Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16327.720691/2013-41

Processo nº	16327.720691/2013-41
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**1402-005.845 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	19 de outubro de 2021
Recorrente	BANCO J. P. MORGAN S.A.
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)

Ano-calendário: 2008

CLUBES DE INVESTIMENTO. AÇÕES EM BONIFICAÇÕES VINCULADAS A ATIVO SOB GESTÃO DO CONDOMÍNIO. OPERAÇÃO QUE AUMENTA O CUSTO DA QUOTA DE INVESTIMENTO DESPROVIDA DE AUMENTO PATRIMONIAL.

Os clubes de investimento são condomínios. As ações que integram a massa patrimonial dos clubes de investimento são de propriedade de todos os condôminos. Cada ação bonificada é de propriedade primária de todos os condôminos, pois integram a massa patrimonial indivisa do condomínio. Nessa condição, as ações bonificadas não podem ser redirecionadas diretamente, quando da bonificação, a cada um dos condôminos em função das respectivas quotas para, ato contínuo, retornarem ao clube de investimento para majorar artificialmente o custo das quotas que representam a fração ideal do investidor pessoa física sem que isso represente aumento do patrimônio líquido do clube de investimento.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Súmula CARF nº 108).

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 124, I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

Responde solidariamente pelo crédito tributário o investidor pessoa física de clube de investimento que age dolosamente em conjunto com o administrador em operação de recebimento direto de ações dadas em bonificação vinculadas a ações que fazem parte dos ativos sob gestão do clube de investimento e, ato contínuo, entrega essas ações com o objetivo de majorar artificialmente o custo de aquisição das quotas e, com isso, reduzir a incidência do IRRF incidente sobre a operação de resgate.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento aos recursos voluntários da contribuinte e do responsável solidário. Este julgamento seguiu a sistemática dos recursos repetitivos, sendo-lhes aplicado o decidido no Acórdão nº 1402-005.843, de 19 de outubro de 2021, prolatado no julgamento do processo 16327.720688/2013-28, paradigma ao qual o presente processo foi vinculado.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Presidente Redator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Marco Rogerio Borges, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Evandro Correa Dias, Luciano Bernart, Iágaro Jung Martins, Jandir Jose Dalle Lucca, Mauritania Elvira de Sousa Mendonca (suplente convocada), Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

O presente julgamento submete-se à sistemática dos recursos repetitivos prevista no art. 47, §§ 1º e 2º, Anexo II, do Regulamento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015. Dessa forma, adota-se neste relatório o relatado no acórdão paradigma.

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da DRJ, que julgou improcedente a impugnação contra lançamento de ofício do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) em função de operações realizadas por meio do Clube de Investimento 99, administrado pelo Banco J.P. Morgan S/A.

A fundamentação para o exigência tributária se deu em razão de que houve redução da tributação por ocasião do resgate de quotas pelo quotista Frederico Carlos Gerdau Johannpeter, responsabilizado solidariamente, nos meses de novembro e dezembro de 2008.

No entendimento da Fiscalização ocorreu o incremento irregular do custo de aquisição do investimento em função da emissão de novas quotas por ocasião da bonificação de ações que compunham o patrimônio do clube de investimento, conforme se verifica no Auto de Infração e Termo de Verificação Fiscal.

Em resumo, a operação consistiu no "repasse direto" pelo Clube de Investimento 99 aos quotistas das ações recebidas em bonificação, que tão logo recebidas por esses, promoveram o reingresso das referidas ações no patrimônio do Clube de Investimento, mediante a emissão de novas quotas em favor dos quotistas.

Esse procedimento ocasionou, ao final, uma redução do valor patrimonial da cota sem que houvesse redução do patrimônio do Clube de Investimento (itens 58 e 59 do TVF).

Conforme consignado no TVF, o art. 34, § 5º, do Regulamento aprovado pelo Conselho de Administração da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa), veiculado pela Resolução nº 303/2005-CA, estabelece que somente os recursos financeiros do Clube de

Documento nato-digital

Investimento, provenientes de dividendos ou outros proventos em dinheiro auferidos, poderão ser reinvestidos ou distribuídos aos membros (quotistas), isto é, que a regulação não prevê a distribuição direta de ações recebidas em bonificação.

Some-se a isso o fato de que o Clube de Investimento tinha consciência da impossibilidade da operação em razão de a Bovespa ter rejeitado a proposta de alteração estatutária de 13.04.2016, que possibilitaria o repasse direto de outros proventos que não fossem auferidos em dinheiro, visto que tal operação contraria o regulamento sobre o funcionamento dos clubes de investimento emitido pela Bovespa.

O lançamento tem fundamento no art. 744 do Decreto nº 3.000, de 1999, então Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) e ao art. 1º, § 3º, I, da Lei nº 11.033, de 2004, que tratam da incidência do IRRF a alíquota de 15% sobre a diferença positiva entre o valor de resgate e de aquisição das quotas de clubes de investimento, que no caso concreto foi a menor em razão da operação que ocasionou aumento do custo de aquisição das quotas.

A sujeição passiva da Recorrente decorre do dever de retenção pelo administrador do clube de investimento, conforme arts. 32 e 33 da Lei nº 9.532, de 10 de 1997.

A solidarização passiva do quotista se deu com base no art. 124, I, da Lei nº 5.172, de 1966, Código Tributário Nacional (CTN), em razão do interesse do quotista no resultado obtido com o incremento do custo das quotas, fato que reduziu a incidência tributária quando do resgate das quotas. Salientou que o quotista tinha o conhecimento e controle dos fatos.

O lançamento foi efetuado com imputação de multa de ofício de 75%.

O sujeito passivo e o responsável solidário apresentaram impugnação.

