pelo HMV FIP Ata de Assembleia Geral Extraordinária naquela data.

5.2. Em virtude da redução de capital e cancelamento das respectivas ações ordinárias de emissão da Companhia, os acionistas aprovam a entrega pela Companhia aü acionista HMV - Fundo de Investimento em Participações, a título de restituição do valor de RS 36.039.943,00 correspondentes às suas ações canceladas, nos termos do item 5.1. acima, de 21.323.363 ações ordinárias de emissão da ZAR Participações e Empreendimentos, sociedade por Ações, [...] ["Ações da ZAR"), com tudo o que as mesmas representam, livres e desembaraçadas de todos e quaisquer gravames.

Em virtude da redução de capital da HEMAVA, o HMV FIP passou a deter diretamente o investimento na ZAR. Vale observar, entretanto, que essa participação já se encontrava inserida na estrutura do fundo de investimento, sendo indiretamente controlada pelo HMV FIP.

Quatro meses depois da redução de capital da HEMAVA, em 2/9/2010, o HMV FIP celebrou o contrato de compra e venda da sua participação na ZAR para a empresa FMG Empreendimentos Hospitalares S.A. ("FMG").

11. Argumenta que a motivação da transferência da ZAR para HMV FIP foi extratributária: gestão patrimonial, controle de riscos, segregação de ativos, linhas de negócios, manutenção do controle dos investimentos, proteção de herdeiro incapaz e segurança jurídica, preservar o patrimônio da família e evitar conflitos entre os herdeiros e que a organização de ativos em fundos de investimento é alternativa de gestão muito flexível; o planejamento sucessório dos patriarcas foi efetivado mediante a doação das quotas dos FIQs aos filhos e netos;. destaca o Acordo de Quotistas de Fundos de Investimento celebrado e as regras que objetivam a proteção de filha incapaz, sob curatela dos patriarcas, bem como as regras de sucessão; destaca que a transferência da participação da ZAR e redução de capital da Hemava, não devem ser analisadas isoladamente, mas no contexto maior do planejamento sucessório;

que a manutenção da Hemava entre HMV FIP e a ZAR geraria duplicidade desnecessária na linha vertical de comando; a Hemava não era holding pura, explorava a atividade rural e imobiliária; a função de holding familiar passou a ser desempenhada pela HMV FIP e a Hemava em empresa imobiliária e a atividade operacional da Alvi no ramo de prestação de serviços médicos já estava encerrada quando da sua transferência para a Hemava; apresenta o organograma final à pág. 3.540; não tem como atestar a veracidade dos "documentos" da Rede d'Or.

12. Argui que devolução de capital é opção fiscal concedida pelo legislador, art. 22 da Lei nº 9.249, de 1995, e que o legislador concede a faculdade (opção fiscal) de reduzir o capital pelo valor contábil, sem a realização de ganho de capital; cita jurisprudência do CARF e autores.

De todo modo, a RECORRENTE passa a demonstrar que o contribuinte (ou melhor, no caso, a pessoa que sequer é contribuinte porque não ocorreu qualquer fato gerador de obrigação tributária em que ela tenha sido sujeito passivo) tem o direito de organizar os seus negócios com o objetivo de diminuir a sua carga tributária (elisão fiscal). O que não se tolera é unicamente a realização de negócios simulados ou fraudulentos (evasão fiscal).

Vê-se que o STJ reconheceu o direito de o Poder Legislativo, titular da competência tributária, preencher os vazios legislativos, ou zonas de não incidência, dentro dos quais se desenvolve o planejamento tributário, mas que tal preenchimento deve ser feito através da edição de novas normas (como a do art. 33 do Decreto-lei nº 2.341, então "sub judice"), e se observadas as balizas do CTN e as constitucionais.

13. Assevera que, no presente processo, por adentrarem nos motivos da Recorrente e demais pessoas, os fiscais, tirando conclusões suas, divergentes dos motivos que lhes foram declarados, ao invés de procederem como determina o parágrafo 1º do art. 845 do RIR/99, simplesmente acharam que os declarantes estariam mentindo e encobrindo a verdade dos motivos e a verdade, que seria a que eles pregaram.

14. Acusa ilegalidade na qualificação da multa de ofício para 150%.

15. Reclama de ilegalidade da cobrança de juros sobre multa

Recurso Voluntário. Hélio de Athayde Vasone, Marilena Rodrigues Vasone, Hélio de Athayde Vasone Júnior, Alceu Rodrigues Vasone, FHMV - Participações E Empreendimentos Ltda, FRV - Participações e Empreendimentos Ltda. e FCV - Participações E Empreendimentos Ltda., págs. 3.745/3.815.

16. Sobre a acusação de fraude, dizem que, ainda que se admitisse que os contribuintes possuem a obrigação legal de revelar as "motivações" dos seus negócios para as autoridades fiscais, o que nem por um momento as Recorrentes admitem, a falta da prestação de esclarecimentos às autoridades fiscalizadoras, quando muito, poderia ensejar a aplicação da multa agravada prevista no art. 44, §2º, I, da Lei n. 9.430/96; jamais a caracterização das hipóteses de fraude, conluio, dolo, ou simulação, previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502/64, pressuposto para aplicação da multa qualificada de 150% e para atribuição de

responsabilidade aos diretores, na forma do art. 135, III, do Código Tributário Nacional; pois a fraude da fraude, deve necessariamente estar relacionada aos fatos, ausência de registros ou falsificação de documentos relacionados ao negócio jurídico celebrado.

17. Reiteram os argumentos opostos pela Hemava: nulidade da decisão DRJ e demais argumentos.

18. Apontam ausência de qualquer infração à lei ou estatuto social, sendo impossível equiparar a suposta ausência de motivação extratributária ao conceito de fraude e atribuir-lhes responsabilidade tributária com fundamento no art. 135, III, do CTN, o qual requer a presença do elemento subjetivo "dolo", ou seja, ato deliberado consistente na prática de crime contra a ordem tributária.

19. Invoca a Portaria nº 2.284, de 29/11/2010, da RFBrasil, que estabelece que os Auditores-Fiscais, deverão, sempre que, no procedimento de constituição do crédito tributário, identificarem hipóteses de pluralidade de sujeitos passivos, reunir as provas necessárias para a caracterização dos responsáveis pela satisfação do crédito tributário lançado; que neste caso, os agentes fiscais descumpriram essa determinação. O ônus da prova de que determinado administrador atuou de maneira fraudulenta compete às autoridades fiscais. No presente caso, simplesmente presumiu-se que todos os diretores teriam indistintamente praticado atos fraudulentos, sem que tenha sido apresentada qualquer prova nesse sentido.

20. Aponta impossibilidade de atribuição simultânea de responsabilidade à Hemava e aos seus Diretores, nos termos do art. 135 do CTN, que cuida da responsabilidade pessoal e exclusiva dos administradores, quando o nascimento da obrigação tributária resultou de atos praticados por estes, à margem das atividades funcionais, em prejuízo da pessoa jurídica.

Em suma, das duas uma: (i) ou se está diante de uma situação na qual os administradores agiram dentro dos seus poderes normais de gestão e representação, caso em que a sociedade representada é a única responsável pelo pagamento do débito tributário; (ii) ou se está presente uma situação na qual os administradores agiram com excesso de poderes, extrapolando um limite funcional derivado da lei ou do estatuto social, caso em que os administradores são os únicos responsáveis pelo pagamento do tributo, com exclusão da responsabilidade da empresa.

21. Argumenta sobre a ausência de "interesse comum" (art. 124, I, do CTN) entre a Hemava e Hélio e Marilena Vasone, patriarcas da família Vasone, reconhecida pela DRJ.

22. Acerca da responsabilidade tributária das sociedades sucessoras, FHMV Participações, FRV Participações e FCV Participações, que incorporaram parcelas resultantes da cisão parcial da Hemava, argumenta não ser razoável atribuir-lhes responsabilidade solidária integral pelo auto de infração, no total de R\$259.061.075,41, se o total de parcelas da Hemava que incorporaram foi de R\$8.012.717,10.

23. Asseveram que jamais pediram que fosse declarada a "inconstitucionalidade" do art. 132 do CTN. Pediram, apenas, que a determinação do alcance desse dispositivo legal fosse feita em conformidade com os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade que orientam a tarefa do julgador e ainda do princípio da capacidade contributiva e do direito de propriedade, equidade e justiça; cita o art. 1.792 do Código Civil, regra que

deve ser aplicada por analogia, a teor do art. 108, I do CTN, admitindo-se, no máximo, a responsabilização apenas até o limite da parcela cindida.

24. Destacam que as Sociedades Sucessoras não respondem pelas multas cobradas, especialmente, se, como no caso, o correspondente débito tributário foi constituído posteriormente á realização da operação societária; invoca o princípio da individualidade da pena.

25. Requerem o cancelamento dos Termos de Responsabilidade dos Diretores da Hemava; as Sociedades Sucessoras da mesma forma e subsidiariamente a limitação da responsabilidade ao valor da cisão e apenas em relação ao principal, excluindo-se a multa; se o CARF entender pela necessidade de documentos e esclarecimentos adicionais, requer a conversão em diligência.

Contrarrazões ao recurso Voluntário e Razões ao recurso de Ofício. Procuradoria da Fazenda Nacional, págs. 3.878/3.920

26. Após historiar os fatos, enfatiza que houve quebra da relação entre HEMAVA e ZAR (investimento alienado), com o estabelecimento de artificiosa relação entre HMV FIP e ZAR, o que revelou a real motivação da autuada: transferir o ganho de capital para o Fundo, de modo a evadir-se dos tributos devidos; que não houve racionalidade econômica na interposição de um fundo, com a manutenção de duas holdings e com incremento significativo dos custos, sem que qualquer benefício consistente fosse apresentado, a não ser a economia tributária de aproximadamente R\$ 48,45 milhões, além do diferimento da tributação para o momento do resgate.

