

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA 14ª VARA DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

SEÇÃO DE PROCESSO NUCU
JUSTIÇA FEDERAL DF - 09-Ser-2016-16:31-032769-004

Processo nº 0067381-20.2015.4.01.3400

GWI BRAZIL AND LATIN AMERICA MASTER FUND LTD - GBF, por seus advogados, nos autos da **ACÃO DECLARATÓRIA E CONDENATÓRIA** em referência, vem, respeitosa e tempestivamente¹, perante V. Exa., inconformada com a sentença de fls.547/549., que julgou improcedente a ação, opor os presentes **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, nos termos do art. 1.022, incisos I e II do CPC/15, pelas razões a seguir aduzidas.

1. DOS FATOS

Cuida-se de ação declaratória da inexigibilidade do IRPJ no resgate de cotas de investimento em hipótese de não haver ganho de capital, com o consequente reconhecimento do direito da Autora à restituição dos montantes indevidamente retidos quando da liquidação de fundo de investimentos do qual foi cotista.

Os documentos acostados à inicial (fls. 157 e sgts.) demonstram que a Autora adquiriu no mercado **secundário** cotas do “Fundo de Investimento Imobiliário – FII GWI Condomínio Logístico”, pelo valor médio de **R\$ 197,59** por cota. Porém, quando da liquidação do Fundo, a Autora resgatou apenas **R\$196,73** por cota. Logo, *“com base em tais valores é simples presumir a ausência de ganho de capital quando da liquidação das cotas do Fundo”*, **conforme afirmou a própria sentença embargada** (fls. 547/549).

¹ A sentença embargada foi publicada no DJe de 01/09/2016 (quinta-feira). Assim, a contagem do prazo de 5 dias úteis para oposição dos presentes embargos declaratórios iniciou-se em 02/08/2016 (sexta-feira) e findar-se-á em 09/09/2016 (sexta-feira), tendo em vista o feriado nacional de 07/09/2016. Tempestivo, portanto, o protocolo realizado na presente data.

Apesar de a Autora ter apresentado ao Administrador do Fundo documentos que comprovam a ausência de ganho de capital nessa operação, este entendeu ser devida a retenção do IRPJ calculado, em suma, sobre a diferença entre o valor de face das cotas (R\$100,00) e o valor de liquidação (R\$196,73).

Diante disso, a Autora ajuizou a presente ação requerendo a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue ao recolhimento do IPRJ na presente hipótese – resgate de investimento sem ganho de capital –, com a antecipação dos efeitos da tutela, para que fosse determinado ao Administrador do Fundo o repasse integral do valor de resgate independente da referida retenção.

A antecipação foi negada, mas foi deferido o pedido para que o Administrador depositasse judicialmente os valores retidos, com o fim de suspender a exigibilidade do crédito durante o curso da ação.

Regularmente citada, a União apresentou contestação, limitando-se a aduzir que: (i) o ganho de capital é representado pela diferença entre o valor de aquisição e de transferência do bem; (ii) o ganho de capital deve ser acrescido ao lucro presumido para fins de incidência do IRPJ; e (iii) a Autora não preenche os requisitos para a isenção do imposto de renda.

Em réplica, a Autora demonstrou que a Fazenda Nacional deixou de impugnar o efetivo fundamento da demanda, porquanto a contestação trata, genericamente, do conceito de ganho de capital e de sua tributação, algo que jamais foi questionado. Nessa ocasião, a Autora requereu a produção de prova pericial que evidenciasse a “*não ocorrência de resgate das cotas por valor superior ao adquirido*” (fls. 534/536réplica).

Intimada para especificar provas, a Autora reconsiderou esse pedido, requerendo o julgamento antecipado da lide (art. 355 do CPC/15), pois a perícia seria inútil, nos termos do art. 77, III, do CPC/15², uma vez que “*a ausência de ganho de capital na alienação das cotas está suficientemente comprovada, especialmente pela análise dos documentos anexos à inicial (docs. 04 a 06)*” (fls. 542/543).