O sujeito passivo alegou em impugnação onde alegou que o quotista recebeu ações bonificadas e que tais valores foram declarados como isentos na declaração de rendimento da pessoa física, tendo em vista o disposto no artigo 10 da Lei nº 9.249, de 1995; que o Fisco estaria tributando as bonificações em detrimento à regra isentiva; que se está exigindo tributo sobre bonificações ocorridas em 2006 e 2008, portanto abrangidas pela decadência, conforme regra do art. 150, § 4º do CTN; quanto ao mérito, pelo fato de os clubes de investimento serem verdadeiros condomínios, não detêm personalidade jurídica, logo os ativos pertencem aos quotistas, que possuem uma fração ideal do todo, razão pela qual os quotistas não perderam a titularidade dos títulos e valores mobiliários que integram a carteira do clube de investimento; que os quotistas agem por meio de um representante legal, nos termos do art. 28 e 126 da Lei nº 6.404, de 1976, e o administrador agem em nome do condomínio; que por serem os quotistas os titulares das ações, qualquer provento ou fruto decorrente do património do clube de investimento pertenceria aos quotistas; que embora o clube de investimento figure nos livros e registros de ações por questões burocráticas, os proprietários dessas ações são os quotistas; que a possibilidade de reinvestimento pelos quotista de dividendos ou proventos em dinheiro (art. 34, § 5º, da Resolução nº 303/2005-CA) está alinhada com as regras tributárias (art. 8º, § 13, da Instrução Normativa SRF nº 25, de 2001, e IN RFB nº 1.022, de 2010); que não apenas os frutos podem ser repassados aos condôminos, mas também os produtos (bonificações); que a entidade reguladora não aplicou sanção a operação, fato que demonstra o equívoco do Fisco; que as bonificações de ações são uma forma de distribuição de lucros, passíveis portanto de serem

Documento nato-digital

repassadas pelo administrador aos quotistas; que por terem natureza semelhante, o art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, atribui tratamento semelhante aos dividendos e ações bonificadas; alternativamente, deve ser afastada a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, pois o art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, autorizaria apenas a juros sobre a multa isolada.

Por sua vez, o responsável solidário alegou em sua peça impugnatória que seria inaplicável o art. 124, I, do CTN, pois não há união entre devedores em relação ao fato gerador; que a acusação de benefício econômico é lacônica; que a vinculação solidária do art. 124, I, do CTN é jurídica, que não restou demonstrada, e não econômica; que a imputação de responsabilidade tributária ao contribuinte, nos termos do artigo 124, I, do CTN, contraria o Parecer Normativo nº 1, de 2002.

Após as impugnações, foi juntado parecer do Professor Ary Oswaldo de Mattos Filho, que resumidamente aduz que não se aplicaria a Instrução CVM nº 494, de 2011, mas a Instrução CVM nº 40, de 1984, em razão da vigência no tempo; que o Clube de Investimento 99 não estaria sob regulação da CVM ou da Bovespa, visto que não efetuou oferta pública; que os bens condominiais pertencem aos condôminos, razão pela qual as ações bonificadas não poderiam ser emitidas em nome do clube, mas em nome dos quotistas; e que não havia, à época dos fatos, vedação a transferência direta de ações bonificadas aos quotistas.

A DRJ julgou improcedente a impugnação por entender ser inviável o repasse direto das ações bonificadas diretamente aos quotistas, de tal forma que os quotistas não poderiam ter o custo de aquisição das quotas diminuído pela operação; que o custo das ações bonificadas é irrelevante para o clube de investimento uma vez que a tributação ocorre exclusivamente no resgate das quotas; que o lançamento não diz respeito a bonificações, mas aos ganhos auferidos pelo quotista por ocasião do resgate; por afastar a regra de decadência em razão de que a ciência do lançamento ocorreu em prazo menor que os cincos anos do resgate; que o lançamento não desrespeitou a regra de isenção do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995; sobre a impugnação do responsável, entendeu, com base no Parecer Cosit nº 4, de 2018, que houve provas inequívocas que demonstram a vinculação do responsável à pratica do ato ilícito que resultou no aumento irregular do custo de aquisição das cotas. A decisão foi materializada com a seguinte ementa:

> ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)
>
> Ano-calendário: 2008
>
> Clubes de Investimento. Bonificações.
>
> Os clubes de investimento são condomínios. As ações que integram a massa o patrimonial dos clubes de investimento são de propriedade de todos os condôminos, de forma indivisa, tendo em vista a adoção, pelo Direito Brasileiro, da teoria da propriedade integral. Nessa condição, as ações bonificadas não podem ter a sua propriedade atribuída, quando da bonificação, a cada um dos condôminos em função das respectivas quotas ideais. Cada ação bonificada é de propriedade primária de todos os condôminos, pois integram a massa patrimonial indivisa do condomínio.

Documento nato-digital

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício integra o crédito tributário, logo a dívida tributária está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do mês subsequente ao do vencimento.

O sujeito passivo e o responsável solidário apresentaram Recurso Voluntário.