27. Descreve a reorganização societária e a alienação da ZAR e que, por meio dessa reestruturação, a família Vasone obteve duas vantagens tributárias: (i) o diferimento da tributação do ganho de capital para o momento de resgate das cotas do FIP; e (ii) a redução de alíquota, que passou de 34% (IRPJ + CSLL) para 15 a 22,5% de imposto de renda, dependendo do prazo de permanência do investimento no fundo, e destaca que a fiscalização considerou incontestado que a passagem para o FIP das ações da ZAR detidas pela HEMAVA foi artificialmente concebida para que o ganho de capital auferido pela HEMAVA ficasse ao abrigo do HMV FIP; que a Oliveira Trust Servicer SA (OTS), de fato, não atuou como administradora/gestora do fundo HMV FIP.

28. No que tange ao recurso de ofício, discorda da exoneração parcial do crédito constituído, pois o fato gerador foi comprovado de forma suficiente e adequada, a hipótese de incidência correta, assim como a base de cálculo e alíquotas, bem como o sujeito passivo, o que foi reconhecido e confirmado no Acórdão DRJ; que o diferimento da tributação é questão alheia aos elementos da obrigação tributária e não poderia ter havido a exoneração se o próprio acórdão reconheceu o acerto da apuração; que a permissão no art. 421, do RIR de 1999, é direcionada ao contribuinte, não sendo norma destinada à Fiscalização, e tem por premissa que o próprio contribuinte faça sua opção e a reflita em sua contabilidade. Isso permite concluir que o referido dispositivo não se aplica aos lançamentos de ofício, pois o seu pressuposto é o lançamento por homologação. Pretender a sua aplicação, de modo indevido, ao lançamento de ofício, acarreta o equívoco ora verificado no acórdão recorrido; se fosse assim, constaria da legislação, como por exemplo o art. 20-A da Lei nº 9.430, de 1996, relativo à opção por método de apuração de preço de transferência; o contribuinte assumiu um risco ao estruturar o planejamento tributário da forma como o fez. Se assim optou, ciente da possibilidade de ser descoberto pela Fiscalização, utilizando-se de artifícios, deslocando e diferindo, de modo

indevido, a tributação para o fundo de investimento, isso implica a renúncia tácita ao permissivo contido no art. 421 do RIR, de 1999.

29. Quanto à exoneração da responsabilidade tributária da Oliveira Trust Servicer S/A (OTS), gestora do HMV FIP, diz que o acórdão recorrido compreendeu mal o fundamento da responsabilização, que foi o art. 135, I do CTN; o art. 134, III não foi o fundamento e, sendo assim, cabe averiguar se há algum administrador de bens de terceiro que tenha praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos para que seja ele responsabilizado pelos créditos correspondentes à obrigação tributária em questão.

30. Cita o relatório de fiscalização, para concluir que a responsabilidade tributária da OTS, está bem fundamentada, diante dos fatos apurados, das respostas dadas pela própria OTS e das demais provas constantes dos autos; que é inconteste que a OTS, colocando-se em posição subserviente, mesmo detendo a expertise na administração de fundos, contribuiu para a fraude à legislação tributária e, ainda, infringiu ela, diretamente, a normatização atinente aos fundos de investimento em participação.

31. O equívoco do acórdão recorrido é que, mesmo adotando a sua interpretação, a DRJ ignorou que as operações foram desconsideradas para fins tributários; por consequência, a HEMAVA foi identificada como alienante do investimento, o que foi aceito e reconhecido pela DRJ; então, também para fins tributários o bem deve ser considerado como de propriedade da HEMAVA, e não do HMV FIP, o que confirma a responsabilidade da OTS. Deve-se levar em conta, que o HMV FIP, sendo fundo de investimento em participações, não possui personalidade jurídica. As ações da ZAR, portanto, sendo parte do fundo (condomínio) eram bens que estavam sob administração formal da OTS.

32. Quanto ao recurso voluntário, a PFN argumenta conforme resume-se a seguir.

33. Discorda do pleito de nulidade do Acórdão DRJ, pois a adoção de diversos argumentos como fundamento não implica alteração do critério jurídico da autuação; os critérios utilizados pela Fiscalização foram reconhecidos como corretos pelo acórdão recorrido que, eventualmente, apresentou reforço do entendimento com outros argumentos, relacionados aos próprios critérios adotados pela Fiscalização.

34. Sobre um dos fundamentos do recurso voluntário de que não há previsão legal que autorize a desconsideração dos atos e negócios efetivamente ocorridos, exclusivamente sob a alegação de que foram praticados em razão de economia tributária, ou seja, sem um real propósito negocial, aponta ser equivocado o entendimento do contribuinte; a atuada, como sociedade empresária, detém uma empresa, entendida como exploração organizada da atividade econômica, que possui um objeto social, isto é a empresa existe em razão de propósitos negociais, devendo atender corretamente sua função social. A substância econômica é inerente à empresa. Disso se entende que a prática de atos empresariais com o intuito único de economia tributária, ou seja, sem um real propósito negocial, caracteriza uma utilização indevida da empresa. Trata-se, na verdade, de uma distorção ou de um desvirtuamento de sua finalidade. Exercer um direito para um recolhimento tributário a menor, sem a existência de substrato econômico, caracteriza abuso desse direito, torna o ato ilícito e conduz à ineficácia do planejamento tributário. E cita precedente histórico do CARF, citado no Acórdão recorrido; e contesta os argumentos da atuada.

35. Sobre o acordo de confidencialidade e tratativas de negociação da ZAR antes da sua alienação ao HMV FIP, aponta que a alienação da ZAR já era prevista haja vista a existência

de uma minuta datada de 22/04/2017, portanto, anterior à alienação da ZAR ao HMV FIP, que foi em 27/04/2010 obtida junto à Rede d'Or (adquirente das ações da ZAR em 02/09/2010). Tal fato evidencia a artificialidade da alienação da ZAR ao HMV FIP.

36. Sobre a opção fiscal do art. 22 da Lei nº 9.249, de 1995, o Acórdão recorrido evidenciou que essa questão não é relevante, mas sim a motivação extratributária para a redução do capital social da Hemava. O que o contribuinte deve justificar é a decisão de reduzir o capital.

37. Pugna pela manutenção da multa qualificada, haja vista a autuada ter agido de forma dolosa para impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária originada da alienação das ações da ZAR.

38. Em relação à responsabilidade tributária, as operações que visaram o ganho tributário indevido foram arquitetadas pelos administradores à época dos fatos. Assim, é claro o art. 135, inciso III, do CTN, ao dispor que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis; discorda que tal responsabilidade é pessoal e exclusiva, o que impossibilita a atribuição simultânea de responsabilidade da Hemava, pois o Superior Tribunal de Justiça - STJ possui diversos precedentes no sentido de que a responsabilidade do art. 135, III, do CTN, é solidária, ou seja, respondem juntamente com a sociedade empresária os seus dirigentes e cita córdão, que, além de reconhecer a natureza de responsabilidade solidária do dispositivo do CTN; cita CARF.

39. Sobre incidência de juros de mora sobre multa, invoca o art. 161 do CTN.

Petição. Oliveira Trust Servicer S/A, págs. 3.925/3.950.

40. Cientificada em 30/03/2017, págs. 3.488 e 3.876, a Oliveira Trust Servicer S/A apresentou Manifestação, em 01/08/2017, em relação às Contrarrazões da PFN, para reiterar as razões de fato e de direito que impõem a manutenção do cancelamento do Termo de Sujeição Passiva lavrado contra ela.

41. É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Eva Maria Los, Relatora

42. Haja vista o recurso de ofício da DRJ e recursos voluntários da Autuada e Responsáveis Solidários, cabe a análise de todas as questões suscitadas.

1 Acórdão 1ª Instância. Nulidade.

43. A autuação fiscal se baseou em que não houve propósito comercial na criação do fundo HMV FIP e na transferência das ações da ZAR, detidas pela Hemava para o fundo HMV FIP, exceto reduzir a tributação do ganho de capital apurado na venda da ZAR, que foi efetuada logo em seguida.

Não é lícito que se utilize um fundo de investimentos em participação de forma desviada da maneira como é normalmente

utilizado, em especial quando se está diante de estruturação flagrantemente artificiosa e sem substância econômica.

44. E aplicou multa qualificada segundo o seguinte entendimento de que ocorreu fraude (art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964) identificada por:

81. A HEMAVA, ao transferir, sem qualquer motivação extratributária, as ações da ZAR para o HMV FIP, agiu dolosamente para impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador (definição de fraude) nascido com a alienação que ela, HEMAVA, em essência, fez. A conduta dolosa da HEMAVA é patente, pois ela quis, por meio de uma transferência artificiosa da ZAR para o HMV FIP, impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação principal originada pela alienação das ações da ZAR.

45. A DRJ :

85. O que toma inoponível ao Fisco o negócio desprovido de motivação extratributária é o abuso de direito. Como este não se confunde com fraude, assiste razão à Interessada quando afirma que a ausência de motivação extratributária não enseja, por si só, a qualificação da multa. Vale dizer: a ausência de motivação extratributária que configura abuso de direito, não caracteriza necessariamente fraude.

a. E após rememorar os esclarecimentos oferecidos pela autuada, concluiu:

89. Todos esses elementos demonstram que a transferência da ZAR não ocorreu por qualquer das razões apresentadas pela Interessada, mas para que a alienação se enquadrasse artificialmente em regra de tributação menos gravosa. Dessa forma, é forçoso concluir que a Interessada prestou intencionalmente informações inverídicas à Fiscalização quantos às suas motivações, devendo-se manter a multa qualificada.

b. Ou seja, em outras palavras, também concluiu que houve intenção dolosa a justificar a qualificação da multa.

46. A Recorrente requer a nulidade do Acórdão DRJ/RJ1, por violar os arts. 142 e 146 do CTN, pois teria alterado os critérios jurídicos do lançamento.

47. Não se pode qualificar a conclusão da DRJ como modificação no critério jurídico adotado pelos autuantes no exercício do lançamento.

48. E a nulidade de uma decisão como o caso da DRJ, só se justifica se ocorrer a preterição do direito de defesa, conforme estatuem os arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

1.1 PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA.

49. A preterição do direito de defesa não ocorreu, pois a impugnação que apresentou foi apreciada e o recurso voluntário ao CARF foi apresentado e acolhido para julgamento.