Na sequência, foi proferida a sentença ora embargada que, a despeito de reconhecer a não incidência do IRPJ na hipótese narrada nos autos, julgou improcedente do pedido ao fundamento de que “***apesar da farta documentação apresentada, o exame da comprovação das alegações da autora não pôde ser verificado de***

² “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito”.

plano, se fazendo necessária a produção de prova técnica” (fls. 547/ 549 – sentença).

Com o devido respeito, a r. sentença merece ser reconsiderada, pois foi omissa, contraditória e obscura, conforme se demonstra a seguir.

II. OMISSÕES, CONTRADIÇÕES E OBSCURIDADES DA SENTENÇA.

II.1 – DA SUFICIÊNCIA DA PROVA DOCUMENTAL JUNTADA À INICIAL. OMISSÃO QUANTO AO SEU CONTEÚDO. OMISSÃO E OBSCURIDADE DAS RAZÕES PARA DESCONSIDERAÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL. OMISSÃO QUANTO À VEDAÇÃO À PRODUÇÃO DE PROVAS INÚTEIS.

A sentença embargada foi contraditória ao afirmar que há “farta documentação” juntada aos autos e, a seguir, entender que os fatos alegados na inicial não puderam ser “verificados”, inclusive deixando de considerar que os documentos e fatos narrados pela Autora sequer foram impugnados pela Fazenda Nacional, tornando-se incontrovertidos.

De fato, os documentos acostados demonstram que as aquisições foram feitas, em média, pelo valor de **R\$197,59 (fls. 500/503 - tabela de todas as aquisições)**, conforme se aduz exemplificativamente do relatório de operações efetuadas no dia 18/07/2012 (fl. 168):

COMPRA VIS FII GWI LOG CI BRGWICCTF008					
1-BOVESPA	GWIC11	2.500	200,00	-500.000,00	-548,03
	Soma	2.500	200,00000000	-500.000,00	-548,03
	Total		200,21921200	-500,548,03	

Dessa forma, a sentença foi omissa em relação ao conteúdo dos documentos acostados à inicial. Logo, também foi omissa quanto às razões pelas quais tais documentos seriam insuficientes para provar as alegações da Autora, limitando-se a afirmar que “apesar da farta documentação apresentada... [se faria] necessária a produção de prova técnica”, afrontando, dessa forma, o art. 371 do CPC/15:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Ora, a única utilidade da perícia no caso dos autos seria provar que os valores de aquisição e resgate são aqueles indicados pela Autora na inicial, que, repita-se, não



foram contestados nem mesmo pela Ré. Para tanto, o *Expert* se pautaria nos mesmos documentos já acostados à inicial, que podem ser facilmente verificados pelo juízo, o que torna a perícia inútil, em especial porque os valores discutidos são incontroversos e já se encontram depositados em juízo, o que dispensa, inclusive, nova quantificação do montante a restituir.

Assim, (i) se os documentos confirmam que as cotas foram adquiridas pelo valor médio de R\$197,59, (ii) se demonstram, ainda, que o valor de resgate foi de apenas R\$196,73 (iii) provando assim que o ganho de capital é matematicamente impossível (iv) não há que se falar em insuficiência de prova documental que demandasse a realização de perícia contábil, razão pela qual a Autora a dispensou, conforme impõe o art. 77, III, do CPC/15, porquanto é defeso às partes a produção de provas inúteis, o que não foi considerado pela sentença.

Diante do exposto, a Autora requer seja reconsiderada a sentença embargada, para que se reconheça a suficiência da documentação acostada à inicial para provar a inexistência de ganho de capital na operação em tela, bem como para que seja declarada a não incidência do IRPJ na presente hipótese, com a conseguinte condenação da União à restituir o montante indevidamente retido por meio do levantamento pela Autora do valor depositado em juízo.

II.2. O MÉRITO SÓ PODERIA SER JULGADO SE TODAS AS PROVAS NECESSÁRIAS TIVESSEM SIDO PRODUZIDAS.