Em Recurso Voluntário, a Recorrente repisa as razões aduzidas na impugnação, em especial de que o lançamento estaria fulminado pela decadência, pois a fiscalização expurgou custos relativos a bonificações ocorridas em 13.04.2006 e 13.06.2008 e a ciência do lançamento ocorreu em 05.07.2013; sobre o mérito, que os clubes de investimento se constituem sob a forma de condomínio, desprovida de personalidade jurídica ou patrimônio próprio, dessa forma, são os quotistas, em copropriedade, e não os clubes de investimento ou seu administrador, os verdadeiros titulares da carteira de investimentos; que houve provimento judicial (ação anulatória n. 5059875-42.2016.4.04.7100) para cancelar lançamentos para cobrança do IRRF envolvendo outros clubes de investimento administrados pela Recorrente; que as regras regulatórias não impedem o repasse das bonificações aos quotistas; que tanto os dividendos como ações em bonificações são forma de distribuição do lucro, portanto isentos do imposto de renda, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995; que a isenção alcança os próprios quotistas, enquanto beneficiários das bonificações, em razão da natureza condominial dos clubes de investimento; que o argumento utilizado pela r. decisão, de que o art. 12 da Instrução CVM nº 494, de 2011, possibilitaria apenas o repasse de rendimentos é equivocado, pois os clubes de investimento são juridicamente classificados como condomínio, não podem ter titularidade, pois os quotistas entregam bens e valores para administração do interesse comum, fato que não caracteriza a passagem do domínio e da propriedade para pessoa distinta dos condôminos; alega ser descabido afirmar que os resultados das operações dos clubes de investimento são considerados resultados próprios destas entidades, pois os rendimentos e ganhos provenientes da alienação de títulos e valores mobiliários pertencem aos quotistas; que o art. 28 da Lei nº 6.404, de 1976, que define o administrador de fundos de investimento como representante dos condôminos, evidencia que o administrador dos clubes ou fundos de investimento ou os próprios clubes ou fundos não são titulares das ações; alega que a decisão recorrida foi contraditória ao reconhecer que o clube de investimento tem natureza de condomínio e ao afirmar que as ações bonificadas são do clube de investimento (e não dos quotistas); que o Regulamento aprovado pelo Conselho de Administração da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa), publicizado pela Resolução nº 303/2005-CA autorizaria a distribuição de proventos, frutos ou rendimentos diretamente aos quotistas; que o art. 22 da IN SRF nº 25, de 2001, vigente à época dos fatos, autorizaria o tratamento fiscal de isenção quando à distribuição direta aos quotistas; refere que a sentença judicial, nos autos da ação nº 5059875-42.2016.4.04.7100, que tratou de situação idêntica ao caso dos autos, determinou o cancelamento das autuações por entender ser inviável a tese de que as ações bonificadas eram de propriedade do clube e, portanto, as referidas ações poderiam ser utilizadas pelos quotistas para aquisição de novas quotas do clube, com a consequente majoração dos custo de investimento; que a atual Instrução CVM nº 494, de 2011, em seu art. 12, parágrafo único, dispõe que o administrador do clube de investimento pode destinar diretamente aos quotistas outros rendimentos advindos de ativos que integram a carteira, não distinguindo frutos de produtos, como sustenta o r. acórdão, podendo repassar, assim como dividendos as ações bonificadas; alega que o próprio Plano Contábil dos Fundos de Investimento (COFI), aprovado pela Instrução CVM nº 438, de 2006, prevê uma conta contábil denominada dividendos e bonificações a repassar; que tanto os dividendos como as ações em bonificação

Documento nato-digital

estão isentas por força do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, e que a fiscalização concluiu de forma equivocada que a isenção só aplicaria a dividendos e não no caso de lucro capitalizado, via emissão de novas ações em bonificação; que o Fisco está transformando o custo de aquisição das novas quotas do clube de investimento em renda tributável; que não devem incidir juros de mora sobre a multa de ofício, sob pena de contrariar o art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996.

O responsável solidário apresentou Recurso Voluntário, que seria inaplicável o art. 124, I, do CTN, pois não há união entre devedores em relação ao fato gerador; que a acusação de benefício econômico é lacônica; que a vinculação solidária do art. 124, I, do CTN é jurídica, que não restou demonstrada, e não econômica, como, por exemplo, consignado no Parecer Normativo Cosit nº 4, 2008; que não se verifica interesse comum, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no RESP nº 859.616/RS; que não é possível a aplicação do art. 124, I, do CTN em razão de ausência de nexo causal, isto é, de uma participação ativa e consciente no ato ilícito; que não há comprovação de que o Recorrente buscou de forma dolosa cometer o ilícito tributário, pois sequer a houve imputação da multa qualificada pela fiscalização; refere que a sentença judicial, nos autos da ação nº 5059875-42.2016.4.04.7100, que tratou de situação idêntica ao caso dos autos, determinou o cancelamento das autuações por entender ser inviável a tese de que as ações bonificadas eram de propriedade do clube e, portanto, as referidas ações poderiam ser utilizadas pelos quotistas para aquisição de novas quotas do clube, com a consequente majoração dos custo de investimento; que a imputação de responsabilidade tributária ao contribuinte, nos termos do artigo 124, I, do CTN, contraria o Parecer Normativo Cosit nº 1, de 2002.

É o relatório.

Voto

Tratando-se de julgamento submetido à sistemática de recursos repetitivos na forma do Regimento Interno deste Conselho, reproduz-se o voto consignado no acórdão paradigma como razões de decidir:

> ***I – Conhecimento***
>
> O sujeito passivo foi cientificada da decisão de primeira instância em 04.12.2019, conforme Termo de Ciência por Abertura de Mensagem (fls. 1.479) e o responsável solidário em 17.12.2019, conforme Aviso de Recebimento (fls. 1.482). Assim, os Recursos Voluntários, juntados aos autos em 27.12.2019 e 14.01.2020, conforme Termos de Análise de Solicitação de Juntada (fls. 1.484 e 1.539), respectivamente, são tempestivos e, por preencherem os demais pressupostos processuais, devem ser conhecidos.
>
> ***II – Mérito – Recurso Voluntário Sujeito Passivo***
>
> ***a) Preliminar Decadência***
>
> A Recorrente alega que o lançamento estaria fulminado pela decadência pois a fiscalização expurgou custos relativos a bonificações ocorridas em 13.04.2006 e 13.06.2008 e a ciência do lançamento ocorreu em 05.07.2013, nos termos no art. 150, § 4º, do CTN.