2 Autuação Fiscal. Mérito.

2.1 TRANSFERÊNCIA ZAR AO HVM FIP.

2.1.1 *Fundo de Investimento em Participação. Objetivo.*

3. A Instrução CVM no 391, de 16 de julho de 2003, vigente à época dos fatos analisados, com alterações introduzidas pelas Instruções CVM nº 435/06, 450/07, 453/07, 496/11, 498/11, 535/13, 540/13, 545/14, 549/14 e 554/14, determinava:

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

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

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

I – pela detenção de ações que integrem o respectivo bloco de controle,

II – pela celebração de acordo de acionistas ou, ainda,

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

4. A Instrução supra foi revogada em 30/08/2014, pela Instrução CVM nº 578, de 30 de agosto de 2016, que sofreu ainda alterações pela Instrução CVM nº 579, de 2017, porém manteve a definição supra (art. 5º, art. 20, § 6º).

5. A Associação Brasileira de Private Equity e Venture Capital (ABVCAP) elaborou uma cartilha (Fonte: <http://www.abvcap.com.br/Download/Guias/2726.pdf>), em março/2015:

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Atualmente, informa a BM&Bovespa (http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/produtos/listados-a-vista-e-derivativos/renda-variavel/fundos-de-investimento-em-participacoes-fip.htm):

Fundos de Investimento em Participações (FIP). O produto.

O Fundo de Investimento em Participações (FIP) é uma comunhão de recursos destinados à aplicação em companhias abertas, fechadas ou sociedades limitadas, em fase de desenvolvimento. Cabe ao administrador constituir o fundo e realizar o processo de captação de recursos junto aos investidores através da venda de cotas.

O FIP é um investimento em renda variável constituído sob a forma de condomínio fechado, em que as cotas somente são resgatadas ao término de sua duração ou quando é deliberado em assembleia de cotistas a sua liquidação.

O fundo deverá participar do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração.

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

- *pela detenção de ações que integrem o respectivo bloco de controle;*
- *pela celebração de acordo de acionistas; ou pela adoção de procedimento que assegure ao fundo efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão.*

Busca-se criar valor para a companhia, por meio do desenvolvimento de seu negócio, bem como pela implementação de práticas de governança corporativa.

Os FIPs devem ser classificados nas seguintes categorias, de acordo com a composição de sua carteira:

FIP - Capital Semente: (...)

FIP - Empresas Emergentes: (...)

FIP – Infraestrutura (FIP-IE) e FIP – (...)

FIP – Multiestratégia: são aqueles que não se classificam nas demais categorias por admitir o investimento em diferentes tipos e portes de sociedades investidas. Estes fundos têm a possibilidade de investir até 100% de seu capital subscrito em ativos no exterior, porém, neste caso, são destinados exclusivamente a investidores profissionais.

8. Fonte: www.bmfbovespa.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId:

Vantagens do produto

- *A gestão do FIP é realizada por um gestor profissional, especializado e com condições técnicas de analisar os investimentos com maior perspectiva de retorno.*
- *O investidor participa do crescimento dos negócios das companhias investidas, independentemente de serem de capital aberto ou fechado ou ainda limitada.*
- *FIPs buscam investimentos com alto potencial de retorno, o que resulta em oportunidades de ganhos relevantes.*
- *Permite a participação em diferentes investimentos, com redução do risco global da carteira.*

2.1.2 *Fundo de Investimento em Quotas de Fundos de Investimento em Participações - FIQ
FIP*

9. Enquanto um fundo de investimento, tradicional, investe seus recursos em ativos, como ações, títulos públicos, operações cambiais, e outros. O fundo de investimento em cotas aplica cerca de 95% de seus recursos em cotas de outros fundos. (fonte: <https://topinvest.com.br/fundo-de-investimento-x-fundo-de-investimento-em-cotas/>)

2.1.3 *Objetivos na criação do HVM FIP e dos FIQ (fundos de investimentos em quotas ou cotas)*

10. Analise-se, à luz dessas informações, a criação do HVM FIP e dos FIQ.
11. O grupo familiar Vasone decidiu organizar-se para a sucessão dos membros da família nos empreendimentos, a fim de evitar disputas e garantir a continuidade dos negócios.
12. Paralelamente, havia a intenção de alienar a participação detida de 50% na holding ZAR Participações e Empreendimentos S/A.
13. Em 25/10/2002, págs. 697/763, os detentores da ZAR - Administração e Empreendimentos Ltda (cujo objeto social era administração de bens móveis e imóveis e realização de empreendimentos imobiliários) eram: família Vasone, que se retira da sociedade e transfere suas quotas para a holding Hemava Administração e Empreendimentos Ltda (que havia sido constituída em 28/11/1981, fonte Laudo Técnico); e família Marco Antonio, que se retira da sociedade e transfere suas quotas para outra empresa holding, respectivamente.
14. A ZAR passou então a ser 50% detida pela holding Hemava Administração e Empreendimentos Ltda, por sua vez 100% detida por 4 (quatro) pessoas físicas membros da família Vasoni, págs. 25/72; o objeto social da Hemava era: administração de bens móveis e imóveis e realização de empreendimentos imobiliários; gestão de negócios mercantis; participação em outras sociedades, tal qual a ZAR; a Hemava foi convertida em SA fechada, em 01/12/2009, mantendo o objeto social e como acionistas apenas as pessoas que foram denominadas "patriarcas", a diretoria era composta por estes e mais dois filhos que eram anteriormente também sócios da Ltda, págs. 257/286, e recurso voluntário.
15. Em 18/12/2009, as ações ordinárias detidas pelos patriarcas no capital social da Hemava foram transferidas ao HVM FIP, a título de integralização de cotas, permanecendo as ações preferenciais da HEMAVA sob a titularidade direta dos patriarcas (a Recorrente relata que na mesma ocasião, transferiram para o HVM FIP as suas ações ordinárias na empresa holding Localpar Participações S/A, de empresas de armazenagem, transportes e participações), fonte recurso voluntário.
16. E na mesma data, em 18/12/2009, os patriarcas constituíram os Fundos de Investimento em Quotas de Fundos de Investimento (FIQs), transferindo para cada fundo 25% das cotas que detinham no HVM FIP: (i) AV FIQ FIP - Fundo de Investimento em Quotas de Fundos de Investimento em Participações ("AV FIQU"); (ii) CV FIQ FIP -Fundo de Investimento em Quotas de Fundos de Investimento em Participações ("CV-FIQ"); (iii) HVJ FIQ FIP - Fundo de Investimento em Quotas de Fundos de Investimento em Participações ("HVJ-FIQ"); e (iv) RV FIQ FIP -Fundo de Investimento em Quotas de Fundos de Investimento em Participações ("RV-FIQ") sob a titularidade direta dos patriarcas.
17. O que é confirmado à pág. 988, resposta ao TIF nº 2:

R: (...) Na verdade, as ações da Hemava foram transferidas para o HVM FIP e então as cotas do HVM FIP foram transferidas para os 4 FIQs.

18. Conclui-se que o Fundo HMV FIC passa ser detido 100% pelos Fundos FIQ em nome dos patriarcas; o Fundo HMV FIC, por sua vez, ficou titular das ações ordinárias da Hemava, enquanto as preferenciais restaram com os patriarcas.

19. O CS da Hemava, desde aumento efetuado em 01/12/2009, era R\$70.690.908,00, págs. 14/24.

20. Em 27/04/2010, págs. 73/75, foi deliberada redução do Capital Social da Hemava, "por ser considerado excessivo em relação ao seu objeto social", no valor correspondente a R\$36.039.943,00, valor este que era constituído por ações ordinárias de titularidade do HMV FIP (correspondentes às ações da ZAR), que foram canceladas; o valor da redução do capital foi entregue ao HMV FIP, na forma das ações da ZAR; o CS da Hemava se reduziu a R\$34.650.965,00. Consta ainda da Ata desta AGE:

5.2.1 Os acionistas deixam consignado que, sem prejuízo da transferência pela Companhia das Ações da ZAR para o acionista HMV - Fundo de Investimento em Participações, conforme aprovado no item 5.2 acima, a Companhia reterá, bem como estará legitimada a exercer, em nome próprio, até o encerramento do presente exercício social, o usufruto dos direitos econômicos das Ações da ZAR ora transferidas, sendo que enquanto perdurar a retenção, o pagamento de dividendos e juros sobre capital próprio pela ZAR será feito diretamente à Companhia, podendo referida retenção ser antecipadamente terminada mediante notificação conjunta da Companhia e do acionista HMV - Fundo de Investimento em Participações entregue à ZAR,

21. Este resumo dos fatos demonstra a sequência de operações societárias que resultou na transferência da empresa posteriormente vendida, ZAR, para a titularidade 100% do fundo HMV FIP, e a exclusão da Hemava Administração e Empreendimentos S/A dessa sociedade.

22. A Recorrente destaca que essa participação já se encontrava inserida na estrutura do fundo de investimento, sendo a ZAR indiretamente controlada pelo HMV FIP.

23. A venda das ações da Zara foi efetuada pelo HMV FIP, em 02/09/2010, págs. 601/674 e 978/685.

24. Após a operação de venda, em 17/10/2010, págs. 1.894/1.983, os patriarcas transferiram a quatro grupos de seus descendentes as quotas que detinham nos quatro fundos FIQ.

25. Posteriormente, ocorreram aumentos de capital social (CS) da Hemava, da seguinte forma:

- a. em 01/02/2011, págs. 88/91, o fundo HMV FIP aumenta o CS da Hemava em R\$11.000.000,00;
- b. em 20/08/2011, págs. 92/97, o fundo HMV FIP aumenta o CS da Hemava em R\$14.000.000,00;
- c. (...)

- d. Em 31/12/2012, pág. 2.252, cisão parcial da Hemava, com redução do CS de R\$39 Milhões para R\$31 Milhões; o patrimônio cindido é incorporado pelas empresas FHMV - Participações e Empreendimentos S/A, FRV - Participações e Empreendimentos S/A e FCV - Participações e Empreendimentos S/A, todas SAs fechadas tendo como sócios o fundo HVMV-FIP - 99,99% e Hélio de Athayde Vasoni (patriarca).