Esse MM. Juízo foi contraditório ao entender ser *necessária* a realização da perícia contábil sem, contudo, tê-la determinado antes do julgamento do mérito, conforme determinam os arts. 355, I, e 370 do CPC/15. Isso porque é contraditório, de um lado, julgar o mérito da ação antes que a produção de todas as provas entendidas como *necessárias* pelo próprio Juízo tenha sido determinada e, de outro, negar provimento à ação em razão da suposta insuficiência de provas.

Veja-se que “o julgamento antecipado da lide deve acontecer quando evidenciada a desnecessidade de produção de prova” (REsp 29.172/ES, Rel. Ministro Fontes De Alencar, Quarta Turma, julgado em 09/02/1993). Nesse sentido, “o art. 330, inciso I, do CPC [art. 355, I, do CPC/15] permite ao magistrado desprezar a produção de provas quando constatar que a questão é unicamente de direito ou que os documentos acostados aos autos são suficientes para nortear seu convencimento” (REsp 665.320/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 03/03/2008).



Destaque-se que, nesses casos, ***“a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado no sentido da improcedência do pedido por insuficiência de provas. Precedentes: AgRg no REsp 1480356/PE, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, DJe de 14/08/2015; REsp 623.479/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 07/11/2005, p. 265; REsp 1449894/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Dje de 02/09/2014; REsp 1331222/SP, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 19/12/2014”*** (AgRg nos EDcl no REsp 1069807/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 10/03/2016). Havendo demonstração fática que, a critério do julgador, era indispensável, compete a ele determinar a sua produção de ofício, inobstante as partes tenham anteriormente manifestando-se pela desnecessidade da produção probatória.

Segundo Eg. TRF da 1ª Região, trata-se de típica hipótese de conversão do julgamento em diligência, para que a prova seja complementada, *verbis*:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. MANIFESTAÇÃO DA AUTORA, JÁ NA INICIAL, PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. OPORTUNIDADE PARA ESPECIFICAR PROVAS. MANIFESTAÇÃO DE QUE NÃO HAVIA OUTRAS PROVAS A PRODUZIR. SENTENÇA: INDEFERIMENTO DO PEDIDO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. APONTAMENTO, NESSA SENTENÇA, DE DOCUMENTO QUE PODERIA TER LEVADO À PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PRINCÍPIO DISPOSITIVO. EXCESSIVO APEGO. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO. ORIENTAÇÃO CORRETA, NESSE CASO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. REABERTURA DA INSTRUÇÃO. 1. São fundamentos da sentença: a) “para efeito do reconhecimento da dívida bastaria a demonstração objetiva do débito (passivo circulante) no balanço patrimonial da empresa que foi extinta”; b) “cumpria à autora trazer aos autos a íntegra do balanço patrimonial da companhia extinta ... de forma a demonstrar, contabilmente, a obrigação pecuniária de que é titular”; c) “é desinfluyente a declaração unilateral do coordenador da INTERBRÁS acerca da existência do crédito em favor da autora, isto porque se trata de prova constituída sem o crivo do contraditório”; d) “os demais documentos juntados aos autos são confusos e não-conclusivos, como seria de se esperar no tocante a uma ação de cobrança. De resto, ainda paira dúvida acerca do direito de compensação de crédito em favor da INTERBRÁS (União), fato que somente poderia ser elucidado com o exame minucioso do balanço patrimonial e do relatório do liquidante da empresa extinta”. 2. De fato, as provas documentais constantes dos autos são insuficientes para afirmar o alegado débito da União, especialmente em face da indisponibilidade do patrimônio público. Todavia, não era caso de simplesmente indeferir o pedido por insuficiência de provas. 3. Já na inicial a autora pediu o julgamento antecipado da lide e, no momento da especificação, disse que não tinha outras provas a produzir. Revelou, portanto, desde o início, a convicção de que os fatos encontravam-se provados documentalmente. 4. Se o juiz assim não entendia e que - conforme afirmou na sentença -, “para efeito do reconhecimento da dívida, bastaria a demonstração objetiva do débito (passivo circulante) no balanço patrimonial da empresa que foi extinta”, deveria ter dado oportunidade à parte para completar a prova. 5. A sentença apelada revela excessivo apego ao princípio

