



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	15586.720351/2019-92
ACÓRDÃO	1101-001.355 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	17 de julho de 2024
RECURSO	DE OFÍCIO
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	BNY MELLON SERVIÇOS FINANCEIROS DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016

IRRF. REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO-FIRF. BENEFÍCIO ALÍQUOTA ZERO. INVESTIDOR DOMICILIADO NO EXTERIOR.

As condições estabelecidas pela Lei 11.312/2006 para benefício da alíquota zero do Imposto de Renda Retido na Fonte incidente sobre investimentos estrangeiros em Fundos de Investimento de Renda Fixa -FIRF serão verificadas com base na jurisdição do investidor direto no País, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.

IRRF. FIP. GRUPO ECONÔMICO. ENTIDADES LIGADAS. INOCORRÊNCIA.

A relação de coligação entre sociedades, nos termos da Lei 6.404/1976, pressupõe existência de relação investidora-investida. A existência de grupo econômico ou influência significativa isoladamente não caracterizam o vínculo de coligação entre sociedades.

INVESTIDOR NÃO RESIDENTE. REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO. REGRA DE DESCONCENTRAÇÃO. DESCUMPRIMENTO. INAPLICÁVEL.

A possível existência de controle comum ou “grupo econômico de fato” não se amolda às hipóteses previstas pela Lei 11.312/2006 (a qual remete aos conceitos dispostos no art. 243 da Lei 6.404/1976) como caracterizadoras de “pessoas ligadas” para fins de desenquadramento do benefício concedido pelo art. 3º da Lei 11.312/2006 relativo à tributação de rendimentos obtidos por investidores não residentes no Brasil. Não há que se falar, portanto, em descumprimento do “teste dos 40%”.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2015, 2016

PERSONALIDADE JURÍDICA. LEGITIMIDADE DO ATO JURÍDICO.

Salvo comprovação de dolo, fraude ou simulação, presume-se válido o ato jurídico e legítima a personalidade jurídica de entidade domiciliada no exterior.

ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto do Relator. Declarou-se impedido de participar do julgamento deste processo o Conselheiro Jose Roberto Adelino da Silva.

Sala de Sessões, em 17 de julho de 2024.

Assinado Digitalmente

Efigênio de Freitas Júnior – Relator e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores: Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Jeferson Teodorovicz, Edmilson Borges Gomes, Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri (suplente convocada) e Efigênio de Freitas Júnior (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de autos de infração para cobrança de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), referente aos anos-calendário 2015 e 2016, no montante total de R\$ 118.918.270,40, incluídos principal, juros de mora e multa de ofício de 75%.

2. Segundo a autoridade fiscal, a BNY MELLON DTVM não foi efetiva em identificar parte dos reais beneficiários; pessoas físicas ou jurídicas beneficiárias dos rendimentos de aplicações financeiras tributados à alíquota zero, declaradas em suas DIRF, a fim de comprovar as condições definidas na Lei nº 11.312/2006. Na parte que identificou os beneficiários finais, revelou haver investidores sediados em paraísos fiscais e brasileiros residentes no Brasil.

3. A autuação fiscal teve como objeto os investimentos realizados nos fundos BNY ARX INR, BNY ARX INR - 281, e nos diversos fundos de investimento em participações geridos pelos Grupos Econômicos VICTÓRIA CAPITAL, VINCI PARTNERS e POLO CAPITAL INTERNACIONAL.

4. A seguir a narrativa dos fatos, conforme Termo de Verificação Fiscal (TVF) (e-fls. 53100 e seg.):

Após o exame das respostas aos Termos de Intimação, foram apuradas infrações tributárias relativas ao IRRF nos seguintes fundos administrados pela BNY MELLON DTVM: (1) BNY MELLON ARX INR - 281 - FUNDO DE INVESTIMENTO RENDA FIXA REFERENCIADO DI, CNPJ 07.504.614/0001-50 (BNY ARX INR – 281); (2) O BNY MELLON ARX INR - FUNDO DE INVESTIMENTO RENDA FIXA REFERENCIADO DI, CNPJ

14.188.136/0001-81; (3) VSAP11 FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (VSAP11 FIP), CNPJ 15.621.161/0001-70; (4) VSAP21 FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (VSAP21 FIP), CNPJ 15.621.185/0001-29; (5) VINCI CAPITAL PARTNERS II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (“FIP”) (VINCI II FIP), CNPJ 12.758.874/0001-91; (6) VINCI CAPITAL PARTNERS II A FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (“FIP”) (VINCI II A FIP), CNPJ 13.695.969/0001-76; (7) VINCI CAPITAL PARTNERS II B FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (“FIP”) (VINCI II B FIP), CNPJ 13.651.938/0001-13; e (8) AKANGATU FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES MULTIESTRATÉGIA (AKANGATU FIP), CNPJ 17.007.919/0001-00.

Os fundos BNY ARX INR e BNY ARX INR – 281, regulamentados no período da fiscalização pela Instrução CVM nº 409/2004, classificam-se como Renda Fixa Referenciado e os recursos de suas carteiras são aplicados majoritariamente em títulos públicos de emissão do Tesouro Nacional e/ou Banco Central do Brasil (no mínimo, 98% do patrimônio líquido do fundo), conforme art. 4º do regulamento de 2016 e art. 8º do regulamento de 2013 (cópias às fls. 51427/51441 e 51455/51471). Nos termos do §1º do art. 1º do regulamento de 2013 e art. 2º do regulamento de 2016, os dois fundos são exclusivamente destinados ao grupo restrito de investidores não residentes.

Os outros seis fundos são classificados como Fundos de Investimento em Participações (FIP), regulamentados no período da fiscalização pelas Instruções CVM nº 578/2016 e 391/2003, e têm por objeto de investimento a aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição, cotas de outros fundos de investimento em participações 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, conforme cópia dos regulamentos às fls. 51666/51907, 51917/51153, 52242/52361 e 52425/52794.

4. DO TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DOS RENDIMENTOS DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO PAGOS, CREDITADOS, ENTREGUES OU REMETIDOS A BENEFICIÁRIO RESIDENTE OU DOMICILIADO NO EXTERIOR

[...] para que o benefício de alíquota zero seja aplicável a ganhos e rendimentos auferidos com investimento em **FIP**, impõe-se que sejam identificados: **(1)** os países de residência ou domicílio de seus investidores, para checagem do requisito da alíquota máxima inferior a 20%; e **(2)** nos casos de quotista pessoa jurídica, eventuais controladas, coligadas e controladoras em comum com os demais quotistas, para se examinar o limite dos 40% das cotas ou da participação nos rendimentos produzidos pelos fundos.

Em relação aos **FIRF**, impõe-se **(1)** a verificação dos países de residência ou domicílio de seus investidores, para checagem do requisito da alíquota máxima inferior a 20%; e **(2)** a constatação se de fato o investidor não é domiciliado no Brasil, pois, para se beneficiar da alíquota zero, **os fundos devem ser exclusivos para não residentes.**

[...]

Caso as condições estabelecidas na Lei 11.312/2006 não sejam cumpridas, não há falar na aplicação do benefício de alíquota zero e o IRRF deve ser lançado de ofício, pois em se tratando de renúncia fiscal a interpretação deve ser literal, a teor do art. 111 do CTN.

A responsável pela retenção e recolhimento do IRRF incidente sobre os rendimentos auferidos por qualquer beneficiário nas aplicações em fundos ou clubes de investimentos, constituídos sob qualquer forma, é a Administradora do Fundo ou do Clube, nos termos dos artigos 32 e 33, c/c art. 28, todos da Lei nº 9.532/1997 e do art. 16, § 1º, da MP 2.189-49/2001. Referidos dispositivos legais aplicam-se tanto para a renda fixa quanto variável.

[...]

Assim, a fiscalização cuidou de examinar se a aplicação da alíquota zero e a consecutiva não retenção do imposto de renda sobre os rendimentos pagos, creditados, entregues ou remetidos aos cotistas e aos beneficiários dos fundos acima descritos estavam de acordo com legislação pertinente.