50. A situação anterior era: as ações da ZAR detidas pela Hemava S/A, 100% detida pelos patriarcas.

51. No momento da venda das ações da ZAR, estas haviam sido transferidas para o fundo HVMV FIP, totalmente controlado pelos Fundos FIQ, que eram 100% de propriedade dos patriarcas e, o instrumento de cisão e entrega das ações da ZAR ao Fundo HVMV FIP, págs. 73/75, continha restrição, porque determinou que a Hemava continuou, a exercer, em nome próprio, até o encerramento do exercício social 2010 (porém a ZAR foi vendida antes disso), o usufruto dos direitos econômicos das ações da ZAR transferidas e o pagamento de dividendos e juros sobre capital próprio pela ZAR - pode-se dizer que a ZAR foi transferida sem qualquer efeito prático, a não ser reduzir a tributação, na venda.

52. Observa-se que as ações visando a sucessão nos negócios não foram o motivo pelo qual a ZAR foi transferida para o Fundo HVMV FIP, porque, assim como a ZAR foi vendida pelo Fundo HVMV FIP, detida pelos quatro Fundos FIQ; também poderia ter sido vendida pela Hemava, detida pelos quatro Fundos FIQ - em ambas situações, os proprietários e decisores eram os patriarcas.

53. A sucessão se deu mediante a transferência aos herdeiros dos Fundos FIQ em 17/10/2010, após a venda da ZAR, em 02/09/2010.

54. Os Fundos FIQ cumpriram sua função de transmitir a herança aos herdeiros.

55. Quanto ao Fundo HVMV FIP, recebeu as ações da Hemava e da holding Localpar Participações S/A; no caso da Hemava, foi simplesmente para realizar a operação de venda.

56. Portanto, correta a conclusão fiscal de que o Fundo HVMV FIP foi interposto sem finalidade negocial, sendo a motivação a redução da tributação.

57. Citem-se as Contrarrazões apresentadas pela PFN: a prática de atos empresariais com o intuito único de economia tributária, ou seja, sem um real propósito negocial, caracteriza uma utilização indevida da empresa. Trata-se, na verdade, de uma distorção ou de um desvirtuamento de sua finalidade.

58. A Hemava foi corretamente identificada como a vendedora das ações da ZAR.

2.1.4 *Laudo Técnico. págs. 3.376/3.409.*

59. Reclamou a interessada que não foi levado em conta Laudo Técnico elaborado por PricewaterhouseCoopers Contadores Públicos Ltda - PWC, o qual se analisa a seguir e do qual se extrai algumas afirmativas relativas ao Fundo HVMV FIP:

O HVMV FIP foi constituído a partir das propriedades e investimentos da família Vasone, sendo que seu funcionamento é regido com base em dois documentos: (i) o Regulamento do

Fundo, que prevê as regras relativas à sua administração e política de investimento, composição e diversificação de carteira, e; (ii) o Acordo de Quotistas, que dispõe sobre a propriedade das quotas do fundo, sobre as reuniões e decisões da Assembleia Geral de Quotistas e do Comitê de Investimentos.

Em análise aos termos do Regulamento do HVM FIP, é possível verificar que seus objetivos estão em conformidade com as disposições da Instrução CVM nº 391/2003. A intenção dos quotistas é alocar os recursos do fundo no investimento em participações em companhias e atuar no mercado de valores mobiliários.

(...)

A administração do FIP deve ser realizada por pessoas jurídicas qualificadas para exercer tal atividade, as quais necessariamente serão autorizadas pela CVM para gerir carteira de valores mobiliários, conforme artigo 9º da Instrução nº 391 da CVM. A exigência de administração profissional e qualificada está relacionada aos objetivos do FIP, os quais são a manutenção e o acúmulo do capital investido pelo quotista.

O administrador do HVM FIP, a partir de constituição e até maio de 2013, foi a Oliveira Trust Servicer S.A., empresa localizada no Rio de Janeiro. No referido período, foram realizadas as operações questionadas pelas autoridades fiscais federais, em especial a redução de capital da HEMAVA para o HVM FIP e, posteriormente, a alienação da ZAR.

(...)

De acordo com a norma regulamentar da CVM, o administrador tem poderes para exercer todos os direitos inerentes aos títulos e valores mobiliários integrantes da carteira do fundo, inclusive o de ação e o de comparecer e votar em assembleias gerais e especiais.

Apesar da delegação da gestão dos ativos do fundo a um administrador, os quotistas do HVM FIP mantêm participação ativa no processo decisório relacionado aos investimentos realizados, por meio do Comitê de Investimento e das Assembleias de Quotistas. Esse fato é evidenciado no preâmbulo do Acordo de Quotistas do HVM FIP:

Considerando que o FIP determinará por meio do seu Comitê de investimento: (a) os votos a serem proferidos nas Assembleias Gerais da Localpar e HEMAVA, e, conseqüentemente, (b) os votos a serem proferidos pela Localpar e HEMAVA nas Assembléias Gerais de Acionistas e Reuniões Prévias de partes de acordos de acionistas (quando aplicável) das suas controladas, incluindo, sem limitação, Localfrio, Localimob, Translocal e Acordo S.A;

A Instrução CVM nº 391/2003, artigo 10º, §1º, prevê a possibilidade de compartilhamento, entre o administrador e o

comitê, das decisões inerentes à composição da carteira de investimentos, como aquisição e venda de ativos da carteira do fundo. Os poderes, atribuições, e regras referentes ao processo decisório sobre os investimentos são definidos no Regulamento do fundo.

60. E conclui que a atuação do Fundo vem sendo de acordo com as disposições da CVM e descreve a continuidade da atuação do fundo e como os recursos resultantes da alienação da ZAR foram aplicados, inclusive repassados aos quatro Fundos FIQ.

61. Sobre a redução do CS da Hemava, destaca ser decisão do Comitê de Investimentos e pelos acionistas da Hemava em Assembléia Geral; que a Hemava foi direcionada a concentrar a atividade de gestão de patrimônio imobiliário.

62. Sobre os 4(quatro) FIQ FIP, relata que foram posteriormente convertidos em FIQ FIM (multimercado), ou seja, foi alterada a política de investimentos e relata seus investimentos posteriores, ou seja, que continuam atuando em conformidade com seus objetivos.

63. Do exame dos documentos e operações descritas e o laudo descrito, verifica-se que a atuação do fundo HMV FIP, como condomínio de investidores não merece reparo; os Fundos FIQ cumpriram suas finalidades, aliado ao fato de terem sido instrumento de sucessão.

64. No que tange às decisões da Assembléia Geral da Hemava e do Comitê de Investimentos, quanto à transferência das ações da ZAR ao HMV FIP, evidencia a responsabilidade destes na operação societária objeto da presente atuação.

2.2 DIFERIMENTO DA TRIBUTAÇÃO.

65. O IRPJ está sendo exigido, entre outros, com base no art. 249, II e 418 do RIR de 1999:

Art. 249. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 2º):

II - os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores não incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, devam ser computados na determinação do lucro real.

Art. 418. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, na desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31).

§ 1º Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31, § 1º).

§ 2º O saldo das quotas de depreciação acelerada incentivada, registradas no LALUR, será adicionado ao lucro líquido do período de apuração em que ocorrer a baixa.

66. O Acórdão DRJ reconheceu o direito da autuada ao regime de diferimento da tributação do art. 421 do RIR de 1999:

Art. 421. Nas vendas de bens do ativo permanente para recebimento do preço, no todo ou em parte, após o término do ano-calendário seguinte ao da contratação, o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, reconhecer o lucro na proporção da parcela do preço recebida em cada período de apuração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31, §2º).

Parágrafo único. Caso o contribuinte tenha reconhecido o lucro na escrituração comercial no período de apuração em que ocorreu a venda, os ajustes e o controle decorrentes da aplicação do disposto neste artigo serão efetuados no LALUR.

67. A Fiscalização entendeu que a Hemava não exerceu essa opção, por isso não tem o direito, e que descabe à Fiscalização assumir esse papel, em seu lugar; cite-se acórdão CARF nesse sentido:

Tipo do Recurso RECURSO DE OFÍCIO e RECURSO VOLUNTARIO

Data da Sessão 21/02/2018

Nº Acórdão 1401-002.196

GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. REDUÇÃO DE CAPITAL E TRANSFERÊNCIA DAS COTAS AOS ANTIGOS SÓCIOS. IMPOSSIBILIDADE. CASO ESPECÍFICO.*Inaceitável quanto aos efeitos fiscais a operação de redução de capital e devolução da participação acionária aos sócios pessoas físicas, para posterior alienação com pagamento do ganho em alíquota inferior. Impossibilidade de realização da operação diante da existência de cláusula negocial em favor da empresa detentora das cotas no momento da oferta. Caracterização de planejamento fiscal abusivo. DIFERIMENTO DO IMPOSTO PARA A ÉPOCA DO RECEBIMENTO DO GANHO. DA PESSOA JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE OPÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.**Caracterizando-se a realização de operação onde o contribuinte buscou a modificação da sujeição passiva para as pessoas físicas dos sócios da companhia, inexistiu opção, por parte da pessoa jurídica, do diferimento do pagamento do ganho de capital. Assim, inaplicável o deferimento ao caso.*

Voto (...)

Com relação ao argumento de que, mesmo que mantida a autuação, esta deveria ser revista, vez que deve incidir sobre a operação a regra do art. 421, do RIR que permite a postergação da tributação para a época do pagamento dos valores do preço.

Quanto a este ponto não há como se acatar este argumento, vez que como a operação não foi realizada da forma normal pela pessoa jurídica, esta em nenhum momento realizou a opção pelo diferimento da tributação e, assim, não se pode, em sede de análise de recurso voluntário, permitir que se faça esse

deferimento, haja vista que só agora a operação está sendo tributada no contribuinte correto.

Mais ainda, a opção do art. 421 deixou de ser exercida em razão de opção da empresa pelo planejamento tributário acima tratado, deixando de ter direito ao benefício deste artigo.

Por isso, nego provimento ao pedido de revisão do auto e diferimento da tributação calcado no art. 421, do RIR.