*dispositivo, em detrimento da instrumentalidade do processo ("A regra do diálogo, inerente à garantia constitucional do contraditório em sua feição moderna, integra o chamado ativismo judiciário e exige que o juiz esclareça as partes sobre os rumos da instrução, conclamando-as a complementar provas" - Cândido Dinamarco). 6. **Parcial provimento à apelação, anulando-se a sentença para que seja reaberta a instrução probatória, com oportunidade à autora para juntada de documentos e a realização de perícia.** (AC 0006079-49.1999.4.01.3400 / DF, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 p.250 de 12/03/2010)*

*PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PRODUÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL (BALANÇO PATRIMONIAL DA EMPRESA). NECESSIDADE. DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO, PELO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE. NULIDADE DA SENTENÇA. EMBARGOS INFRINGENTES. DESPROVIMENTO. 1. **Cabe ao juiz determinar a produção da prova necessária à instrução do feito, até mesmo de ofício, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, ainda que as partes não a tenham requerido.** 2. **Hipótese que não comportava o julgamento antecipado da lide, diante do reconhecimento, pelo juiz, da imprescindibilidade da produção de prova documental (balanço patrimonial da empresa) para o deslinde da demanda.** 3. **Embargos infringentes desprovidos.** (EAC 0006079-49.1999.4.01.3400 / DF, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Terceira Seção, e-DJF1 p.344 de 05/03/2012)*

Portanto, a sentença deve ser reconsiderada, para que, quando menos, seja reconhecida a impossibilidade de se julgar improcedente o pedido por ausência de perícia técnica, quando esta foi considerada *necessária* pelo juízo e não tenha sido determinada de ofício, convertendo-se o julgamento em diligência com o fim de que seja produzida a prova pericial que se entende necessária.

IV. AUSÊNCIA DE GANHO DE CAPITAL NO RESGATE. HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA DO IRPJ. RECONHECIMENTO PELA SENTENÇA.

Por fim, convém destacar que a sentença reconheceu expressamente a não incidência do IRPJ na hipótese de resgate de investimentos sem ganho de capital, conforme se aduz de sua fundamentação:

"Conforme a Instrução normativa 1.585, de 31 de agosto de 2015, da Receita Federal do Brasil, que dispõe acerca do imposto de renda sobre os rendimentos e ganhos líquidos auferidos nos mercados financeiros e de capitais, tem-se que:

Art. 37. Os ganhos de capital e rendimentos auferidos na alienação ou no resgate de cotas dos fundos de investimento imobiliário por qualquer beneficiário, inclusive por pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda à alíquota de 20% (vinte por cento).

(...)

*§3º O resgate de cotas previsto no caput está sujeito à retenção do imposto sobre a renda na fonte, e ocorrerá somente em decorrência do término do prazo de duração do fundo ou da sua liquidação, **sendo o rendimento constituído pela diferença positiva entre o valor de resgate e o custo de aquisição das cotas.***

§4º Na hipótese prevista no §3º, o administrador do fundo deverá exigir a apresentação da nota de aquisição das cotas, se o beneficiário do rendimento efetuou essa aquisição no mercado secundário.

Na hipótese, a tese autora para afastar a incidência do imposto de renda é que não houve o ganho de capital. Para tanto, afirma que adquiriu as cotas do Fundo no mercado secundário, ao custo médio de R\$197,59... e que o valor da cota na liquidação foi de R\$196,73...

De fato, com base em tais valores é simples presumir a ausência de ganho de capital quando da liquidação das cotas do Fundo.” (fl. 548 – sentença)

Portanto, caso seja reconhecida a suficiência da prova documental já juntada aos autos ou sobrevenha decisão convertendo o julgamento em diligência, para que seja realizada a perícia tida por necessária, deve-se adotar os fundamentos de direito na forma como já apreciados e julgados pela r. sentença embargada, nos termos do art. 507 do CPC/15.