A exigência fiscal recai sobre a **BNY MELLON DTVM** porque, no período de 2015 e 2016, figurou como administradora dos fundos e, portanto, era a responsável pela retenção e recolhimento do IRRF nas operações que representaram a entrega, o pagamento, o crédito ou remessa de ganhos sobre os quais a retenção do imposto de renda foi indevidamente dispensado.

5. DA IDENTIFICAÇÃO DO BENEFICIÁRIO FINAL

Pelo **TIF nº 1**, de 06/06/2019, a fiscalizada foi intimada a apresentar (fls. 51380/51385):

Quanto aos cotistas de Fundos de Investimento informados no Anexo I, beneficiários de rendimentos financeiros declarados em DIRF - Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte, dos anos-calendário 2015 e 2016, sob o código de receita 5286 (IRRF Aplicações Financeiras de Residentes ou domiciliados no exterior), **identificar em Planilha Eletrônica toda a cadeia/sequência de entidades e pessoas naturais a eles vinculadas e respectivos países de domicílio ou residência**. Continuação do item anterior: A identificação e a informação de participações societárias devem ocorrer **até o limite das pessoas naturais com poder de decisão sobre as entidades** (inclusive com descrição do percentual de participação nas entidades). A Planilha deverá correlacionar, ainda, o endereço completo e números de identificação fiscal (TIN) ou seus equivalentes funcionais. **Exceções quanto ao beneficiário final conforme art. 8º, §3º da IN RFB nº 1634/16.**

Quanto às informações prestadas em resposta ao item anterior, apresentar documentação hábil e idônea que comprove e identifique definitivamente as pessoas naturais e as entidades com dados sobre endereço completo e números de identificação fiscal (TIN) ou seus equivalentes funcionais.

[...] o art. 8º, §3º, das IN RFB 1.634/2016 e 1.863/2018 estabelece hipóteses em que não é necessária a prestação de informações cadastrais de beneficiários finais no caso de Veículos de Investimento Coletivo, **no entanto o §4º exige que, nestas situações, haja informações cadastrais acerca das pessoas físicas ou jurídicas em favor das quais essas entidades tenham sido constituídas, devendo ser informadas no Quadro de Sócios e Administradores (QSA).**

[...] **em relação aos Fundos de Investimento no Exterior**, o § 5º do art. 8º das instruções normativas **determina a aplicação do disposto no caput do 8º, ou seja, exige dos cotistas de fundos domiciliados no exterior a identificação dos beneficiários finais nos termos do § 1º [...]**

Está, portanto, muito claro que:

a) as instruções normativas jamais dispensaram a informações cadastrais dos beneficiários finais de Fundos de Investimento domiciliado no Exterior (art. 8º, §5º das IN RFB 1.634/2016 e 1.863/2018).

b) Para o caso de Veículo de Investimento Coletivo, a dispensa de informações cadastrais exige requisitos como número mínimo de cotistas igual ou superior a 100, administrador profissional registrado, sujeito à regulação de proteção ao investidor e que a carteira de ativos seja diversificada. Mesmo sob essas condições, ainda terão que ser identificadas as **pessoas físicas ou jurídicas em favor das quais**

essas entidades foram constituídas, no Quadro de Sócios e Administradores (QSA) (art. 8º, §4º das IN RFB 1.634/2016 e 1.863/2018).

[...]

Malgrado a identificação do beneficiário dos rendimentos, neste procedimento administrativo, seja estritamente para fins tributários, a renúncia fiscal depende da perfeita identificação dos reais beneficiários dos rendimentos, consoante já fundamentado. Ademais, por certo, a exigência contida no art. 8º da IN RFB 1.634/2016 tem, na mesma medida, seu escopo tributário. Ela também é resultado do movimento internacional que prevê a colaboração entre diversos países para permuta de informações tributárias. O governo brasileiro já firmou diversos acordos neste sentido. Um dos principais foi a Convenção de Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária assinada entre os Estados membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Como responsável tributário pela retenção na fonte do IRRF incidente sobre as aplicações financeiras dos cotistas de fundos sob sua administração, a **BNY MELLON DTVM** deveria conhecer antecipadamente a condição daqueles quanto ao seu direito ou não ao benefício tributário aqui tratado. Seria uma inversão de valores – e do espírito da Lei – a contribuinte, na condição de responsável tributário pela retenção na fonte do Imposto de Renda, simplesmente aceitar uma mera declaração de seus clientes como suficiente para considerá-los não residentes e não domiciliados em países cuja renda é tributada à alíquota máxima inferior a 20%, e, no curso da ação fiscal, alegar que não é obrigada a fornecer as informações cadastrais que permitiram aferir o regular gozo do benefício fiscal de alíquota zero, fazendo-o de forma parcial como “expressão de boa-fé”. Ora, como a fiscalizada aferiu nos casos concretos se o investimento realmente estaria enquadrado no benefício fiscal? Deixou de examinar em detalhes a aplicação do benefício e deixou de reter o IRRF de forma irrestrita?

[...]

Para que se possa comprovar que a não retenção do IRRF pelo administrador ocorreu em cumprimento à lei, necessário identificar o real beneficiário do rendimento, o investidor indireto, que não vem a ser outro senão o próprio beneficiário final.

[...]

Em suma, a contribuinte **BNY MELLON DTVM (i)** não foi efetiva em identificar, em parte, os reais beneficiários, ou seja, as pessoas físicas ou jurídicas beneficiárias dos rendimentos de aplicações financeiras tributados à alíquota zero, declaradas em suas DIRF, a fim de comprovar as condições definidas na Lei nº 11.312/2006, e **(ii)** na parte que identificou os beneficiários finais, revelou existir investidores sediados em paraísos fiscais e brasileiros residentes no Brasil. Por isso, deve responder pelo IRRF indevidamente dispensado, como fundamentado no capítulo anterior e em razão dos fatos.

6. DAS INFRAÇÕES ASSOCIADAS AO FUNDO BNY ARX INR – 281

[...] nos termos do art. 1º da Lei 11.312/2006, para que seja aplicável a redução da alíquota a zero aos rendimentos pagos, creditados, entregues ou remetidos por Fundos e Renda Fixa (FIRF) é necessário que **os Fundos sejam exclusivos para**

investidores não residentes no Brasil, e que o país de residência ou domicílio não seja um **país que não tribute a renda** ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os doravante denominados paraísos fiscais.

A **BNY MELLON DTVM**, [...] admitiu brasileiros residentes no Brasil como investidores do fundo **BNY ARX INR – 281** e, com isso, **o Fundo deixou de ser exclusivo para não-residentes, requisito legal essencial para gozo do benefício fiscal de alíquota zero.**

Igualmente, foram admitidos investidores domiciliados em paraísos fiscais.

Examinando os investidores diretos (os próprios cotistas) e os investidores indiretos (os beneficiários finais) do fundo **BNY ARX INR – 281**, foi comprovado o descumprimento dos requisitos legais para que os rendimentos pagos pelo fundo fossem tributados à alíquota zero.

[...]

Para cada cotista, a BNY DTVM entregou planilhas descrevendo investidores diretos e indiretos, juntadas às fls. 104, 1411, 1549, 1749, 1768, 2067, 2606, 2801, 2889, 2992, 9569, 9637, 9732, 9794, 10392, 10513 e 10586 com identificação dos documentos juntados ao Dossiê nº 10010.057241/0519-90 para comprovação das informações prestadas.

[...]

6.16. DO NÃO ENQUADRAMENTO TRIBUTÁRIO DO FUNDO BNY ARX INR – 281

O fundo **BNY ARX INR – 281**, regulamentado no período da fiscalização pela Instrução CVM nº 409/2004, classifica-se como Renda Fixa Referenciado e os recursos de sua carteira são aplicados majoritariamente em títulos públicos de emissão do Tesouro Nacional e/ou Banco Central do Brasil (no mínimo, 98% do patrimônio líquido do fundo), conforme art. 4º do regulamento de 2016 e art. 8º do regulamento de 2013 (cópias às fls. 51427/51454).