Documento nato-digital

Entende-se a presente arguição apenas para fins de dar contornos de coerência ao argumento de que a operação tem natureza ao abrigo da isenção, prevista no art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, pois as bonificações de ações decorrem de capitalização de reservas de lucros.

O Auto de Infração e a r. decisão deixam claro que a acusação é de que a infração que ensejou o lançamento do IRRF decorre do resgate das quotas do clube de investimento, que, em decorrência de uma inusual operação, majorou artificialmente os custos das quotas e, com isso, reduziu, o montante de imposto a pagar.

A operação de resgate das quotas ocorreu em 09.08.2008, 06.11.2008 e 23.12.2008 e o lançamento se perfectibilizou com a ciência em 05.07.2013, conforme Aviso de Recebimento (fls. 1.316/1.317), ou seja, não se verifica a ocorrência da alegada decadência.

b) Considerações sobre a natureza jurídica dos clubes de investimento

Diferentemente do alegado pela Recorrente, a r. decisão concluiu na mesma linha da sua defesa, isto é, de que os clubes de investimento têm natureza jurídica que se assemelha a um condomínio, são desprovidos de personalidade jurídica e resultam de uma comunhão voluntária de pessoas físicas, que adquirem títulos e valores mobiliários, que passam a integrar a carteira do clube.

Por não terem natureza jurídica, não são para fins tributários sujeitos passivos de obrigações principais na condição de contribuinte.

Diferentemente, todavia, dos condomínios ordinários, nos clubes de investimentos, os coproprietários têm interesse na sua quotapropriedade e pela valorização desta, além de não manterem nenhuma relação lateral com os demais condôminos, por essa razão, não obstante haver uma unidade orgânica funcional, é divisível matematicamente e intelectualmente em quotas, fato determinante e diferenciador, que possibilita a criação e a continuidade harmônica dos fundos, com multiproprietários em uma mesma carteira de investimento.

Se é certo que os condomínios não têm personalidade jurídica, certo é que os coproprietários exercem em conjunto direitos sobre a coisa juridicamente indivisível e comum (art. 1.314, da Lei nº 10.406, de 2002 – Código Civil).

No caso, os condôminos isoladamente não tem legitimidade para dispor da massa patrimonial do clube de investimento, todavia, esse direito de dispor está adstrito à respectiva parte ideal, materializada pela sua quota condominial.

Essa natureza condominial dos clubes de investimento é determinada também pela Instrução CVM nº 40, de 1984, e nº 494, de 2011, que dispõem sobre a constituição e o funcionamento dos clubes de investimento.

Uma razão especial e que para fins tributários se reveste de grande atrativo é o fato de que em relação à pessoa física quotista só haverá tributação quando do resgate das respectivas quotas do clube de investimento.

Dessa forma, os resultados das operações com ações, bônus de subscrição e debêntures conversíveis em ações, de emissão de companhias abertas, operações no mercado a termo, futuro ou de opções serão tributados na compra e venda de ativos mercantis realizados pelo clube de investimento tem tratamento tributário equivalente ao dos

Documento nato-digital

fundos de investimento (art. 43 da IN RFB nº 1.585, de 2015), ou seja, enquanto não distribuídos (ou resgatados) não têm qualquer incidência tributária.

Em outras palavras, o investidor pessoa física tem dois caminhos.

O primeiro é investir de modo próprio, onde, em cada operação, deverá aferir os resultados e ao final do período de apuração, se o resultado for positivo, pagar o imposto sobre renda obtida.

O segundo é integrar um clube de investimento, onde não tem mais a disponibilidade dos ativos, pois há entrega do mesmos ao clube de investimento, mediante ato formal de registro dessa operação no livro registro de ações, mantido pela companhia, recebendo em troca dos títulos entregues quotas do respectivo clube de investimento proporcionais ao valor patrimonial dos ativos.

Nos dois cenários, os títulos de valores mobiliários do investidor pessoa física são distintos, no primeiro, ações, título indivisível em relação à companhia (art. 28 da Lei nº 6.404, de 1976, e art. 2º, I, da Lei nº 6.385, de 1976), no segundo, quotas de clubes de investimentos (art. 2º, V, da Lei nº 6.385, de 1976).

Nesse segundo cenário, todos os resultados auferidos pelo clube de investimento não são tributados, com claro incentivo, via renúncia fiscal, para que o imposto diferido permaneça no condomínio alavancando resultados, a tributação só ocorrerá quando a posição se inverter, isto é, pelo resgate das quotas.

Se no primeiro cenário a pessoa física investidora estava preocupada com o ativo subjacente que detinha para ter renda, no caso, ações de sociedade anônima, agora sua riqueza advém da valorização da quota, que se dá, pela diferença entre o custo de aquisição das quotas e o valor de resgate.

Quando opta por efetuar investimento via clube de investimento, o investidor tem o benefício de postergar a tributação, todavia a valorização ou os benefícios auferidos pelo ativo espelho produzem resultados patrimoniais no condomínio, que refletem nas quotas que detém no clube de investimento.

Se a ação é indivisível em relação à companhia, como todo bem, pode ser objeto de propriedade compartilhada, que é o que ocorre quando o investidor pessoa física a entrega ao clube de investimento em troca de quotas deste. Essa ação em conjunto com os outros títulos de valores mobiliários que majoritariamente compõem a massa patrimonial do clube investimento pertence a todos os condôminos, ou seja, o título entregue em dação não integra o rol de disponibilidades do investidor isoladamente considerado.