2.3 DEVOLUÇÃO DE CAPITAL. VALOR CONTÁBIL.

68. Sobre o invocado art. 22 da Lei nº 9.249, de 1995, em que o legislador concede a faculdade (opção fiscal) de reduzir o capital pelo valor contábil, sem a realização de ganho de capital, adoto o racional da DRJ:

O entendimento da Interessada não encontra amparo na legislação, pois o que essa determina é que, havendo ganho de capital, ele seja tributado. A Interessada parece querer reforçar que o bem pode ser avaliado a valor contábil, mas essa questão, como vimos, é impertinente.

69. A "devolução de capital" ao Fundo HVM FIP, mediante o cancelamento das ações ordinárias e entrega das ações da ZAR, não é objeto da apuração do ganho de capital autuado, onde o custo foi apurado pelo valor contábil.

3 Responsabilidade solidária. Sócios e Diretores.

70. As decisões pertinentes ao fato gerador desta autuação foram tomadas em Assembléia Geral da Hemava (Hélio de Athayde Vasone, sócio e Diretor Presidente; Marilena Rodrigues Vasone, sócia e Diretora; Hélio de Athayde Vasone Junior, Diretor e Alceu Rodrigues Vasone, Diretor, págs. 25/72) e pelo Comitê de Investimentos do HVM FIP (o HVM FIP era detido pelos 4 (quatro) Fundos FIQ, por sua vez ainda detidos por Hélio de Athayde Vasone e Marilena Rodrigues Vasone - não consta a composição do Comitê de Investimento nos autos.

71. O Contrato de Compra e Venda, págs. 601/674, foi assinado, (na qualidade de Vendedores), por: Helio de Athayde Vasone; Marilena Rodrigues Vasone; Helio de Athayde Vasone Júnior; Alceu Rodrigues Vasone.

72. E assinaram em nome do HVM FIP (na qualidade de Vendedora): Hélio de Athayde Vasone; Marilena Rodrigues Vasone; Hélio de Athayde Vasone Junior; Alceu Rodrigues Vasone.

73. A responsabilidade tributária solidária por interesse comum na situação que constitua o fato gerador, prevista no art. 124, I, do CTN, requer o interesse imediato e comum de seus membros nos resultados decorrentes do fato gerador.

74. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial REsp 884845 SC 2006/0206565-4, em que foi relator o Ministro Luiz Fux, manifestou o seguinte entendimento sobre o assunto:

Conquanto a expressão “interesse comum” – encarte um conceito indeterminado, é mister proceder-se a uma interpretação sistemática das normas tributárias, de modo a alcançar a ratio essendi do referido dispositivo legal. Nesse diapasão, tem-se que o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato imponible. Isso porque feriria a lógica jurídico-tributária a integração, no polo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação. (grifos no original)

... Forçoso concluir, portanto, que o interesse qualificado pela lei não há de ser o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas o interesse jurídico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato imponible.

75. É solidária a pessoa que realiza, junto com outra, a situação que constitui o fato gerador, pouco importando se ela tira vantagem econômica do ato, do fato ou do negócio tributado. A atuação conjunta na situação que constitui o fato é que reflete a existência do interesse comum de que trata a norma legal.

76. À vista disso, caberia manter a responsabilização solidária dessas pessoas, com base do art. 124, I do CTN, devido a serem os tomadores das decisões que resultaram na infração fiscal autuada.

77. Contudo, dado que Helio de Athayde Vasone Júnior; Alceu Rodrigues Vasone tiveram a responsabilidade solidária capitulada no art. 135, III do CTN, cabe exonerá-los da responsabilidade, restando mantida a responsabilidade de Hélio de Athayde Vasone; Marilena Rodrigues Vasone (art. 124, I do CTN).

4 Responsabilidade solidária. Oliveira Trust Servicer S/A

78. Resposta pág. 1.739/1.742, sobre decisão de venda da ZAR pelo HMV FIPB:

Ainda, com relação a todo e qualquer procedimento de compra ou venda de ativos alvo pelo Fundo, notadamente ações de emissão de sociedades anônimas, cumpre-nos destacar que a OTS não participava das respectivas negociações, ficando estas a cargo dos membros do Comitê de Investimento do Fundo. Nesse sentido dispõe o regulamento, quando condiciona toda e qualquer operação de investimento e desinvestimento em ativos alvo à apreciação e aprovação pelo Comitê de Investimentos e/ou Assembleia Geral de Quotistas.

Esclarecimentos: Com relação aos investimentos e desinvestimentos a OTS deveria seguir as determinações do Comitê de Investimentos do Fundo e da Assembleia Geral de Quotistas, conforme previsto no regulamento do Fundo, de modo que todas as movimentações nesse sentido dependiam de formalização via Comitê e/ou Assembleia, inclusive no que se

refere a representação do Fundo em todo e qualquer movimento societário exercido nas companhias investidas.

Esclarecimentos: Como informado acima, no que se refere à mencionada aquisição das ações da ZAR, a Administradora reitera não se tratar de investimento, uma vez que o Fundo já era detentor indireto de suas ações e passou a ser detentor direto em decorrência da redução de capital da Hemava. Como indicado acima, o desinvestimento ocorreu por força de decisão do Comitê de Investimento e da Assembleia Geral de Quotistas do Fundo.

Esclarecimento preliminar: Diversamente do apontado acima, os cotistas dos Fundos que detêm cotas do HVM FIP são os filhos e netos de Hélio de Athayde Vasone e Marilena Rodrigues Vasone, para os quais as cotas foram doadas com reserva de usufruto.

79. Neste ponto, a relatora concorda com a conclusão da DRJ:

A Fiscalização responsabiliza a Oliveira Trust Servicer S/A (OTS) com base nos arts. 135, I, a 134, III, ambos do CTN, “pois era ela que figurava como administradora/gestora do HVM FIP à época em que a HEMAVA indevidamente transferiu as ações por ela detidas na ZAR, as quais foram indevidamente recebidas pelo FIP” (fl. 2318). O art. 134, III, estabelece a responsabilidade dos “administradores de bens de terceiros pelos tributos devidos por estes”.

95. A OTS era administradora/gestora do HVM FIP, logo, com base no dispositivo invocado, só poderia ser responsabilizada por tributos devidos pelo Fundo. A responsabilidade da OTS por tributos devidos pela HEMAVA teria que se fundamentar em dispositivo diverso, posto que a primeira não administrava os bens da segunda.

96. Sendo assim, como o HVM FIP não figura como sujeito passivo do lançamento, deve-se exonerar a OTS da responsabilidade.

80. Os trechos transcritos do Laudo Técnico PWC, em item precedente corroboram a conclusão.

81. Conclui-se que descabe a atribuição de responsabilidade solidária, com base no art. 135, III do CTN, ao administrador do Fundo interposto para ser o alienante de investimento, o administrador tem poderes para exercer todos os direitos inerentes aos títulos e valores mobiliários integrantes da carteira do fundo, porém, apesar da delegação da gestão dos ativos do fundo a um administrador, os quotistas deste Fundo mantêm participação ativa no processo decisório e os poderes, atribuições, e regras referentes ao processo decisório sobre os investimentos são definidos no Regulamento do fundo, que não consta dos autos.

5 Responsabilidade solidária. Sucessoras.

82. Em 31/12/2012, pág. 2.252, cisão parcial da Hemava; o patrimônio cindido é incorporado pelas empresas FHMV - Participações e Empreendimentos S/A, FRV -

Participações e Empreendimentos S/A e FCV - Participações e Empreendimentos S/A, todas SAs fechadas tendo como sócios o fundo HMV FIP - 99,99% e Hélio de Athayde Vasoni (patriarca).

83. Consta da Ata desta AGE, publicada:

5. Deliberações:

“Aprovadas, por unanimidade” 5.1. A proposta da Diretoria p/ a cisão parcial da Cia, c/ a incorporação do patrimônio cindido da Cia pelas Incorporadoras (“Operação”), nos termos do Protocolo, a qual será considerada válida e eficaz, p/ todos os fins e efeitos, a partir da presente data. 5.1.1. Cada uma das Incorporadoras sucederá a Cia em todos os direitos e obrigações relativos à parcela do patrimônio cindido da Cia que lhe será transferida nos termos do Protocolo, sem solução de continuidade. A Cia e as Incorporadoras responderão solidariamente pelas obrigações da Cia anteriores à Operação. 5.2. O Protocolo, o qual estabeleceu os termos e condições da Operação, o qual, após rubricado pelos presentes, passou a constituir o Anexo I à presente ata.

84. A Fiscalização atribuiu responsabilidade solidária às empresas sucessoras com base no art. 132 do CTN porque receberam o patrimônio cindido da Hemava.

85. A Súmula CARF nº 47, citada no Termo de Verificação Fiscal, determinava:

Súmula CARF nº 47: Cabível a imputação da multa de ofício à sucessora, por infração cometida pela sucedida, quando provado que as sociedades estavam sob controle comum ou pertenciam ao mesmo grupo econômico.

86. A Súmula CARF nº 47 foi revogada em..., pela Súmula CARF nº, pelo motivo (Nota Técnica nº 03/ASTEJ/PRESIDÊNCIA/CARF/MF):

Ocorre que, por ocasião do julgamento do REsp nº 923.012/MG, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC/1973, já transitado em julgado desde 04/06/2013, o STJ firmou a seguinte tese, consolidada na Súmula 554 do mesmo tribunal superior2:

"A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão.

Como é possível concluir, a partir da comparação do texto do enunciado sumular e da decisão do STJ, há uma disparidade entre o primeiro, que exige a demonstração de que sucessor e sucedido estivessem sob controle comum ou pertencessem ao mesmo grupo econômico, e o segundo, que exige

exclusivamente que os fatos geradores tenham ocorrido antes do evento sucessório.

87. Cabe manter a responsabilidade solidária das sucessoras inclusive pelas multas.

5.1 MULTA QUALIFICADA. 150%

88. Foi aplicada a multa de ofício do art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, dada pela Lei nº 11.488/2007; cabe, portanto, analisar se há provas nos autos da ocorrência das hipóteses citadas: sonegação, fraude, conluio, se houve simulação dolosa; em caso contrário, a multa deve ser reduzida a 75%.