[...]

Em tese, os rendimentos pagos pelo fundo **BNY ARX INR – 281** estariam abrangidos pelo benefício da alíquota zero do IRRF, nos termos do art. 1º, *caput e §1º, II*, da Lei 11.312/2006 [...]

[...]

Como se vê, para o gozo do benefício fiscal, **a lei exige que o fundo seja exclusivo para não residentes**. Apesar de formalmente o fundo **BNY ARX INR – 281** estar regulamentado como sendo exclusivo para não residentes, efetivamente não foi administrado desta forma, pois conforme descrito para cada um dos veículos utilizados para os investimentos que estavam domiciliados em Delaware havia uma estrutura empresarial de empresas e fundos do exterior domiciliados em paraísos fiscais e, várias delas, a presença de brasileiros como beneficiários finais, como descrito pormenorizadamente em relação a cada investidor direto no fundo nos itens anteriores e que pode ser resumido da seguinte forma:

DEMONSTRATIVO DO PERCENTUAL DE RENDIMENTOS DO FUNDO BNY ARX FIF INR - 281 TRIBUTADO NO REGIME GERAL E ESPECIAL							
CNPJ	INVESTIDOR NOME	MOTIVO INVESTIDORES/BENEFICIÁRIOS	ANO 2015		ANO 2016		
			REGIME GERAL	REGIME ESPECIAL	REGIME GERAL	REGIME ESPECIAL	
11.075.175/0001-84	BARTHE HOLDINGS LLC	Domiciliados no Brasil e em Paraíso Fiscal	25,96%	74,04%	12,74%	87,26%	
11.894.752/0001-60	BEWETT INTERNATIONAL LLC	Domiciliados no Brasil e em Paraíso Fiscal	0,12%	99,88%	0,12%	99,88%	
07.264.946/0001-04	CARNEGGER LLC	Domiciliados em Paraíso Fiscal e NÃO IDENTIFICADOS	42,59%	57,41%	37,17%	62,83%	
16.608.696/0001-73	GALILEO TM LLC	Domiciliados no Brasil e em Paraíso Fiscal	0,70%	99,30%	0,70%	99,30%	
13.174.246/0001-21	GROUPEUR EQUITY LLC	Domiciliados em Paraíso Fiscal	0,74%	99,26%	0,00%	100,00%	
19.349.956/0001-21	HUAHINE LLC	Domiciliados no Brasil e em Paraíso Fiscal	86,74%	13,26%	86,74%	13,26%	
10.298.111/0001-80	INTERNATIONAL MARKETS INVEST. CV	Domiciliados em Paraíso Fiscal e NÃO IDENTIFICADOS	99,99%	0,01%	99,99%	0,01%	
19.726.338/0001-53	LINUS LLC		0,00%	100,00%	0,00%	100,00%	
11.871.775/0001-59	NAUTILUS INVESTMENTS LLC	Domiciliados em Paraíso Fiscal e NÃO IDENTIFICADOS	4,81%	95,19%	3,35%	96,65%	
05.623.308/0001-07	NORTHERN GATE LLC	Domiciliados em Paraíso Fiscal e NÃO IDENTIFICADOS	100,00%	0,00%	100,00%	0,00%	
11.987.747/0001-00	PLURAL BRAZIL DE LLC	Domiciliados em Paraíso Fiscal e NÃO IDENTIFICADOS	32,73%	67,27%	20,83%	79,17%	
13.174.247/0001-76	SNAPPER EQUITY LLC	Domiciliados em Paraíso Fiscal	20,42%	79,58%	20,39%	79,61%	
08.098.578/0001-34	SOLOIST CAPITAL LLC	Domiciliados em Paraíso Fiscal e NÃO IDENTIFICADOS	100,00%	0,00%	100,00%	0,00%	
09.703.384/0001-10	TECOMA LLC	Domiciliados em Paraíso Fiscal e NÃO IDENTIFICADOS	100,00%	0,00%	100,00%	0,00%	
11.075.177/0001-73	TYLER FINANCE LLC	Domiciliados no Brasil e em Paraíso Fiscal	5,87%	94,13%	6,09%	93,91%	

O art. 5º, I, da Resolução CMN Nº 4.373/2014 define como investidor não residente, individual ou coletivo, as pessoas físicas ou jurídicas, os fundos ou outras entidades de investimento coletivo, **com residência, sede ou domicílio no exterior**.

Certamente não é o caso dos seguintes brasileiros:

a) **ROBERTO IRINEU MARINHO**, brasileiro domiciliado no Brasil, para quem não consta qualquer declaração de saída definitiva do país, beneficiário final da estrutura formada pelas empresas **FIRENZE INVESTMENTS LTD**, nas Bahamas; **STUDIO FUND**, nas Ilhas Cayman; e **HAIATEA LLC** e **HOUAHINE LLCA**, ambas em Delaware;

b) **PAULO ANDRÉ BODIN DE MORAES**, brasileiro domiciliado no Brasil, para quem não consta qualquer declaração de saída definitiva do país, beneficiário final da estrutura formada pelas empresas **BITTON INVEST CORP**, nas Ilhas Cayman, e **GALILEO LLC**, em Delaware;

c) **EDURADO PLASS**, que foi residente no Brasil até 29/04/2015, beneficiário final de duas estruturas formada pelas empresas

c.1) TAG BANK, no Panamá; **CONSTELLATION FUN SPC – CLASS B**, nas Ilhas Cayman, e **BARTHE HOLDINGS LLC**, em Delaware; e

c.2) CONSTELLATION FUN SPC – EQUITIES CLASS B, nas Ilhas Cayman, e **TYLER FINANCE LLC**, em Delaware; e

d) **FLORIAN BARTUNEK**, brasileiro domiciliado no Brasil, para quem não consta qualquer declaração de saída definitiva do país, beneficiário final de cinco estruturas formada pelas seguintes empresas:

d.1) CREDIT SUISSE NASSAU BRANCH WEALTH MANAGEMN, nas Bahamas, **CONSTELLATION FUND SPC - CLASS B**, nas Ilhas Cayman, e **BARTHE HOLDINGS LLC**, em Delaware;

d.2) CONSTELLATION AM INC, nas Ilhas Cayman, **CONSTELLATION FUND SPC - CLASS EQUITIES II**, também nas Ilhas Cayman, e **BEWETT INTERNATIONAL LLC**, em Delaware;

d.3) AIBEB LIMITED, nas Bahamas, **CONSTELLATION FUN SPC – EQUITIES CLASS B**, nas Ilhas Cayman, e **TYLER FINANCE LLC**, em Delaware;

d.4) CREDIT SUISSE AG, NASSAU BUANCH, WEALTH MANAGEMENT, nas Bahamas, CONSTELLATION FUND SPC - CLASS EQUITIES II, nas Ilhas Cayman, e TYLER FINANCE LLC, em Delaware;

d.5) CONST BRAZIL GENERAL PARTNER LLC, em Delaware, CONSTELLATION FUND SPC - CLASS EQUITIES II, nas Ilhas Cayman, e TYLER FINANCE LLC, em Delaware;

Portanto, o fundo **BNY ARX INR – 281** efetivamente NÃO foi exclusivo para investidores não residentes tampouco zelou para que empresas/fundos localizadas em paraísos fiscais também não fossem beneficiadas pela alíquota zero.

Alíquota zero é uma renúncia fiscal e, como tal, a interpretação da sua aplicação deve observar a interpretação literal. No caso, o benefício, nos termos do art. 1º, *caput* e §1º, II, da Lei 11.312/2006, é destinado aos **fundos de investimentos exclusivos para investidores não residentes**. Assim, o fundo **BNY ARX INR – 281** não foi exclusivo para investidores não residentes e, portanto, os rendimentos pagos por ele não se inserem dentro do benefício fiscal.

Desse modo, por uma interpretação literal do art. 1º, *caput* e §1º, II, da Lei 11.312/2006, considerando que o fundo **BNY ARX INR – 281** não foi exclusivo para investidores não residentes, só se pode concluir que os rendimentos do fundo não podem ser abrangidos pelo benefício fiscal, ensejando o lançamento de ofício do IRRF, nos termos do art. 149, incisos V e VII, do CTN.