O art. 20 da Instrução CMV delegou as bolsas de valores a competência para regulamentar os clubes de investimento:

> Art. 20. A Bolsa de Valores poderá regulamentar, no âmbito de sua competência, o funcionamento do Clube de Investimento.
>
> Parágrafo único. Os regulamentos a serem baixados, bem como suas eventuais alterações, deverão ser encaminhados à Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Em que pese o ato de delegação seja inusual, pois em tese decorreria de lei, o fato que então Bovespa regulou o funcionamento dos clubes de investimento por meio da Resolução nº 303/2005-CA. Referida resolução trata especificamente sobre a possibilidade de distribuição de proventos em dinheiro, que poderão ser reinvestidos ou distribuídos aos investidores:

Documento nato-digital

> § 5º - Os recursos financeiros do Clube de Investimento, provenientes **de dividendos ou outros proventos em dinheiro auferidos**, poderão ser reinvestidos de acordo com o Estatuto Social do Clube e com o disposto nos Capítulos 7 e 8 deste Regulamento, ou distribuídos aos membros, conforme previsto no referido Estatuto". (g.n.)

Ressalte-se dois pontos relevantes para deslinde do caso sob litígio.

O primeiro é de que o ato que disciplina o funcionamento dos fundos prevê as distribuição de dividendos ou outros proventos, ou seja, categorias jurídicas que representam rendimentos. Ambos são frutos e não produtos decorrentes da ação.

Frutos decorrem da coisa, se separam dela e não alteram a sua substância.

Produtos são extraídos da coisa, ao ser retirado dela, diminui-a.

Se os frutos das ações, dividendos ou proventos, permanecem no clube de investimento, há por óbvio aumento do patrimônio e, por consequência, aumento do valor da quota.

Se os frutos das ações são distribuídos aos membros (condôminos – investidores pessoas físicas), não há qualquer impacto patrimonial no clube de investimento. Se, em um segundo momento, o investidor pessoa física decide por fazer novo aporte no clube de investimento, haverá aumento do valor patrimonial e, por consequência, das respectivas quotas que representam a fração ideal do condomínio.

Ações em bonificação, decorrem de ações originais, que já comtemplavam no seu preço de mercado as reservas de lucros das quais aquelas se originaram. Ações em bonificação diminuem o valor de mercado das ações originais, pois há aumento do número absoluto de ações e não há acréscimo patrimonial da companhia.

O segundo ponto e o mais relevante é de que **os proventos devem ser em dinheiro**. Isso se deve porque, uma vez recebido os recursos financeiros *em dinheiro*, caso o investidor pessoa física decida por fazer novo investimento no mesmo clube de investimento, com o consequente acréscimo patrimonial pelo ingresso de novos recursos. Na entrega das ações recebidas em bonificações não há acréscimo patrimonial.

Não faz sentido lógico algum sob a perspectiva do direto societário ou de mercados de capitais o recebimento direto pelos investidores pessoas físicas do mesmo ativo que integra a massa patrimonial dos clubes de investimento, em especial ações bonificadas, pois as mesmas, como já referido, decorrem de reservas de lucros, ou seja, as ações originais mantidas no clube de investimento já contemplavam no seu valor essa situação patrimonial.

c) Majoração do custo das quotas do clube de investimento

A Recorrente faz extensa e detalhada argumentação sobre a isenção concedida pelo art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, em especial que as ações dadas em bonificação seriam uma forma válida de distribuição do lucro e que essa isenção alcançaria os quotistas.

Evidentemente que resta claro que o lançamento fiscal sob litígio não diz respeito às ações bonificadas, o lançamento diz respeito ao pagamento a menor do IRRF decorrente do aumento artificial do custo de aquisição das quotas do clube de investimento sem que houvesse o corresponde aumento patrimonial.

Documento nato-digital

Não há, portanto, discordância alguma no ato de lançamento ou na decisão de primeira instância sobre a vigência e aplicação do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, que atribui isenção lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados pelas pessoas jurídicas a partir do mês de janeiro de 1996, sejam eles distribuídos sob a forma de dividendos (frutos) ou outra forma de remuneração, tais como ações bonificadas, que diminuem o valor das ações originais, em razão da maior quantidade destas em relação ao mesmo patrimônio líquido da companhia.

Não procede o argumento da Recorrente de que o art. 12 da Instrução CVM nº 494, de 2011, possibilitaria o repasse de ações dadas em bonificações, pois os clubes de investimento são juridicamente classificados como condomínio, não podem ter titularidade, pois os quotistas entregam bens e valores para administração do interesse comum, fato que não caracteriza a passagem do domínio e da propriedade para pessoa distinta dos condôminos; alega ser descabido afirmar que os resultados das operações dos clubes de investimento são considerados resultados próprios destas entidades, pois os rendimentos e ganhos provenientes da alienação de títulos e valores mobiliários pertencem aos quotistas.

O parágrafo único do art. 12 da Instrução CVM nº 494, de 2011, tem a seguinte redação:

> Art. 12. O estatuto do Clube deve dispor, no mínimo, sobre as seguintes matérias:
>
> [...]
>
> Parágrafo único. O administrador pode destinar diretamente aos cotistas as quantias que forem atribuídas ao Clube a título de **dividendos, juros sobre capital próprio ou outros rendimentos** advindos de ativos que integrem sua carteira, desde que expressamente autorizado pelo estatuto. (g.n.)

Como referido em tópico anterior, a razão do dispositivo tem razão lógica de ser, pois, seja o pagamento de dividendos, juros ou outros rendimentos (frutos) direcionados ao clube de investimento ou ao investidor pessoa física, o resultado é neutro sobre o ponto de vista do mercado de capitais e tributário.

Explica-se, se os dividendos são direcionados ao clube de investimento, haverá acréscimo patrimonial no condomínio e consequente repercussão nas quotas, cuja tributação ocorrerá apenas quando do resgate destas pelo investidor pessoa física.

Logo, sob o ponto de vista do planejamento tributário lícito, o dispositivo permite que parcelas abrangidas por regra isentiva sejam diretamente direcionadas às pessoas físicas para evitar que valores isentos majorem os resultados do clube de investimento, que seriam tributados por ocasião do resgate.