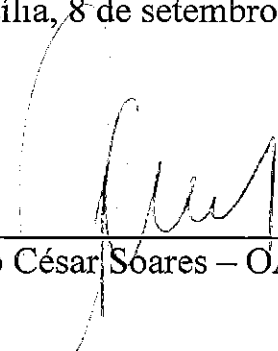
V. CONCLUSÃO

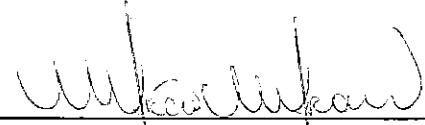
Portanto, a sentença embargada deve ser integrada, para que seja reconhecida (i) a inexistência de relação jurídico tributária que obrigue a Autora ao recolhimento do IRPJ na hipótese dos autos – resgate de investimentos sem ganho de capital; (ii) a suficiência da prova documental acostada aos autos, a partir da qual se constata que não houve ganho de capital na referida operação de resgate; (iii) o direito da Autora ao levantamento dos montantes depositados judicialmente.

Quando menos, requer-se a conversão do julgado em diligência, para que seja produzida a referida perícia, quando serão corroboradas as informações já constantes dos documentos acostados, após a qual este juízo poderá proferir decisão de mérito, quando, espera-se, a ação será julgada procedente.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Brasília, 8 de setembro de 2016