6.17. DO CÁLCULO DO IRRF DECORRENTE DA NÃO EXCLUSIVIDADE DO FUNDO BNY ARX FIRF 281 E POR TER A PRESENÇA DE INVESTIDORES DOMICILIADOS EM PARAÍSO FISCAL

Afastada a aplicação do benefício da alíquota zero aos rendimentos produzidos e pagos pelo **FUNDO BNY ARX FIRF 281**, necessário detalhar o tratamento tributário que será aplicado aos rendimentos auferidos. Isso porque há **(a)** investidores que estavam domiciliados em paraísos fiscais, que não fazem jus ao benefício fiscal da alíquota zero; **(b)** outros tinham brasileiros domiciliados no Brasil dentre os beneficiários finais, motivo da desclassificação do Fundo como sendo exclusivo para não residentes, para efeitos do aproveitamento do benefício de alíquota zero; **(c)** aqueles que não identificaram os beneficiários finais, o que não permitiu apurar a presença de beneficiários finais domiciliados no Brasil e em paraísos fiscais; e **(d)** os que tinham beneficiários domiciliados no exterior e em países que não eram paraísos fiscais.

Esse quadro de investidores deve ser tratado em dois grandes grupos: **(1) tributados pela regra geral**, que abrange os domiciliados em paraísos fiscais, no Brasil e que não tiveram os beneficiários finais identificados e, portanto, não se sabe os domicílios deles; e **(2) tributados pelo regime especial** aplicável aos domiciliados no exterior em países que não sejam paraísos fiscais.

6.17.1. TRIBUTADOS PELA REGRA GERAL

A IN RFB 1.585/2015 estabelece que aos investidores domiciliados em paraísos fiscais não se aplica o regime especial de tributação, sujeitando-se às regras de tributação aplicáveis ao investidor domiciliado no Brasil [...]

Desta forma, para os investidores diretos domiciliados no exterior, mas que tinham brasileiros residentes no Brasil como beneficiários finais, domiciliados em paraísos fiscais

ou cujos beneficiários finais não foram identificados e, assim, não se sabe seus domicílios ou residências, impõe-se a tributação dos rendimentos auferidos pela regra geral estabelecida nos termos do art. 5º da Lei 9.779/1999 c/c art. 1º da Lei 11.033/2004 [...]

[...]

As alíquotas da regra geral foram aplicadas na proporção da participação dos brasileiros residentes no Brasil como beneficiários finais, dos domiciliados em paraísos fiscais ou daqueles cujos beneficiários finais não foram identificados, na exata proporção demonstrada nos itens 6.1 a 6.14 e resumida na tabela apresentada no item 6.16.

6.17.2. TRIBUTADOS PELO REGIME ESPECIAL

Afora a parte dos rendimentos tributados pela regra geral, tal como descrito no item anterior, a diferença dos rendimentos que não foram creditados a residentes no Brasil e em paraísos fiscais ou cujos beneficiários finais não foram identificados, o restante dos rendimentos do fundo **BNY ARX INR – 281** também não têm direito ao benefício de alíquota zero, como já demonstrado no item 6.16.

Por outro lado, não se lhe aplicam a regra geral da tributação destinada a domiciliados no Brasil ou em paraíso fiscal, mas sim o regime especial de tributação regulado pelo arts. 88 e 89, II, da IN RFB Nº 1.585/2015 [...]

[...]

Desse modo, os rendimentos recebidos pelos demais investidores indiretos, beneficiários finais, que foram regularmente identificados e **não** estão domiciliados ou têm residência no Brasil ou em paraísos fiscais, aplicou-se a alíquota de 15% na apuração do Imposto de Renda na Fonte que deixou de ser retido.

6.17.3. DA RESPONSABILIDADE DA BNY MELLON DTVM PELA RETENÇÃO DO IRRF E DO CÁLCULO DO TRIBUTO DEVIDO

[...] nos termos do art. 32 da Lei 9.532/1997 (art. 740 do RIR/99), c/c o art. 28 da mesma Lei, bem como em razão do disposto no art. 16, § 1º, da MP 2.189-49/2001, era responsável pela retenção e recolhimento do imposto o Administrador do Fundo, no caso, a **BNY MELLON SERVIÇOS FINANCEIROS DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A**, administradora do fundo **BNY ARX INR – 281**. Demais disso, o *caput* do art. 722 do RIR/99, Decreto 3.000/99, estabelece que “*A fonte pagadora fica obrigada ao recolhimento do imposto, ainda que não o tenha retido (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 103)*”.

Por fim, considerando que a BNY MELLON DTVM pagou resgates nos valores cheios como líquidos, a base de cálculo sobre a qual deverá incidir a alíquota deve observar o disposto no art. 5º da Lei nº 4.154/1962, assim retratado no art. 725 do RIR/99 [...]

[...]

7. DAS INFRAÇÕES ASSOCIADAS AO FUNDO BNY ARX INR

[...]

A BNY MELLON DTVM, [...] admitiu brasileiros residentes no Brasil como investidores indiretos do fundo BNY ARX INR e, com isso, o Fundo deixou de ser exclusivo para não residentes, requisito legal essencial para gozo do benefício fiscal de alíquota zero.

Igualmente, os brasileiros foram admitidos como investidores indiretos por intermédio de veículos investidores domiciliados em paraísos fiscais.

[...]

[...] a documentação apresentada pela fiscalizada BNY MELLON DTVM comprova que a própria M SQUARE BRAZIL admite que o fundo **PICINGUABA** e que a **CITCO GLOBAL** tinham por investidores indiretos (beneficiários finais) brasileiros residentes no Brasil, a retirar do fundo BNY ARX INR a característica de ser destinado exclusivamente para investidores não residentes no país.

[...]

Em tese, os rendimentos pagos pelo fundo **BNY ARX INR** estariam abrangidos pelo benefício da alíquota zero do IRRF, nos termos do art. 1º, *caput* e §1º, II, da Lei 11.312/2006.

Ocorre que para usufruir do benefício fiscal, **a lei exige que o fundo seja exclusivo para não residentes**. Apesar de formalmente o fundo **BNY ARX INR** estar regulamentado como sendo exclusivo para não residentes, efetivamente não foi administrado desta forma, pois conforme descrito acima havia uma estrutura formada por empresas e fundos do exterior domiciliados em paraísos fiscais com a presença de brasileiros residentes no Brasil como beneficiários finais.

[...]

Portanto, o fundo **BNY ARX INR** efetivamente não foi exclusivo para investidores não residentes tampouco zelou para que empresas localizadas em paraísos fiscais também não fossem beneficiadas pela alíquota zero.

Alíquota zero é uma renúncia fiscal e, como tal, a interpretação da sua aplicação deve observar a interpretação literal. No caso, o benefício, nos termos do art. 1º, *caput* e §1º, II, da Lei 11.312/2006, é destinado aos **fundos de investimentos exclusivos para investidores não residentes**. Assim, o fundo **BNY ARX INR** não foi exclusivo para investidores não residentes e, portanto, os rendimentos pagos por ele não se inserem dentro do benefício fiscal.

As disposições tributárias que concedem benefícios fiscais demandam interpretação literal, a teor do disposto no art. 111 do CTN e como já fundamentado no capítulo 6.16 em relação ao fundo **BNY ARX INR - 2081**, que também se aplica em relação ao **BNY ARX INR**.

Desse modo, por uma interpretação literal do art. 1º, *caput* e §1º, II, da Lei 11.312/2006, considerando que o fundo **BNY ARX INR** não foi exclusivo para investidores não residentes, só se pode concluir que os rendimentos do fundo não podem ser abrangidos pelo benefício fiscal, ensejando o lançamento de ofício do IRRF, nos termos do art. 149, incisos V e VII, do CTN.

[...]