A regra do órgão regulador obviamente não contempla ações em bonificações ou desdobramento de ações originais pois essas operações não produzem acréscimo patrimonial na companhia ou no clube de investimento, pois são produtos dos ativos que formam a massa patrimonial do condomínio.

É irrelevante para fins tributários do lançamento em discussão se houve passagem de domínio dos ativos ou caracterização do condomínio como titular de personalidade jurídica. Como visto, os clubes de investimento se traduzem em um instrumento de gestão de ativos com nítido benefício tributário de postergação indefinida dos resultados, em outras palavras, até que o investidor decida por resgatar suas quotas.

Ainda que fosse possível a destinação diretamente aos cotistas de benefícios que não são remunerados sob a forma dividendos, juros sobre capital próprio ou outros

Documento nato-digital

rendimentos advindos de ativos quando isoladamente considerados, o problema ocorre no segundo passo da operação, quando ato contínuo as ações são entregues ao clube de investimento.

De forma mais direta, os passos isoladamente considerados não apresentam problemas de ordem tributária, (i) distribuição de lucros de pessoa jurídica e (ii) entrega de ativos mobiliários para compor condomínio.

O problema não está na sequencia de fotografias, mas no filme quando se analisa o início, meio e fim.

A sequência dos acontecimentos é:

> A companhia decide por emitir ações em bonificação, cujos ativos estão registrados em nome do clube de investimento, se essas ações bonificadas permanecessem no clube de investimento não haveria qualquer alteração patrimonial do clube de investimento e, por consequência, do valor das quotas de titularidade do investidor pessoa física.
>
> O administrador do clube, ora Recorrente, decide por repassar essas ações bonificadas diretamente ao investidor pessoa física, se essas ações permanecessem com a pessoa física, o que não ocorreu, haveria decréscimo de patrimônio líquido do clube de investimento, com a consequente queda do valor da quota respectiva, e acréscimo patrimonial da pessoa física, este abrangido por isenção (art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995).
>
> Se a situação permanecesse sem a entrega das ações em bonificação ao clube, o resultado tributário em tese tenderia à neutralidade, as consequências seria de ordem no mercado de capitais, pois o investidor pessoa física deixaria de ter os benefícios de postergação de resultados que o clube de investimento proporciona.
>
> O investidor pessoa física entrega a ações recebidas em bonificação, com isenção, ao clube de investimento, ao entregar as novas ações, as entrega pelo valor de mercado e consequentemente recebe novas quotas do clube, de tal forma que seu investimento, não mais diretamente na companhia, mas no clube, tem seu custo majorado.
>
> O investidor pessoa física resgata quotas do fundo ao preço de mercado mas com o custo majorado, resultado numa redução artificial do IRRF. Ressalte-se, caso as ações bonificadas, que eram produtos do desdobramento das ações originais, o custo para fins de incidência do IRRF seria menor.

Dessa forma, quando se analisa a situação inicial e final, têm-se que o rito de passagem das ações em bonificação pelo investidor pessoa física tem como único propósito a redução artificial do IRRF devido por ocasião do resgate das quotas.

Não há sob a perspectiva da causa do negócio jurídico nenhuma razão para a ações bonificadas terem sido redirecionadas pelo clube de investimento ao investidor pessoa física e, posteriormente deste para o clube, que não fosse o aumento artificial do custo.

Tão pouco, por sequer ser jurídica, a argumentação de o conjunto de manobras seria possível tendo em vista que o Plano Contábil dos Fundos de Investimento (COFI), aprovado pela Instrução CVM nº 438, de 2006, prevê uma conta contábil denominada dividendos e bonificações a repassar.

Documento nato-digital

Como explicado, ainda que fosse possível o repasse de produtos objeto de desdobramento dos ativos sob gestão e disposição do clube de investimento, por óbvio que o COFI não serviria como justificativa para produzir efeitos em âmbito tributário, nomeadamente para acobertar operações de redirecionamento e reintrodução dos ativos em carteira.

Nesse sentido, embora se tenha conhecimento da decisão proferida no processo judicial nº 5059875-42.2016.4.04.7100, que tratou de situação idêntica ao caso dos autos, entende-se que, respeitosamente, aquela não espelha a melhor solução para o caso, que envolve um conjunto de operações que tinham como único propósito reduzir a incidência do IRRF.

Por tudo até aqui explicitado, resta evidente que se está diante de uma ilicitude, que, como abordado pelo responsável solidário em sua peça recursal, como se verá adiante, consubstancia-se na conduta dolosa da Recorrente com a finalidade de modificar as características do fato gerador mediante redução do montante do IRRF devido, denominada como fraude pelo art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, e que deveria ser objeto da consequente qualificação da multa de ofício.

d) Incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Alega, por fim a Recorrente, que, subsistindo o lançamento, não devem incidir juros de mora sobre a multa de ofício, sob pena de contrariar o art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996.

O artigo 161 do CTN, disciplina a questão:

> Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.
>
> § 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. [...]

Conforme se verifica, o crédito tributário não pago no vencimento é acrescido de juros de mora. Como o crédito tributário abarca o tributo e a penalidade, cabível a incidência de juros de mora sobre o valor dos dois itens.

O assunto, contudo, foi dirimido no âmbito do CARF com a edição da Súmula nº 108:

> Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Por todo o exposto, quanto ao mérito, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário do sujeito passivo.

III – Mérito – Recurso Voluntário Responsável Solidário

a) Aplicação do art. 124, I, do CTN

Documento nato-digital

O responsável solidário entende ser inaplicável o art. 124, I, do CTN, pois não há união entre devedores em relação ao fato gerador. Defende ainda que vinculação é jurídica, que não restou demonstrada, e não econômica.