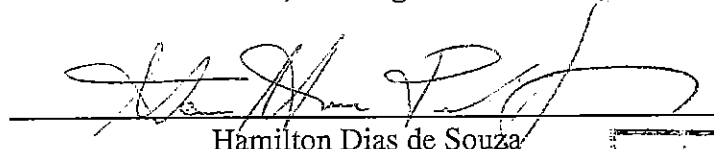
Júlio César Soares – OAB/DF 29.266

Márcio Maron – OAB/DF 32.631

SUBSTABELECIMENTO

Substabeleço, com reservas de iguais, nas pessoas dos Drs. ANNA PAOLA ZONARI, MÁRIO LUIZ OLIVERIA DA COSTA, HUGO FUNARO, DOUGLAS GUIDINI ODORIZZI, LUÍS HENRIQUE DA COSTA PIRES, ANA CLAUDIA LORENZETTI LEME DE SOUZA COELHO, DANIEL CORRÊA SZELBRACIKOWSKI, LUIZ CARLOS FRÓES DEL FIORENTINO, THULIO JOSÉ MICHILINI MUNIZ DE CARVALHO, ANA BEATRIZ VALENCIANO ACHILLES, TIAGO CÂMARA MIRANDA, CLARA GOMES MOREIRA, GABRIEL AUGUSTO DE ANDRADE, JULIO CESAR SOARES, THAYNARA TEIXEIRA, LORRANE OLIVEIRA VASCONCELOS e MÁRCIO DE LIMA MARON, brasileiros, advogados, inscritos na O.A.B. sob ns. 96.198/1928-A, 177.622/1934-A, 169.029, 207.535, 154.280, 182.364, 28.468, 177.451, 344.129, 344.703, 140.225, 173.717/351.428-3, 373.958, 29.266, 42.816, 48.526 E 32.631 e CPF ns. 089.382.428-38, 270.170.328-88, 154.199.448-55, 288.013.168-52, 088.540.018-64, 272.950.258-04, 010.356.560-43, 150.813.988-10, 395.568.418-06, 395.491.388-79, 087.672.656-26, 129.656.127-50, 398.387.538-66, 905.362.311-68, 800.273.692-34, 036.243.441-70 e 006.146.251-90, todos com escritório no mesmo endereço do signatário, os poderes que me foram conferidos nos termos da procuração constante dos autos. Substabeleço, igualmente com reservas de iguais, nas pessoas Drs. ELIENE DE MACEDO FARIA, O.A.B. n.º 185.758 e C.P.F. n.º 167.951.768-60, RODRIGO HENRIQUE CRICHI, O.A.B. n.º 314.889 e C.P.F. n.º 308.509.908-58, LUIS CABRAL DE SOUZA, O.A.B. n.º 329.795 e C.P.F. n.º 337.580.898-40, ADLAINE DE OLIVEIRA FREITAS MELO, O.A.B. n.º 296.254 e C.P.F. n.º 313.871.458-78, CLEBER DOS REIS GUIMARÃES, O.A.B. n.º 45.878 e C.P.F. n.º 723.147.101-34 e MILLENA RIBEIRO DA COSTA, O.A.B n.º 12.92E e C.P.F. n.º 028.700-921-13; e na e dos acadêmicos de Direito MARCOS ROBERTO DE OLIVEIRA, O.A.B n.º 182180-E e C.P.F. n.º 166.997.118-06; RHUAN RAFAEL LOPES DE OLIVEIRA, R.G. n.º 3.319.663 e C.P.F. n.º 047.456.471-90; GABRIELA GONÇALVES BARBOSA, R.G. n.º 2901148 e C.P.F. n.º 035.652.431-04; LUIZA SOUZA DANTAS MARTINS TORRES, RG n.º 2639-117 e C.P.F. n.º 028.363.231-32, MARIA JULIA VIEGAS DE ARAUJO, R.G. n.º 2.988.093 e C.P.F. 043.727.901-47, JÚLIA SÓRIA, R.G n.º 3.119.144 e C.P.F. n.º 049.363.671-41, HELLEN SOUZA SILVESTRE, R.G. n.º 3.114.182, C.P.F. n.º 048.332.671-28, MIGUEL TEIXEIRA JACOBINA AIRES, R.G. n.º 3.290.892 e C.P.F. n.º 053.589.507-12, RAYANNE RIBEIRO GOMES, R.G. n.º 22498-03 e C.P.F. n.º 053.775.571-05, FABIO MATTOS LEAL DIAS, R.G. n.º 2.839.547 e C.P.F. n.º 032.247.871-55 e GUILHERME CARVALHO STEFANI, R.G. n.º 4110955897 e C.P.F. n.º 014.864.231-40, brasileiros, estudantes, todos com escritório no mesmo endereço do signatário, poderes para, exclusivamente, tomar ciência de quaisquer decisões, providenciar carga dos autos, retirar ofícios, alvarás, cartas precatórias e quaisquer outros documentos, bem como obter cópias de quaisquer peças ou decisões.

São Paulo, 24 de agosto de 2016.


Hamilton Dias de Souza

OAB/SP n.º 20.309 - OAB/DF n.º 1.448

4.º TABELIÃO DE NOTAS - Estado de São Paulo - Comarca da Capital
RUA ESTADOS UNIDOS, 458 - CEP: 01427-000 - FONE: (0XX11) 3884-9767
Tabelião: Bel. OSVALDO CANHEO - Tabelião Substituto: Bel. ANTONIO CANHEO FILHO

RECONHECIDO por SEMELHANÇA S/ VALOR DECLARADO 1 firma(s) de:

HAMILTON DIAS DE SOUZA

São Paulo, 26 de agosto de 2016.

Eu test. da verdade. P. 345

VINÍCIUS SANTANA RIBEIRO -

Vlr: R\$ 5,35. C: 4839610 Selos(s): 472045-1038AB

V. não somente com o selo de autenticidade

VALIDO SOMENTE COM O SELO DE AUTENTICIDADE

113456
FIRMA 1
1038AB0472045

4.º. OFÍCIO DE NOTAS DE BRASÍLIA
Autenticado esta cópia: conforme Art. 1.º, IV da Lei 8.935/94.
BRASÍLIA/DF, 30 de Agosto de 2016
019-HELIO NUNOONCA
ESCREVENTE AUTORIZADO
Selo: TJDF201600909554/ORGANIZADO
Disponível no site: www.tjdft.jus.br
FRANCISCO DE ASSIS VAZ DA ROCHA