8. DAS INFRAÇÕES RELATIVAS AOS FUNDOS DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES

Os investimentos nos Fundos de Investimento em Participações administrados pela fiscalizada **BNY MELLON DTVM** foram realizados por entidades criadas e controladas por Administradores integrantes dos seguintes Grupos Econômicos: **POLO CAPITAL INTERNACIONAL, VICTORIA CAPITAL PARTNERS LP e VINCI PARTNERS**.

Os recursos investidos provieram de clientes desses grupos. Entretanto, os clientes tiveram papel ativo somente até o momento em que, pela celebração de certos compromissos (Acordos de Subscrição ou documentos equivalentes), decidiram aderir a um dos produtos comercializados por esses grupos. Já quanto aos investimentos realizados com tais recursos, tiveram papel passivo. Os portfólios dos investimentos sequer eram conhecidos quando da celebração dos Acordos de Subscrição. Deles, os clientes, investidores indiretos ou beneficiários finais, participaram apenas indiretamente, através de chamadas de capital quanto às quais não podiam esquivar-se. As estruturas usadas nos investimentos foram

implementadas pelos correspondentes grupos gradativamente, à medida que identificadas as oportunidades de negócios.

[...]

Uma gama de pessoas físicas e jurídicas, clientes de Grupos Econômicos **POLO CAPITAL, VICTORIA CAPITAL e VINCI PARTNERS**, especializados na realização de investimento do tipo *private equity*, coloca parte de seus recursos à disposição destes. Esses clientes assim procedem porque confiam que a *expertise* dos gestores desses Grupos propiciará bons lucros num prazo máximo previamente estipulado. Os clientes não interferem no destino que será dado, pelos Administradores do Grupo Econômico, aos recursos que lhes entregam, que poderão vir a ser utilizados em distintos investimentos ao redor do mundo. E não o fazem não apenas porque seu interesse se limita a que os melhores lucros sejam atingidos no prazo estipulado. Não o fazem por estarem simplesmente impedidos de fazê-lo, nos termos do compromisso que assumem com o Grupo Econômico.

Através de estruturas societárias que criam, e que mantêm sob seu controle, esses Administradores, sem qualquer intervenção dos clientes, realizam investimentos e desinvestimentos, pagam as correspondentes despesas, apuram os lucros, apropriam-se das partes que lhes cabem e distribuem o restante aos clientes, os investidores beneficiários finais.

Ocorre que, assim procedendo, como será demonstrado nos capítulos seguintes, os Grupos Econômicos **POLO CAPITAL, VICTORIA CAPITAL e VINCI PARTNERS** acabaram por estabelecer uma estrutura de investimento com concentração dos investidores, por coligação e controle entre as empresas, nos Fundos de Investimento em Participação administrados pela fiscalizada, o que se, por um lado, não é ilegal sob o ponto de vista do investimento, sob a abordagem do imposto de renda na fonte, constitui infração tributária quando os rendimentos pagos são disponibilizados com o benefício da alíquota zero.

8.1. DA EXISTÊNCIA DE COLIGADAS COM PARTICIPAÇÃO SUPERIOR AOS LIMITES LEGAIS NOS FUNDOS DE INVESTIMENTO

O art. 3º da Lei nº 11.312/2006 reduziu a zero a alíquota do imposto de renda na fonte incidente sobre os rendimentos auferidos nas aplicações em Fundos de Investimento em Participações, Fundos de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento em Participações e Fundos de Investimento em Empresas Emergentes quando pagos, creditados, entregues ou remetidos a beneficiário residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras no País de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

A lei, contudo, veda o benefício de alíquota zero às situações de algumas concentrações societárias. Assim, nos termos do art. 3º, §1º, I, da Lei nº 11.312/2006, a redução a zero da alíquota não será concedida **ao cotista titular** de cotas que, isoladamente ou **em conjunto com pessoas a ele ligadas**, represente 40% (quarenta por cento) ou mais da totalidade das cotas emitidas pelos Fundos de Investimento em Participações, Fundos de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento em Participações e Fundos de Investimento ou cujas cotas, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, lhe derem **direito ao recebimento de rendimento superior a 40% (quarenta por cento) do total de rendimentos auferidos pelos fundos**.

[...]

A coligação decorre da concentração de empresas em uma relação intersocietária sem vínculo de subordinação, sem que haja efetivo controle, mas em que está presente a influência significativa da investidora nos rumos operacionais e financeiros da sociedade ligada. Opera-se uma coordenação entre as sociedades formando-se um grupo de fato de empresas, que se forma e se dissolve pela

criação ou extinção de relações de controle de fato. Cada sociedade envolvida na coligação mantém sua personalidade jurídica e seu patrimônio individualizado, apesar de atuarem com grupo econômico de fato. O fato de não haver vínculo obrigacional ou subordinação vertical entre as sociedades coligadas não desnatura a existência da coligação, que pela lei atual não exige sequer participação de uma empresa em outra, mas tão somente influência significativa de uma em outra.

Exatamente neste sentido, o art. 243, §1º, da Lei das Sociedades Anônimas (LSA), Lei nº 6.404/1976, estabelece que são coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. O §4º do mesmo artigo considera que existe influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la, e não exige sequer participação da sociedade de comando na ligada. A definição legal de coligação fundamentada na influência significativa, sem o requisito de participação no capital social, que foi inserida na LSA pela Lei nº 11.941/2009, desprovida da necessidade de participação no capital da sociedade coligada, introduziu no ordenamento brasileiro e passou a prever a coligação indireta. Ademais, não houve propriamente a criação de um novo conceito de coligação, mas a introdução na legislação nacional de preceito contábil internacional já reconhecido pela *International Accounting Standards Board* (IAS 28).

[...]

Nos termos do art. 1º, XXXI, da Instrução CVM nº 555/2014, grupo econômico, em se tratando de fundos de investimento, é definido como conjunto de entidades controladoras diretas **ou indiretas**, controladas, coligadas **ou submetidos a controle comum**. Portanto, também em âmbito normativo da CVM, o reconhecimento de que entidades coligadas ou submetidas a controle comum formam um grupo econômico, ou seja, um grupo de fato formado sob a influência significativa de uma entidade na condição de comando das demais.

Na linha da definição legal, o Pronunciamento Técnico nº 18 (R2) do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), aprovado em 07/12/2012, correlato das Normas Internacionais de Contabilidade – IAS 28 (IASB –BV 2012), aprovado e tornado obrigatório pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) pela deliberação CVM nº 696/2012, de 13/12/2012, que cuida dos investimentos em coligada, controlada e em empreendimentos controlados em conjunto, **define influência significativa** como sendo o poder de participar das decisões sobre políticas financeiras e operacionais de uma investida, mas sem que haja o controle individual ou conjunto dessas políticas. [...]

Assim, para verificação da existência de coligação, não importa se o fundo é um condomínio registrado na CVM, se o investidor cotista é uma empresa sediada no Canadá, constituída na forma de *Limited Partnership* (LP), ou nos Estados Unidos, registrada como *Limited Liability Company* (LLC), ou se o administrador também está localizado no exterior, sob qualquer forma de constituição, ou se o gestor do fundo é uma empresa nacional. Importa é a verificação da existência de influência significativa sobre o conjunto das entidades cotistas do fundo de investimento, a caracterizar ou não um grupo econômico de fato com concentração de cotas. Havendo a coligação com participação superior a 40% das cotas ou no recebimento de rendimentos, impedido está o gozo da alíquota zero.

[...]

Os fundos **VSAP11 e VSAP21** e todos os seus cotistas estavam sob a esfera de comando e formaram um grupo econômico de fato por coligação comandado pela **VICTORIA CAPITAL PARTNERS LP**.

Os fundos **VINCI II FIP, VINCI II-A FIP, VINCI II-B FIP e VINCI II FIC DE FIP** e todos os seus cotistas, à exceção parcialmente do último fundo, estavam sob a esfera de comando e formaram o grupo econômico **VINCI PARTNERS**.

O fundo **AKANGATU FIP** e todos os seus cotistas estavam sob a esfera de comando e formaram um grupo econômico de fato por coligação comandado pela **POLO CAPITAL INTERNACIONAL**.