89. A Fiscalização entendeu que:

A HEMAVA, ao transferir, sem qualquer motivação extratributária, as ações da ZAR para o HVM FIP, agiu dolosamente para impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador nascido com a alienação que ela, HEMAVA, em essência, fez. A conduta dolosa da HEMAVA é patente, pois ela quis, por meio de uma transferência artificial da ZAR para o HVM FIP, impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação principal originada pela alienação das ações da ZAR.

90. Contudo, as operações foram efetuadas às claras, embora o caminho adotado evidencie que interposição do fundo HVM FIP não teve fins negociais, mas de economia de tributos.

91. O Autuante recompôs a apuração ao identificar a real alienante transação; apurou o IRPJ e CSLL a serem exigidos.

Efetivamente, não há elementos a apontar que operações tenham sido ocultadas, dado que foram regularmente declaradas, com registros oficiais, junto a órgãos reguladores.

Neste contexto, não se identifica que tenha sido cometida fraude, na estrita acepção do termo, dado que a transferência das ações da empresa vendida ao fundo HVM FIP, para que a tributação fosse menor, embora claramente desprovida de objeto negocial, não envolveu falsificação de documentos, ou ações escusas.

Os sócios e diretores vislumbraram uma oportunidade de redução da tributação que incidiria se a venda tivesse sido efetuada pela empresa Hemava; a Administração Tributária entende que se tratou de um artifício inaceitável, embora não tenha ocorrido infringência direta à legislação.

À vista disso, entende-se que descabe a qualificação da multa, neste caso.

À vista de não restar evidente a infração à Lei nº 4.502, de 1964, deve a multa qualificada ser convertida na multa de ofício do art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996, isto é deve ser reduzida a 75%.

5.2 JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

92. A multa de ofício é parte integrante da obrigação ou crédito tributário e, quando não extinta na data de seu vencimento, estará sujeita à incidência de juros conforme estabelecido no art. 113 do CTN.

93. Esse é também o entendimento do STJ sobre o assunto, conforme se observa na ementa ao AgRg no REsp 1335688/PR (DJe de 10/12/2012) seguir transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: "É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário." (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010. 2. Agravo regimental não provido.

26. O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, determina:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

94. Note-se que no *caput* do art. 61, o texto é “débitos [...] decorrentes de tributos e contribuições” e não meramente “débitos de tributos e contribuições”. O termo “decorrentes” evidencia que o legislador não quis se referir, apenas aos tributos e contribuições em termos estritos para todas as situações.

95. Finalmente a Súmula CARF nº 5:

Súmula CARF nº 5: São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

96. E o CTN determina:

*Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.
§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato*

Processo nº 16561.720133/2015-75
Acórdão n.º **1201-002.278**

S1-C2T1
Fl. 29

gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

97. Assim, o crédito tributário decorre da obrigação principal que, por sua vez, tem por objeto também a penalidade pecuniária. Consequentemente, o entendimento sumulado compreende todo o crédito tributário lançado, ou seja, tributos e multas aplicadas.

6 Conclusão.

Voto por dar PROVIMENTO PARCIAL ao recurso de Ofício negando o diferimento da tributação do ganho de capital, e dar PROVIMENTO EM PARTE ao recurso Voluntário para reduzir a multa de ofício para 75% e exonerar a responsabilidade solidária de Hélio de Athayde Vasone Júnior, Alceu Rodrigues Vasone.

(assinado digitalmente)

Eva Maria Los

Voto Vencedor

Não obstante o brilhantismo técnico e argumentativo do voto da ilustre Relatora Conselheira Eva Maria Los, devo discordar de sua posição e passo a explicar minhas razões.

Resumo da Discussão

Em apertadíssima síntese, a discussão aqui posta gira em torno do ganho de capital obtido pela Recorrente (Hemava) pela alienação das ações da ZAR, visto que entendeu o fisco que ausente qualquer motivação extratributária na antecedente operação de transferência das ações da ZAR para a HVM Fundo de Investimento em Participações (HVM FIP) onde o ganho de capital pela alienação das ações da ZAR foi oferecido à tributação.

A fiscalização enxergou a ocorrência de fraude na série de operações perpetradas pelo Fisco e por isso aplicou a multa qualificada de 150%. A DRJ entendeu não ter havido fraude mas sim abuso de direito - o que devo confessar me causou certa confusão - e manteve a multa qualificada.

Assim, o presente voto se prestará a analisar se, de fato, o encadeamento de operações realizadas pela Recorrente ou por seus acionistas apresentaram motivação extratributária que justificasse a tributação do ganho de capital pela venda da ZAR na HVM FIP, como ocorreu na vida real ou se procedente o racional adotado pelo fisco exclui os efeitos tributários de tais operações para mover o fato gerador do ganho de capital para a ora Recorrente (Hemava).

Aliás, o presente voto analisará também se, ausente a fraude, simulação ou abuso de direito nas operações da contribuinte e se essas foram perpetradas dentro da normalidade de gestão dos negócios da contribuinte, pode o fisco retirar-lhes os efeitos para fins de tributação.

Das Razões extratributárias

Como já defendido em inúmeras decisões deste Conselho, na análise de reorganizações societárias complexas compostas por etapas diversas deve ser afastada a análise isolada de cada uma das etapas como se fossem fotos estáticas sem relação entre si, pelo contrário, a análise deve ser conjunta e levar em conta o encadeamento das etapas como se fossem cenas contínuas de um filme.

Neste contexto, o título do filme poderia ser "Plano Sucessório da Família Vasone", pois, conforme será visto neste tópico, é em torno de tal planejamento sucessório que se desenvolveram as etapas da reorganização societária ora posta em análise.

Originalmente, a empresa ZAR era detida majoritariamente pela Sra. Zilda Aranha Rodrigues. Após o falecimento da Sra. Zilda, sua participação na ZAR foi transferida para suas filhas e cônjuges.

Até 2002, o capital da ZAR restou dividido entre a Família Vasone (50%) e Família Marco Antônio (50%).

Em 2002, a família Vasoni transferiu sua participação na ZAR para a ora Recorrente (Hemava) que passou a funcionar como holding da Família Vasoni. Tal estrutura perdurou até 2009, ano no qual foi dado início ao planejamento sucessório da Família Vasoni, sendo que o primeiro passo foi a transformação da ora Recorrente em sociedade por ações (S.A) em dezembro de 2009.

No passo subsequente, ainda no mesmo mês, as ações da ora Recorrente (Hemava) foram transferidas para a HMV FIP a título de integralização de cotas no fundo.

Cabe ressaltar, o mesmo foi feito em relação à outras empresa detida pela família que é a LOCALPAR, que não é objeto do presente processo.

Neste mesmo período, a Família Vasone constituiu 04 Fundos de Investimento em Quotas de Fundo de Investimento (FIQs). Cada um desses fundos recebeu 25% das quotas da HMV FIP.

Temos aqui uma evidência importante do planejamento sucessório e não tributário deste conjunto de operações que é o fato da constituição de 04 FIQs basear-se no objetivo de doar as quotas de cada uma dessas FIQs a cada um dos 04 filhos do casal Vasoni, que foi o que realmente aconteceu na sequência, com exceção de um dos FIQs cuja transferência foi efetuada diretamente aos netos.

E, abril de 2010, a ora Recorrente (Hemava) transferiu suas ações na ZAR para a HMV FIP por meio de redução de seu capital.

Após quatro meses, a HMV FIP alienou à empresa FMG as ações da ZAR. Tal alienação gerou ganho de capital tributado na HMV FIP, contudo, entende o Fisco que tal ganho deveria ser tributado pela Recorrente que em seu entendimento foi a real alienante.

Primeiramente, é importante pontuar que do ponto de vista formal, legal e regulatório, não resta qualquer dúvida que a alienante da ZAR foi a HMV FIP, o que se colocou em dúvida nos presentes autos é se tal encadeamento de operações poderia gerar efeitos tributários.

O principal ponto de discórdia do Fisco reside no fato das ações da ZAR terem sido transferidas da Recorrente para a HMV FIP para após alguns meses as ações da ZAR serem vendidas para um terceiro e o ganho de capital ter sido, por consequência, oferecido à tributação pela HMV FIP e não pela Recorrente.

Neste ponto, é importante analisar a coerência desta etapa de operações e aqui devemos levar em consideração que não somente as ações da ZAR mas também de outra empresa, a LOCALPAR, foi transferida para a HMV FIP e que tal investimento ainda permanece ou ao menos permaneceu por muitos anos na HMV FIP.

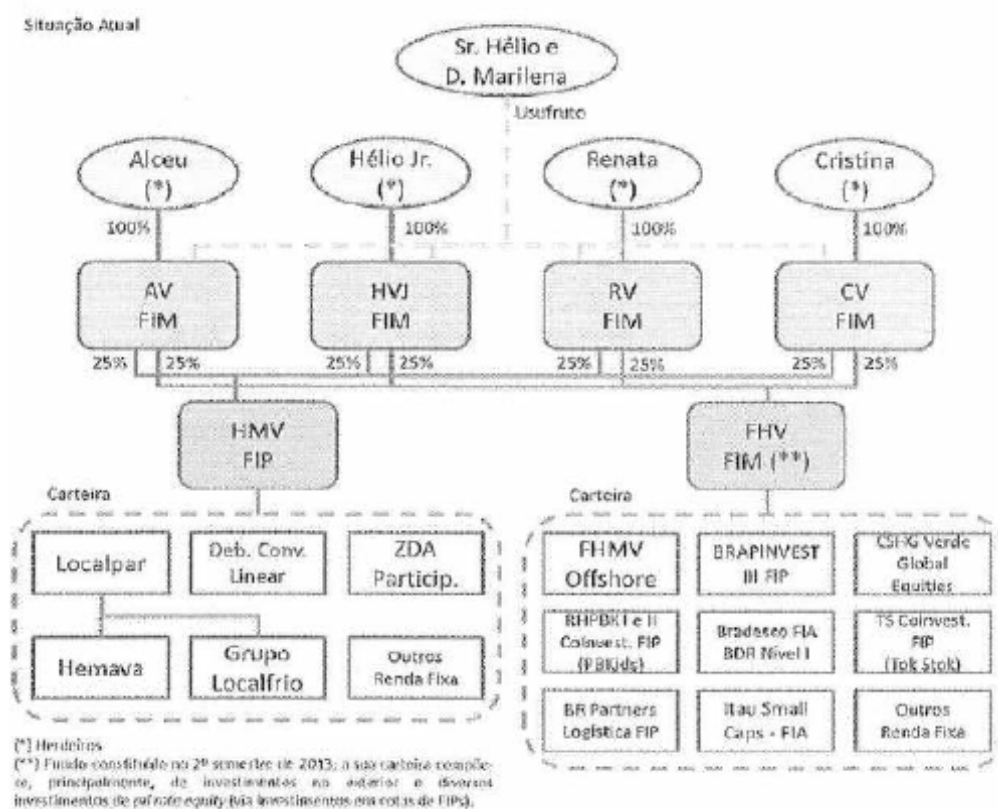
Ressalto isso para concluir que a permanência do ativo LOCALPAR na HMV FIP demonstra o real objetivo da consolidação dos investimentos neste fundo no contexto do planejamento sucessório dos investimentos da Família Vasoni e que o fato de um dos ativos (ZAR) ter sido alienado no futuro, não invalida e nem vicia tais atos.