Alega que no caso dos autos não se verifica interesse comum nos termos do que foi decidido pelo STJ no RESP nº 859.616/RS e do consignado no Parecer Normativo Cosit nº 4, de 2008 e que contrariaria o Parecer Normativo Cosit nº 1, de 2002.

Que inexiste nexo causal, isto é, de uma participação ativa e consciente no ato ilícito; que não comprovação de que o Recorrente buscou de forma dolosa cometer o ilícito tributário, pois sequer a houve imputação da multa qualificada pela fiscalização.

A infração da qual decorreu o lançamento tributário não aconteceria sem a concorrência do responsável solidário.

O responsável solidário agiu dolosamente em etapas relevantes para a majoração artificial do custo das quotas do clube de investimento. Essas etapas são o recebimento direto das ações em bonificação e a sua entrega imediata ao clube de investimento. Sem esses passos, o ato ilícito não ocorreria.

Destaca-se excerto do Termo de Verificação Fiscal sobre esse ponto:

> 119. Destaque-se que os cotistas tinham, além de interesse, conhecimento dos procedimentos adotados pelo JP Morgan. Lembre-se que, em 13/04/2006, uma Assembléia Geral de Cotistas deliberou pela alteração do Art. 13 do Estatuto, com o intuito de ampliar a autorização de reinvestimento ou distribuição direta aos cotistas de proventos, estendendo-a para as bonificações recebidas pelo Clube de Investimento. Em 16/05/2006, a Bovespa rejeitou o registro das alterações.
>
> 120. Saliente-se que o controle de fato dos Clubes é exercido pelos cotistas, aos quais compete, por exemplo, constituir e desconstituir administradores e gestores. Ademais, as regras dos Clubes são estabelecidas em estatuto aprovado pelos cotistas. Eles têm, então, total conhecimento das regras de funcionamento dos Clubes de Investimento."

Resta claro, portanto, a subsunção jurídica do tipo previsto no art. 124, I, do CTN, pois o responsável solidário agiu de forma consciente nos negócios jurídicos que resultaram no resultado, isto, redução do IRRF pago por ocasião do resgate das quotas do clube de investimento.

A *ratio decidendi* do RESP nº 859.616/RS se amolda perfeitamente ao caso concreto, pois a pessoa física solidarizada concorreu para que o fato gerador fosse dolosamente e artificialmente reduzido:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA (LETRAS FINANCEIRAS DO TESOURO). AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. RECUSA. POSSIBILIDADE. MENOR ONEROSIDADE. ART. 620 DO CPC. SÚMULA 7/STJ. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA.
>
> [...]
>
> 6. Deveras, o instituto da solidariedade vem previsto no art. 124 do CTN, verbis:
>
> "Art. 124. São solidariamente obrigadas:

> I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;
>
> II - as pessoas expressamente designadas por lei.
>
> 7. 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 imponível**. Isto porque **feriria a lógica jurídico-tributária a integração, no pólo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação**.
>
> 8. Segundo doutrina abalizada, *in verbis*:
>
> "... o interesse comum dos participantes no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo da solidariedade. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inc. I do art 124 do Código. Vale sim, para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como, por exemplo, na incidência do IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel.
>
> Tratando-se, porém, de ocorrências em que o fato se consubstancie pela presença de pessoas em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre sujeitos que estiveram no mesmo pólo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação. É o que se dá no imposto de transmissão de imóveis, quando dois ou mais são os compradores; no ICMS, sempre que dois ou mais forem os comerciantes vendedores; no ISS, toda vez que dois ou mais sujeitos prestarem um único serviço ao mesmo tomador." (Paulo de Barros Carvalho, in Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 8ª ed., 1996, p. 220) [...] (g.n.)

Está-se, portanto, diante de um caso clássico de subsunção da regra prevista no art. 124, I, do CTN.

Os julgados do CARF colacionados na peça recursal referem-se a situação-fático jurídica distinta dos autos, onde sem a participação do responsável solidário a infração tributária não teria acontecido.

Os Pareceres Normativo Cosit nº 1, de 2002 e Cosit nº 4, de 2008 em nada socorrem o responsável tributário.

O Pareceres Normativo Cosit nº 1, de 2002, versa sobre a responsabilidade tributária da fonte pagadora de rendimentos e estabelece, no item 9, que esta substituirá a contribuinte desde o nascimento da obrigação tributária, hipótese em que a sujeição passiva é do exclusiva da fonte.

Não há no lançamento nada que negue os efeitos vinculante do Parecer Normativo nº 1, de 2002, pelo contrário o lançamento se deu em desfavor da referida fonte. O Parecer, no entanto, não tem o condão de afastar a aplicabilidade de regra definida em lei complementar.

Sobre a solidariedade, a orientação vinculante emitida pela RFB, está materializada no Parecer Normativo Cosit nº 4, de 2008, dos quais se destacam os seguintes trechos por absoluta pertinência ao caso concreto e que os acolho como razões de decidir:

Documento nato-digital

16. Não é qualquer interesse comum que pode ensejar a aplicação do disposto no inciso I do art. 124 do CTN. **O interesse deve ser no fato ou na relação jurídica relacionada ao fato jurídico tributário**, como visto acima. Assim, o mero interesse econômico, sem comprovação do vínculo com o fato jurídico tributário (incluídos os atos ilícitos a ele vinculados) não pode caracterizar a responsabilização solidária, não obstante ser indício da concorrência do interesse comum daquela pessoa no cometimento do ilícito. Transcreve-se elucidativo trecho de julgado do CARF[1]:

> O interesse comum de que trata o artigo 124, inciso I, do CTN é sempre jurídico, não devendo ser confundido com "interesse econômico", "sanção", "meio de justiça" etc.
>
> O interesse econômico, reconhecemos, até pode servir de indício para a caracterização de interesse comum, mas, isoladamente considerado, não constitui prova suficiente para aplicar a solidariedade. E também não é suficiente que a pessoa tenha tido participação furtiva como interveniente num negócio jurídico, ou mesmo que seja sócio ou administrador da empresa contribuinte, para que a solidariedade seja validamente estabelecida.
>
> Pelo contrário, a comprovação de que o sujeito tido por solidário teve interesse jurídico, o que **se faz com a demonstração cabal da relação direta e pessoal dele com a prática do ato ou atos que deram azo à relação jurídico tributária**, é requisito fundamental para fins de aplicação de responsabilidade solidária.