[...]

8.2. DOS FUNDOS COLIGADOS À VICTORIA CAPITAL PARTNERS LP

[...]

A gestora **VICTORIA CAPITAL INVESTIMENTOS LTDA.**, empresa que desempenha primordialmente a gestão de fundos de investimento e carteiras de títulos, era e ainda é administrada, dentre outros, por **MARIO SPINOLA E CASTRO**, por **RAFAEL GONÇALVES MENDES** e por **ALEXANDRE SILVEIRA DIAS**, este último até janeiro de 2018. Em 19/01/2018, a gestora alterou sua denominação para **PRINCIPIA CAPITAL PARTNERS**, conforme formulários de referência apresentados à CVM em cumprimento às determinações constantes da Instrução CVM nº 558/2016, mantendo os administradores.

Os formulários da **VICTORIA CAPITAL INVESTIMENTOS LTDA** apresentados à CVM em 2015 e 2016 (fls. 51496/51546) têm como cabeçalhos da empresa a logomarca da **VICTORIA CAPITAL PARTNERS LP**, única sócia da **VICTÓRIA SOUTH AMERICAN PARTNERS LLC** e da **VICTÓRIA SOUTH AMERICAN PARTNERS II LLC**, ambas parceiras gerais com amplos poderes de administração sobre todas as cotistas dos fundos nacionais **VSAP11 FIP** e do **VSAP21 FIP**: [...]

Portanto, as pessoas jurídicas cotistas **SAP I BRAZIL AIV 1 LP**, **SAP I BRAZIL AIV 2 LP** e **SAP I BRAZIL AIV 3 LP**, **VSAP II BRAZIL AIV 1 LP**, **VSAP II BRAZIL AIV 2 LP**, **VSAP II BRAZIL AIV 3 LP** e **VSAP II BRAZIL AIV 6 LP** não são fundos de investimento, mas sociedades sob influência relevante do grupo econômico formado pela **VICTORIA CAPITAL PARTNERS**. A **VICTORIA SOUTH AMERICAN PARTNERS LLC** e **VICTORIA SOUTH AMERICAN PARTNERS II LLC** (*general partner* das cotistas) **NÃO** são meras terceiras administradoras ou gestoras das cotistas, mas efetiva e formalmente sócias administradoras dessas empresas.

[...]

Depreende-se, portanto, que todas as entidades que concorreram para os investimentos realizados nos fundos nacionais **SAP11 FIP** e **SAP21 FIP** estão relacionadas e sob a influência significativa dos gestores do grupo de entidades denominado **VICTORIA CAPITAL PARTNERS**, contexto nítido da **coligação** entre as empresas, formando um grupo econômico de fato, tal como decorre do ordenamento jurídico brasileiro, pois:

a) As operações, a estruturação e a administração dos fundos e de todas as empresas criadas para realização dos investimentos orbitaram em torno de um **conjunto único de administradores**, havendo um controle comum a todas as

sociedades, desde a prospecção dos investidores no exterior, passando pela criação das diversas empresas veículos que se tornaram as cotistas dos fundos **VSAP11 FIP** e **VSAP21 FIP** (**SAP I BRAZIL AIV 1 LP**, da **SAP I BRAZIL AIV 2 LP**, **SAP I BRAZIL AIV 3 LP**, **VSAP II BRAZIL AIV 1 LP**, **VSAP II BRAZIL AIV 2 LP**, **VSAP II BRAZIL AIV 3 LP**, **VSAP II BRAZIL AIV 6 LP**), até a gestão dos fundos nacionais **VSAP11 FIP** e **VSAP21 FIP**. Esta única equipe de controle comum é formada, entre outros, especialmente por **CARLOS GARCIA**, **MARIO SPINOLA E CASTRO**, **MARCELO MEDEIROS**, **RAFAEL GONÇALVES MENDES**, **ALEXANDRE DIAS**, **SANTIAGO COTTER** e **ALEXANDRE SORGENTINI**, que participaram ativamente da elaboração de políticas e da gestão de todas as empresas examinadas, demonstrando a significativa influência sobre todas as entidades formadoras do grupo de empresas da **VICTORIA CAPITAL PARTNERS**, estrutura montada em torno dos fundos **SAP I** (**DLJ SOUTH AMERICAN PARTNERS LP – FUNDO SAP I**) e **SAP II** (**VICTORIA SOUTH AMERICAN PARTNERS LP – FUNDO SAP II**);

b) Há claramente representações de uma empresa na diretoria de outra – caso da sequência de *general partner*, que eram os administradores das diversas empresas da estrutura criada:

(i) **VICTORIA CAPITAL ADVISORS UK LTD** é a empresa que administra plenamente a **VICTORIA MANAGEMENT PARTNERS LP** e a **VICTORIA CAPITAL PARTNERS LP**;

(ii) A **VICTORIA CAPITAL PARTNERS LP** detém a totalidade das participações societárias e é a administradora da **VICTORIA SOUTH AMERICAN PARTNERS LLC** (antiga **DLJ SOUTH AMERICAN PARTNERS LLC**) e da **VICTORIA SOUTH AMERICAN PARTNERS II LLC**;

(iii) A **VICTORIA SOUTH AMERICAN PARTNERS LLC** é a administradora com amplos poderes de gestão da **DLJ SOUTH AMERICAN PARTNERS L.P.**, que é o próprio fundo canadense **SAP I**; e também é a administradora com amplos poderes de gestão dos veículos de investimento do fundo canadense **SAP I** constituídos na forma de empresas autônomas **SAP I BRAZIL AIV 1 LP**, da **SAP I BRAZIL AIV 2 LP** e da **SAP I BRAZIL AIV 3 LP**;

(iv) **VICTORIA SOUTH AMERICAN PARTNERS II LLC** é a administradora com amplos poderes de gestão da **VICTORIA SOUTH AMERICAN PARTNERS II LP**, que é o próprio fundo canadense **SAP II**; e também dos veículos de investimento do fundo canadense **SAP II** constituídos na forma de empresas autônomas **VSAP II BRAZIL AIV 1 LP**, **VSAP II BRAZIL AIV 2 LP**, **VSAP II BRAZIL AIV 3 LP** e **VSAP II BRAZIL AIV 6 LP**, além de ter funcionado como *general partner* dos veículos de investimento do fundo canadense **SAP I**.

(v) **VICTORIA CAPITAL INVESTIMENTOS LTDA**, empresa brasileira, que fazia parte do **GRUPO DE ENTIDADES DA VICTORIA CAPITAL PARTNERS**, era e continua sendo a gestora dos fundos nacionais **VSAP11 FIP** e **VSAP21 FIP**.

c) Ocorreram operações materiais entre investidor e investida dentro do próprio grupo, demonstrado pela aplicação da **VICTORIA MANAGEMENT PARTNERS LP**, no valor de US\$ 24.248.500,50, no fundo **SAP II**, a **VICTORIA SOUTH AMERICAN PARTNERS II LP**; Além de outros investimentos dos administradores do **GRUPO**, **MARCELO PEREIRA LOPES DE MEDEIROS**, **RAFAEL GONÇALVES MENDES** e **MARIO SPINOLA E CASTRO**, todos vinculados ao Grupo **VICTÓRIA CAPITAL** (anterior **DLJ SOUTH**), nas cotistas **SAP I BRAZIL AIV 1 LP**, **SAP I BRAZIL AIV 2 LP**, **VSAP II BRAZIL AIV 1 LP**, o fazendo por intermédio das investidoras diretas **DLJ SAP A LLC (DELAWARE LLC)** **DLJ SPECIAL INVESTMENTS L.P.**; **VICTORIA SOUTH AMERICAN PARTNERS LLC**; **VICTORIA SPECIAL PARTNERS LP**; **VICTORIA MANAGEMENT INVESTMENTS LP**; **STRATEGIC PORTFOLIO MANAGEMENT (BAHAMAS) LTD**; **CREDIT SUISSE WEALTH MANAGEMENT LTD.**; e **BLUE MINE ADVISORY PARTNERS LTD**, empresas igualmente sob área de influência relevante dos administradores do Grupo de Entidades ou Grupo Econômico **VICTORIA CAPITAL** (planilhas às fls. 18421, 22414 e 30196).