O papel da HMV FIP neste contexto foi o de consolidar a gestão dos ativos, o que implica eventualmente em venda de tais ativos para compra de outros. Trata-se da dinâmica do mundo de investimento, cujo objetivo ao final é a acumulação de um patrimônio cada vez maior e isso se dá, inclusive, através da troca de ativos por caixa e na seqüência de caixa por ativos.

Concorda o presente julgador que eventual transferência dos recursos obtidos com a venda da ZAR de volta para a Recorrente representaria um abuso de forma no sentido da HMV FIP ter servido como mero veículo ou barriga de aluguel do investimento cujo objetivo teria sido mover de forma artificial o ganho de capital para um regime mais benéfico de um FIP.

Mas isso não ocorreu. Os recursos decorrentes da alienação da ZAR para o terceiro permaneceram na HMV FIP e passaram a integrar seu patrimônio que passou a ser utilizado em outras formas de investimento ou foram transferidos para os seus quotistas que são as FIQs que detinha cada qual 25% das quotas da HMV FIP.

Trago abaixo, um interessante quadro trazido pela Recorrente em seu Recurso Voluntário que demonstra a extensão dos investimentos da HMV FIP:



No quadro acima, é possível perceber que a função da HMV FIP na estrutura societária desenhada pela Família Vasoni vai muito além do simples instrumento de entidade veículo do investimento da ZAR.

Conforme descrito pela Recorrente, após a venda da ZAR, a HMV FIP continuou de forma coerente seu papel de gestora de investimento, tendo adquirido, por exemplo, participação societária nas empresas Jaux Holding S.A e Marck Honding S.A.

A Recorrente apresentou nos autos um Laudo elaborado pela PwC que demonstra a efetiva aplicação dos recursos obtidos pela HMV FIP com a venda da ZAR. Da leitura deste laudo é possível verificar que houve um efetivo aumento do patrimônio da HMV FIP de R\$ 78,7 milhões para R\$ 434,6 milhões entre 2009 e 2015 e isso foi obtido através de diversos investimentos efetuados pela HMV FIP com utilização, inclusive, dos recursos decorrentes da venda da ZAR.

Isso a meu ver demonstra que o produto da venda da ZAR não apenas continuou mas também foi aplicado e aumentou dentro da HMV FIP não havendo que se falar em devolução à Recorrente o que poderia configurar um artificialismo.

Neste ponto, poderia o fisco criticar o presente voto no sentido de que a análise do filme se prendeu apenas à cena final que é a venda da ZAR pela HMV FIP. Pois bem, vamos então retroceder algumas cenas.

Os patriarcas da Família Vasoni tinham 04 filhos e pretendiam estruturar a sucessão de seu patrimônio. Cada um dos filhos tinham seus cônjuges, vida e objetivos próprios.

A simples transferência direta dos investimentos poderia levar à uma cena comum em que as decisões de negócio podem ser impactadas negativamente por divergências entre os sócios herdeiros.

Imagine-se a situação em que o terceiro adquirente apresentasse a proposta de compra da ZAR e partes dos filhos quisesse vender e outra parte não. Nesta situação o negócio poderia não ocorrer.

Com a transferência dos ativos para a HMV FIP que por sua vez possui regulação própria e padrões próprios de governança cujo objetivo é possibilitar que a FIP desempenhe seu papel de ferramenta de gestão de investimentos de uma forma eficaz, a Família Vasoni mitigou tais risco e me parece que o plano funcionou, tendo em vista o crescimento do patrimônio da HMV FIP.

Neste sentido, muito interessante a doutrina trazida aos autos de Márcia Setti Phebo sobre a utilização das FIPs no planejamento sucessório:

"Essas novas ferramentas têm auxiliado sobremaneira o planejamento sucessório, por permitirem o direcionamento da gestão dos ativos de forma personalizada, adequando-se aos riscos escolhidos. Fundos de Investimentos fechados, nos quais os cotistas são todos integrantes de uma mesma família, vêm sendo criados para administrar o patrimônio familiar (aplicações financeiras, ações em Bolsa, participações societárias etc...). O regulamento do fundo pode contemplar

tanto regras impostas pelo chefe da família, determinantes dos critérios norteadores do investimento e da destinação do patrimônio, quanto, por exemplo, para postergar a retirada do patrimônio pelos herdeiros propiciando dessa forma, que os recursos principais permanecem aplicados, e não sejam inadvertidamente investidos em empreitadas arriscadas que os consuma de uma só vez." ("Planejamento Sucessório". Ed. Norses: São Paulo, 2014. p. 188-189)

Assim, me parece que as razões extratributárias restaram devidamente demonstradas no presente caso, não havendo que se falar em artificialidade, fraude ou abuso de direito no presente caso.

Planejamento Tributário e Caráter Indutor da Legislação Tributária

Não obstante o trecho acima do voto ter demonstrado e concluído que as operações executadas pela Recorrente e seus acionistas possuíam sim um propósito extratributário muito claro que foi a estruturação de um projeto sucessório familiar nos investimentos dos patriarcas da família Vasoni, julgo de suma importância avaliar do ponto de vista jurídico e prático do caso em tela que trata da utilização de uma FIP para consolidação de investimentos, o alcance do planejmaneto tributário lícito e o poder indutor que a legislação exerce sobre os contribuintes no Brasil.

É importante destacar que **os conceitos de propósito negocial e substância econômica carecem de fundamento legal**, tornando-se subjetivos e abrangentes. Não são elementos aceitos e incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro, inexistindo qualquer dispositivo legal que lhes dêem substrato.

O alcance destes conceitos atinge a existência de razões econômicas que vão além da obtenção de vantagem fiscal, **única e exclusivamente**.

Partindo deste conceito, **a presença de um propósito negocial deve ser precedente ao fato gerador do tributo**.

Ocorre, porém, que a indefinição dos conceitos no ordenamento jurídico impede a formação de entendimento uníssono a respeito de seus termos e limites, tornando qualquer discussão acerca das operações de ágio como ao menos parcialmente subjetivas.

A utilização dos chamados FIPs vêm sendo alvo de pesadas autuações pela Receita Federal que são invariavelmente acompanhadas de acusação de fraude, simulação ou abuso de forma, de forma a justificar a desconsideração da figura do FIP para fins tributários o que se traduz no lançamento fiscal de tributos contra outras pessoas jurídicas com aplicação, inclusive, de multa qualificada de 150%.

Nesses casos, o racional do fisco baseia-se numa visão conceitual extremamente restrita e limitada do que seja **propósito negocial e substância econômica** da operações.

O que se busca com referidos conceitos é a identificação de abuso, fraude ou simulação, perfazendo caráter arbitrário e artificial que vise apenas o aproveitamento do benefício fiscal.

A percepção do propósito negocial e substância econômica como definidor deste cenário pode ser favorável, mas diante da referida subjetividade, frequentemente inaugura uma nova posição acerca de seu alcance, diante de **casos concretos distintos**, dotados cada qual de especificidade e peculiaridade.

Se presta, então, o presente voto, a partir deste ponto, a analisar detalhadamente todas as informações e alegações levantadas pela fiscalização para definir se, necessário ou não um motivador para a operação que vá além do benefício fiscal, bem como, ausente ou presente o tal propósito negocial e, da mesma forma, se presentes indícios de fraude ou simulação na operação.

É importante ressaltar a frequente utilização pelo Fisco da teoria da ausência de propósito negocial por meio do qual defende que a simples inexistência - sob a ótica do fisco - de outros motivadores para a operação que não o alcance do benefício fiscal, já é elemento suficiente que invalida os atos do contribuinte ou, ao menos, inviabiliza o benefício fiscal almejado.

Entendo que tal racional adotado pela autoridade fiscal guarda flagrante contradição com diversas regras e estruturas criadas pelo legislador brasileiro quando se oferece um benefício fiscal ou condição tributária mais favorável aos contribuintes como parte integrante de uma política econômica.

O exemplo mais claro que me surge é o regime fiscal da Zona Franca de Manaus, que oferece incentivos fiscais para as empresas que lá se estabelecerem e produzirem, gerando empregos, desenvolvimento econômico e social e, mesmo, arrecadação de tributos para a região.

Neste caso, não há qualquer exigência de que as empresas lá estabelecidas tenham propósitos negociais além do gozo do incentivo fiscal em si, para lá se estabelecerem.

Isso porque, não é preciso ser um economista ou administrador de grande experiência para saber que nenhuma empresa busca a Zona Franca de Manaus em razão da maior proximidade com o mercado consumidor, melhor infra-estrutura, logística mais eficiente e barata ou maior oferta de mão de obra qualificada.

O objetivo claro, transparente e indisfarçável das empresas que se estabelecem na Zona Franca de Manaus é o gozo do incentivo fiscal, que seja suficiente para compensar os desafios e dificuldades adicionais que se apresentam às empresas que se estabelecem em região tão remoto dos grandes centros urbanos do Brasil.

E isso é garantido às empresas que cumpram todos os requisitos da legislação, independentemente da existência de outras razões extratributárias.