17. Ao caracterizar o interesse comum como sendo aquele relacionado com algum vínculo ao fato jurídico tributário, pode-se criar a falsa impressão de que neste parecer se alinharia à tese de que o interesse comum seria o que se denominou interesse jurídico, o que não é verdade.

17.1. Em muitas situações, mormente quando se está diante de cometimento de atos ilícitos, estes se configuram na medida em que a essência do verdadeiro fato jurídico esteve artificialmente escondida ou manipulada por determinadas pessoas. Não haveria, assim, propriamente um vínculo jurídico formalizado. **Há, isso sim, um vínculo que se torna jurídico, ao menos em âmbito tributário, no momento em que há a imputação de responsabilidade**.

17.2. É por isso, ainda, que se é bastante crítico à tese de que o interesse comum seria um interesse jurídico, consubstanciado no fato de as pessoas constituírem do mesmo lado de uma relação jurídica (ambos compradores ou vendedores, por exemplo), não podendo estar em lados contrapostos. Isso seria verdade numa situação normal, ou seja, na ocorrência de um negócio jurídico lícito, cuja forma representa fielmente a sua essência. **A partir do momento em que essas partes se reúnem para cometimento de ilícito, é evidente que elas não estão mais em lado contrapostos, mas sim em cooperação para afetar o Fisco numa segunda relação paralela àquela constante do negócio jurídico**.

18. Na linha até aqui desenvolvida, deve-se ter o cuidado de avaliar qual ilícito pode ensejar a responsabilização solidária, pois ele deve repercutir em âmbito tributário. Conforme Andréa Darzé:

> No que se refere à responsabilidade tributária, o que se nota é que não é qualquer ilícito que poderá ensejar a atribuição de sanção dessa natureza; deve ser **fato que representa obstáculo à positivação da regra-matriz de incidência**, nos termos inicialmente fixados. Descumprido dever que,

[1] CARF, Acórdão nº 1201-001.974, Rel. Luis Henrique Marotti Toselli.

Documento nato-digital

> direta ou indiretamente, dificulte ou impeça a arrecadação de tributos, irrompe uma relação jurídica de caráter sancionatório, consubstanciada na própria imputação da obrigação que inclui no seu objeto o valor do tributo. **Com isso, o ordenamento positivo pune o infrator e desestimula a prática de atos dessa natureza**[2].
>
> 19. Destarte, além do cometimento em conjunto do fato jurídico tributário, pode ensejar a responsabilização solidária a prática de atos ilícitos que englobam: (i) abuso da personalidade jurídica em que se desrespeita a autonomia patrimonial e operacional das pessoas jurídicas mediante direção única ("grupo econômico irregular"); (ii) evasão e simulação fiscal e demais atos deles decorrentes, notadamente quando se configuram crimes; (iii) abuso de personalidade jurídica pela sua utilização para operações realizadas com o intuito de acarretar a supressão ou a redução de tributos mediante manipulação artificial do fato gerador (planejamento tributário abusivo). (g.n.)

Como didaticamente registrado na r. decisão, que reproduz-se para integrar o presente voto, nos termos no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1999:

> [...] As provas inequívocas dos autos demonstram a vinculação do imputado responsável à prática do ato ilícito que conduziu ao aumento irregular do custo de aquisição das quotas do clube de investimento possuídas pelo próprio imputado. **Restou comprovado o nexo causal da sua participação consciente na busca do resultado consubstanciado na redução do IRRF incidente quando do resgate das quotas do clube de investimento.** Não consta dos autos mero interesse econômico, mas interesse permeado pelo agir concreto do imputado (participação na assembléia de quotistas com a finalidade de alterar estatuto, para que o regramento permitisse o repasse direto das bonificações aos quotistas) de sorte a reduzir o seu próprio encargo tributário. (g.n.)

Dessa forma, diante da comprovação do nexo causal do responsável tributário na busca intencional para obter vantagem ilegítima na redução do IRRF incidente por ocasião do resgate das quotas do clube de investimento, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário do responsável solidário, senhor Germano Hugo Gerdau Johannpeter.

Por fim, os aspectos trazidos no parecer do Professor Ary Oswaldo de Mattos Filho não alteram o resultado dos recursos voluntários apresentados.

Por todo o exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO aos Recursos Voluntários apresentado pelo sujeito passivo e pelo responsável solidário, este nos termos do art. 124, I, do CTN.

[2] DARZÉ, Andréa M. Responsabilidade tributária Solidariedade e Subsidiariedade. São Paulo: Noeses, 2010, p. 96

Documento nato-digital

CONCLUSÃO

Importa registrar que, nos autos em exame, a situação fática e jurídica encontra correspondência com a verificada na decisão paradigma, de sorte que as razões de decidir nela consignadas são aqui adotadas, não obstante os dados específicos do processo paradigma citados neste voto.

Dessa forma, em razão da sistemática prevista nos §§ 1º e 2º do art. 47 do anexo II do RICARF, reproduz-se o decidido no acórdão paradigma, no sentido de negar provimento aos recursos voluntários da contribuinte e do responsável solidário.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Presidente Redator

Documento nato-digital