d) Todas as empresas estavam sob o controle comum de um único grupo de gestores e administradores nas diversas entidades do grupo **VICTÓRIA CAPITAL PARTNERS**, revelando claramente intenso intercâmbio de gerentes entre as diversas estruturas societárias criadas.

e) Os gestores da estrutura declararam à SEC americana, em nome da **VICTORIA SOUTH AMERICAN PARTNERS LLC** (CRD nº 162185) e da **VICTORIA SOUTH AMERICAN PARTNERS II LLC** (CRD nº 162188), reconhecer a existência de um grupo de **ENTIDADES DA VICTORIA CAPITAL PARTNERS** que abarcava até a brasileira, a **VICTORIA CAPITAL INVESTIMENTOS LTDA**, gestora dos fundos nacionais **VSAP11 FIP** e **VSAP21 FIP**.

f) Além de efetivamente terem total e plena ascensão sobre todas as empresas da estrutura de investimento em torno do grupo econômico da **VICTORIA CAPITAL PARTNERS**, **MARCELO MEDEIROS**, **CARLOS GARCÍA**, **MARIO SPINOLA**, **ALEXANDRE DIAS**, **SANTIAGO COTTER** e **ALEJANDRO SORAGENTINI** admitiram nos cotistas **SAP I**

8.3. DOS FUNDOS COLIGADOS À VINCI CAPITAL PARTNERS II A LP

[...]

Todos os fundos vinculados à VINCI PARTNERS e administrados pela fiscalizada BNY MELLON DTVM tiveram uma única gestora, a **VINCI CAPITAL GESTORA DE RECURSOS LTDA**, CNPJ 11.079.478/0001-75, que assim é apresentada no regulamento de 2011 do **VINCI II FIP**: [...]

[...]

Portanto, nenhum dos investidores diretos e beneficiários finais dos fundos **VINCI II FIP**, **VINCI II B FIP** e **VINCI II FIC DE FIP**, indicados nas quatro tabelas acima, seja por ser brasileiro com residência no Brasil, seja por estar domiciliado em paraíso fiscal, tem direito ao benefício de alíquota zero do IRRF previsto no art. 3º da Lei nº 11.312/2006, porque não preenchem os requisitos legais estipulados no *caput* (para investidores não residentes) e no §1º, III (não domiciliados em paraísos fiscais).

Depreende-se, portanto, que todas as entidades que confluíram para os investimentos realizados nos fundos nacionais **VINCI II FIP**, **VINCI II A FIP**, **VINCI II B FIP** e **VINCI II FIC DE FIP** estão relacionadas e sob a influência significativa dos gestores do grupo de entidade denominado VINCI CAPITAL PARTNERS, evidenciando a **coligação** das empresas, formando um grupo econômico de fato, tal como decorre do ordenamento jurídico brasileiro, pois:

a) As operações, a estruturação e a administração dos fundos e de todas as empresas criadas para realização dos investimentos orbitaram em torno de um **conjunto único de administradores**, liderados por GILBERTO SAYÃO, havendo um controle comum a todas as sociedades, desde a prospecção dos investidores no exterior, passando pela criação das diversas empresas veículos dos fundos **VINCI CAPITAL PARTNERS II-A LP**, **VINCI CAPITAL PARTNERS II-B LP**, **VINCI CAPITAL PARTNERS II-C LP** e empresas **GSS ESCO LIMITED**, **GSS ESCO CPE LLC** e **GSS ESCO PPE LLC** (cotistas **AGRESTI INVESTMENTS LLC**, **BOTTICELLI INVESTMENTS LLC**, **CARAVAGGIO INVESTMENTS LLC** e **VINCI GAS LOTUS INVESTMENTS LLC**), até a gestão dos fundos nacionais **VINCI II FIP**, **VINCI II A FIP**, **VINCI II B FIP** e **VINCI II FIC DE FIP**. Esta única equipe de controle comum é formada, entre outros, especialmente por GILBERTO SAYÃO, ALESSANDRO HORTA e CARLOS AUGUSTO LEONE PIANI, que participaram ativamente da elaboração de políticas e da gestão de todas as empresas examinadas, demonstrando a significativa influência sobre todas as entidades formadoras do grupo de empresas da VINCI PARTNERS, estrutura em que se inserem os fundos nacionais **VINCI II FIP**, **VINCI II A FIP**, **VINCI II B FIP** e **VINCI II FIC DE FIP**;

b) Há claramente representações de uma empresa na diretoria de outra – caso da sequência de *general partner*, que eram os administradores das diversas empresas da estrutura criada:

(i) **VINCI PARTNERS INVESTIMENTOS LTDA** é controladora da **VINCI CAPITAL GESTORA DE RECURSOS LTDA** e da **VINCI CAPITAL PARTNERS GP LIMITED**;

(ii) **VINCI CAPITAL PARTNERS GP LIMITED** é a sócia administradora (*General Partner*), que detém todos os poderes, direitos, obrigações e responsabilidades das sociedades **VINCI CAPITAL PARTNERS II-A LP**, **VINCI CAPITAL PARTNERS II-B LP** e **VINCI CAPITAL PARTNERS II-C LP**, localizadas nas Ilhas Cayman, que em atuação conjunta formam o fundo **VINCI CAPITAL PARTNERS II LP**, todas entidades sob a gestão grupo VINCI PARTNERS;

(iii) **VINCI CAPITAL PARTNERS II-A LP** é único sócio e administrador exclusivo (*General Partner*) da **AGRESTI INVESTMENTS LLC**;

(iv) **VINCI CAPITAL PARTNERS II-B LP** é único sócio e administrador exclusivo (*General Partner*) da **BOTTICELLI INVESTMENTS LLC**;

(v) **VINCI CAPITAL PARTNERS II-C LP** é único sócio e administrador exclusivo (*General Partner*) da **CARAVAGGIO INVESTMENTS LLC**;

(vi) **GILBERTO SAYÃO DA SILVA** é sócio e único administrador da **VINCI GAS LOTUS INVESTMENTS LLC** e das outras empresas do seu quadro societário, **GSS ESCO LIMITED**, **GSS ESCO CPE LLC** e **GSS ESCO PPE LLC**;

(vii) Todos os avisos e comunicações dirigidos ao administrador (*General Partner* **VINCI CAPITAL PARTNERS GP LIMITED**) devem ser encaminhados aos cuidados da **VINCI CAPITAL GESTORA DE RECURSOS LTDA**.

(viii) **AGRESTI INVESTMENTS LLC**, **BOTTICELLI INVESTMENTS LLC**, **CARAVAGGIO INVESTMENTS LLC** e **VINCI GAS LOTUS INVESTMENTS LLC** são empresas com personalidades jurídicas próprias localizadas em Delaware, EUA, mas sob a gestão e direção do grupo econômico, que foram utilizadas dentro da estrutura como veículos de investimento, cotistas, nos fundos nacionais **VINCI II FIP**, **VINCI II A FIP**, **VINCI II B FIP** e **VINCI II FIC DE FIP**;

(ix) Os fundos nacionais **VINCI CAPITAL PARTNERS II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (“FIP”)** (**VINCI II FIP**), **VINCI CAPITAL PARTNERS II A FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (“FIP”)** (**VINCI II A FIP**), **VINCI CAPITAL PARTNERS II B FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (“FIP”)** (**VINCI II B FIP**) e **VINCI CAPITAL PARTNERS II FIC DE FIP**, estão sob a gestão da **VINCI CAPITAL GESTORA DE RECURSOS LTDA**, pertencente ao grupo **VINCI PARTNERS**, controlado pela **VINCI PARTNERS INVESTIMENTOS LTDA**.