Este é um exemplo muito pertinente do caráter indutor da legislação tributária no Brasil, no sentido de que quando a legislação cria um determinado benefício, acaba por induzir o contribuinte a agir de determinada forma.

Aliás, a dinâmica econômica, social e política é exatamente essa e não há nada de errado nisso. Vejam o caso acima: o legislador tem por objetivo levar desenvolvimento à uma região distante do território brasileiro e para isso oferece incentivos fiscais. As empresas são então induzidas a fazer um estudo de custo e benefícios de se instalarem nessa região e tomam a decisão. O cálculo é muito simples: as dificuldades geradas pelo estabelecimento nessa região são compensadas com o incentivo fiscal.

Para o Governo no sentido lato, o cálculo também é simples: abre-se mão de parcela da arrecadação fiscal em troca da criação de empregos e desenvolvimento social e econômico na região.

Não há preocupação em questionar o contribuinte se outros fatores, além do benefício fiscal, o levaram a se estabelecer em tal região.

Trata-se, portanto, de verdadeira relação de troca entre fisco e contribuinte. O contribuinte propicia desenvolvimento social e o fisco, aqui entendido na figura da administração federal, oferece em troca uma tributação mais favorável.

Outro bom exemplo é a possibilidade prevista na Lei n. 11.196/05 do contribuinte evitar a tributação do ganho fiscal obtido na venda do imóvel, desde que preenchidos determinados requisitos (único imóvel, limites de valor e etc.), dos quais destaco para fins de desenvolvimento do racional aqui exposto a necessária aplicação do produto da venda do imóvel na aquisição de outro no prazo máximo de 180 dias.

Vejam, se o contribuinte vende seu imóvel de residência com ganho de capital e adquire outro imóvel em 180 dias evitará assim a tributação sobre o ganho de capital. Não se discute aqui se o contribuinte, realmente, tinha vontade de comprar este outro imóvel no prazo de 180 dias ou se ele realmente irá morar no imóvel, deixá-lo vazio ou alugá-lo. O que importa é que o contribuinte aplicou o produto da venda do imóvel anterior na compra de outro dentro do prazo de 180 dias.

Seria coerente que o Fisco viesse questionar que a isenção fora inválida em determinado caso, pois, o contribuinte que evitou a isenção através da compra do novo imóvel, pouco tempo depois, resolveu ir morar no exterior o que demonstraria, portanto, que a compra do imóvel mostrou-se desnecessária e sem propósito comercial?

Acredito que não. Seria aceitar uma ingerência inaceitável do fisco na vida privada dos contribuintes. O que é aceitável é concluir que o contribuinte poderia não ter tanta pressa para adquirir novo imóvel mas foi induzido pela legislação efetuar tal aquisição em 180 dias para evitar a tributação. Isso não é errado desde que a aquisição seja real e legalmente válida.

No caso do FIP , o racional é o mesmo.

Ora, é indubitável que um mercado de capitais robusto é condição indispensável para qualquer economia que tenha aspirações a ser considerada como desenvolvida.

No Brasil, o mercado de capitais vem se desenvolvendo ano após ano mas não no ritmo e cadência desejada e necessária para a economia brasileira o que demandou regulação específica que trouxesse maior transparência e segurança aos chamados investidores

em portfólios. Os fundos preenchem a necessidade dos investidores de contarem com um instrumento de investimento que possibilite a adoção de ambiente de governança específica que propicie a agilidade e transparência necessária na dinâmica deste mercado.

A existência de uma autorregulação para fundos FIP e FIEE disciplinadas pelo Código ABVCAP | ANBIMA de Regulação e Melhores Práticas que define padrões operacionais aos administradores, gestores e distribuidores de FIP e FIEE demonstra o conjunto de ações que visam fomentar, através da maior transparência e conseqüente segurança, a utilização de tais instrumentos de investimento tão importantes para o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro.

E neste contexto, a atribuição pelo legislador pátrio de tributação mais favorecida aos fundos configura a acima mencionada relação de troca entre fisco e contribuinte, no qual a oferta de tributação mais favorecida tem como contrapartida o desenvolvimento de um determinado mercado, neste caso o mercado de capitais.

A tributação mais favorecida, neste caso, tem forte caráter indutor, no sentido que induz o contribuinte a utilizar a estrutura de um FIP para consolodar seus investimentos em substituição a outros formatos que não contam com tal benefício.

Se não fosse a vontade do legislador que os aplicadores gozassem de tal benefício, bastaria não criá-lo! O que não é possível aceitar é a criação de um benefício fiscal que quando utilizado pelo contribuinte mostra-se, pela ação do fisco, verdadeira armadilha fiscal pelo meio do qual cria-se a possibilidade de cobrança de tributos indevidos adicionados de multas de até 150%.

O legislador induziu o contribuinte a escolher o FIP como um instrumento mais atraente de investimento e a utilização deste instrumento somente pode ser questionado pelo Fisco se utilizada de forma simulada ou abusiva. Contudo, no presente caso, a utilização per se é que foi questionada pela fiscalização.

Desta forma, o conceito a ser adotado para definir o propósito comercial deve ser no **sentido de considerar a busca pela redução das incidências tributárias, por si, como um propósito comercial válido**. Já temos importantes precedentes do CARF nesta direção:

GANHO DE CAPITAL. VENDA DE QUOTAS. PLANEJAMENTO FISCAL ILÍCITO. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. INOCORRÊNCIA NAS REDUÇÕES DE CAPITAL MEDIANTE ENTREGA DE BENS OU DIREITOS, PELO VALOR CONTÁBIL A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 9.249/1995.

Constitui propósito comercial legítimo o encadeamento de operações societárias visando a redução das incidências tributárias, desde que efetivamente realizadas antes da ocorrência do fato gerador, bem como não visem gerar economia de tributos mediante criação de despesas ou custos artificiais ou fictícios. A partir da vigência do art. 22 da Lei 9.249/1995 a redução de capital mediante entrega de bens ou direitos, pelo valor contábil, não mais constituiu hipótese de distribuição disfarçada de lucros, por expressa determinação legal.

(Acórdão nº 1402001.472 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – Sessão de 09 de outubro de 2013)

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. NEGÓCIOS JURÍDICOS. ATOS JURÍDICOS. LICITUDE.

O fato dos atos praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos. O fato dos negócios praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CAUSA DO NEGÓCIO. LICITUDE.

Motivo do negócio é a razão subjetiva pela qual o contribuinte faz o negócio jurídico. Causa do negócio ou sua função econômica é o efeito que o negócio produz nas esferas jurídicas dos partícipes. O motivo ilícito implica em nulidade, quando declarada por um Juiz. Se a motivação do negócio é economia tributária, não se pode falar em motivo ilícito.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CONTEÚDO ECONÔMICO. PROPÓSITO NEGOCIAL. LICITUDE.

Não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Não tem amparo no sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam "conteúdo econômico" ou "propósito negocial" e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização. O lançamento deve ser feito nos termos da lei.

(...)

Outra tese do Fisco que merece análise é a de que os atos praticados poderiam ser desconsiderados, porque não teriam conteúdo econômico (ou propósito negocial), já que teriam sido praticados com o único objetivo de economia tributária. Porém, tal afirmativa está em descompasso com o ordenamento jurídico.

Como se vê, em última análise, a afirmação do Fisco consiste em sustentar que o planejamento tributário é proibido e que a economia tributária só é admissível se for acidental. Apenas por isso, já se percebe a improcedência do argumento. Mas, a análise da tese do Fisco confirma o equívoco desta interpretação da fiscalização, pois nem esta motivação vicia o negócio e nem existe lei atribuindo tal efeito.

As razões de ordem subjetiva que levam a pessoa a concluir algum negócio jurídico denominam-se motivos. Já o efeito que o negócio produz nas esferas jurídicas dos partícipes chama-se causa ou função econômica do negócio. Assim, independente da causa do negócio jurídico, se ele é praticado visando redução da

carga tributária, pode-se dizer que o motivo do negócio foi economia fiscal.

Conforme o Código Civil, apenas o motivo ilícito (se for determinante do negócio e comum As partes) implica em nulidade (inciso III, art. 166 do CC). Mesmo assim, tal nulidade precisa ser declarada por um Juiz.

No entanto, salvo disposição de lei em contrário, não há como supor que a intenção de economizar tributos é ilícita. Assim, o inciso III, art. 166 do Código Civil não poderia ser aplicada sequer por juizes aos negócios jurídicos pelos quais a pessoa executa seu planejamento tributário. E, muito menos, poderia ser aplicada pela fiscalização, para efetuar lançamento de ofício.

De outra banda, não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Somente se existisse uma lei com este conteúdo é que a fiscalização poderia desconsiderar os efeitos jurídicos dos negócios. "

(Acórdão n. 1101-000.835 - 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – Sessão de 04 de dezembro de 2012)

Neste sentido, existem também bons e recentes exemplos desta brilhante turma, merecendo destaque trecho do voto do Ilustre Conselheiro Marcelo Cuba Netto no acórdão n. 1201-001.267 de 19 de janeiro de 2016:

"(...)Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial.

Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos."

Assim, me parece claro que a simples alegação de ausência de propósito negocial não é suficiente para a desconsideração da alienação do investimento na ZAR pela HMV FIP e considerá-la ocorrida na ora Recorrente como pretendeu a fiscalização no presente caso.

No presente caso foram utilizados os instrumento legais adequado e toda a legislação e regulação aplicável foi obedecida. Além disso, inexistente a fraude, simulação ou abuso de direito, o que torna a fruição da tributação favorecida perfeitamente válida.

Todo o acima exposto permite o presente julgador a considerar totalmente improcedente o lançamento fiscal ora em combate que deve ser cancelado integralmente.

Processo nº 16561.720133/2015-75
Acórdão n.º **1201-002.278**

S1-C2T1
Fl. 40

Conclusão

Diante do exposto, CONHEÇO do RECURSO DE OFÍCIO para NEGAR-LHE PROVIMENTO e CONHEÇO dos RECURSOS VOLUNTÁRIOS para DAR-LHES PROVIMENTO.

É como voto!

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado - Relator