c) Todas as empresas estavam sob o controle comum de um único grupo de gestores e administradores nas diversas entidades do grupo **VINCI PARTNERS**, revelando claramente intenso intercâmbio de gerentes entre as diversas estruturas societárias criadas, especialmente **GILBERTO SAYÃO DA SILVA** que utilizou a estrutura para incluir entre os investidores empresas que lhe pertenciam exclusivamente, tirando proveito do benefício fiscal de alíquota zero, mesmo sendo beneficiário final com domicílio no Brasil.

d) Os gestores da estrutura declararam no memorando de oferta privada do **VINCI CAPITAL PARTNERS II LP** que a **VINCI CAPITAL PARTNERS GP LIMITED**, empresa constituída nas Ilhas Cayman, é controlada pela **VINCI PARTNERS INVESTIMENTOS LTDA (“VINCI PARTNERS”)**, apesar desta informação não ter constado no Formulário de Referência apresentado pela **VINCI CAPITAL GESTORA DE RECURSOS LTDA** à CVM (fl. 16532).

e) Além de efetivamente terem total e plena ascensão sobre todas as empresas da estrutura de investimento em torno do grupo econômico da **VINCI CAPITAL PARTNERS**, os gestores dos fundos **CARLOS AUGUSTO LEONE PIANI**, **ALESSANDRO MONTEIRO MORGADO HORTA** e **GILBERTO SAYÃO DA SILVA** admitiram nos fundos **VINCI II FIP**, **VINCI II A FIP**, **VINCI II B FIP** e **VINCI II FIC DE FIP** e permitiram indevidamente o aproveitamento da alíquota zero do IRRF por pessoas residentes em paraísos fiscais e pessoas residentes no Brasil, entre eles, o próprio **GILBERTO SAYÃO**, um dos gestores, indicando a influência significativa do grupo de administradores sobre todas as empresas do grupo. Isto também caracteriza a existência da concentração de empresas e, portanto, a coligação entre elas.

f) A cotista **VINCI GAS LOTUS INVESTMENTS LLC** foi criada, no interesse de **GILBERTO SAYÃO**, a partir de uma estrutura inicialmente montada com a **GSS ESCO LIMITED**, empresa nas Ilhas Virgens Britânicas, **GSS ESCO CPE LLC** e **GSS ESCO PPE LLC**, todas pertencentes e sob a direção do administrador (*Manager*) do grupo de empresas **VINCI CAPITAL PARTNERS**, e tornou-se investidora de 33,11% do capital aplicado no fundo **VINCI II FIC DE FIP** que, por sua vez, replicou os investimentos nos fundos **VINCI II A FIP** e **VINCI II B FIP**, detendo indiretamente investimentos nesses dois outros fundos, revelando que o principal administrador do grupo por

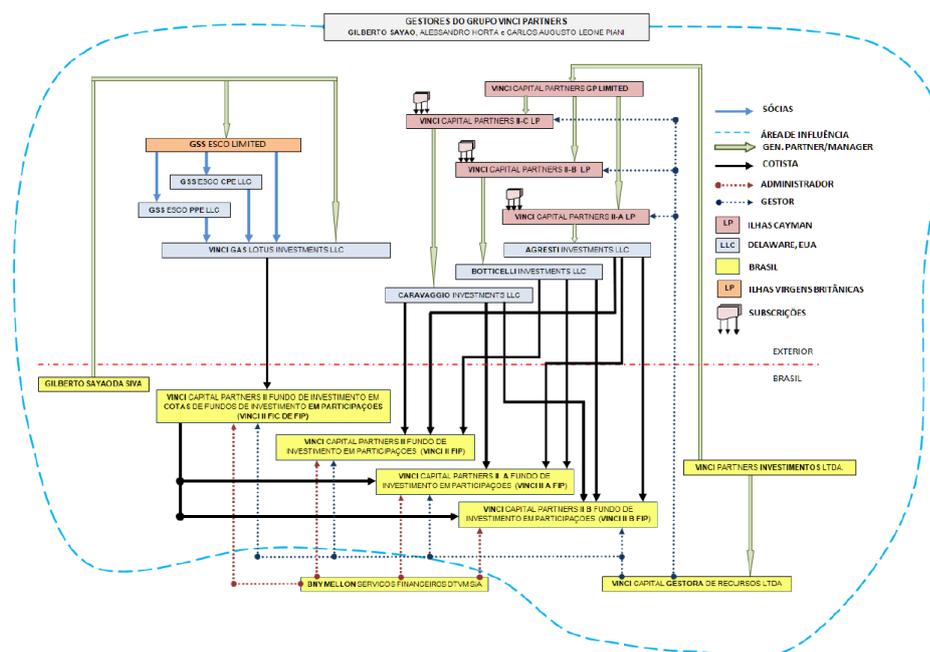
meio de outras empresas não só realizou investimentos de seu interesse nas empresas coligadas (cotistas), mas expressou significativa e relevante influência sobre todas as entidades do grupo econômico.

g) Com essa estrutura formada, GILBERTO SAYÃO valendo-se de sua influência sobre todas as empresas do grupo e dos fundos sob a gestão da VINCI CAPITAL beneficiou-se, com a conduta da BNY MELLON DTVM de não reter o IRRF, indevidamente da alíquota zero do IRRF previsto no art. 3º da Lei nº 11.312/2006, porque não preenche os requisitos legais estipulados no *caput* (para investidores não residentes) e no §1º, III (não domiciliados em paraísos fiscais).

Portanto, tal como preconizado no Pronunciamento Técnico CPC nº 18 (R2), correlato da Norma IAS 28 (IASB–BV 2012), e nos termos da deliberação CVM nº 696/2012, em consonância com os §§ 1º e 4º da Lei 6.404/1976, provada está a **influência significativa** da **VINCI PARTNERS INVESTIMENTOS LTDA** (“VINCI PARTNERS”), em conjunto com a **VINCI CAPITAL GESTORA DE RECURSOS LTDA** e a **VINCI CAPITAL PARTNERS GP LIMITED**, e dos administradores do grupo sobre todas as sociedades da estrutura formadora do grupo de entidades da VINCI PARTNERS, comprovando a existência de coligação entre todas as sociedades do grupo econômico de fato.

Desse modo, todas as sociedades envolvidas na estrutura empresarial construída, **VINCI PARTNERS INVESTIMENTOS LTDA**, **VINCI CAPITAL GESTORA DE RECURSOS LTDA**, **VINCI CAPITAL PARTNERS GP LIMITED**, **VINCI CAPITAL PARTNERS II-A LP**, **VINCI CAPITAL PARTNERS II-B LP**, **VINCI CAPITAL PARTNERS II-C LP**, o fundo **VINCI CAPITAL PARTNERS LP**, **AGRESTI INVESTMENTS LLC**, **BOTTICELLI INVESTMENTS LLC**, **CARAVAGGIO INVESTMENTS LLC**, **VINCI GAS LOTUS INVESTMENTS LLC**, **GSS ESCO LIMITED**, **GSS ESCO CPE LLC** e **GSS ESCO PPE LLC**; os próprios fundos nacionais **VINCI CAPITAL PARTNERS II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (“FIP”) (VINCI II FIP)**, **VINCI CAPITAL PARTNERS II A FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (“FIP”) (VINCI II A FIP)**, **VINCI CAPITAL PARTNERS II B FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (“FIP”) (VINCI II B FIP)** e **VINCI CAPITAL PARTNERS II FUNDO DE INVESTIMENTO EM COTAS DE FUNDOS DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (VINCI II FIC DE FIP)**, todas sob o controle da **VINCI PARTNERS INVESTIMENTOS LTDA** e de seus administradores, especialmente GILBERTO SAYÃO, integram um grupo econômico de fato por haver nitidamente controle e coligação nos termos da legislação e dos fatos demonstrados. Toda esta concentração de empresas também faz parte do autorreconhecido grupo **VINCE PARTNERS**.

A partir do acima historiado, é possível traçar o seguinte grafo de relacionamentos das sociedades coligadas, incluindo-se os cotistas dos fundos nacionais **VINCI II FIP**, **VINCI II A FIP**, **VINCI II B FIP** e **VINCI II FIC DE FIP**, e dos administradores do grupo de entidades da VINCI PARTNERS:



Portanto, nitidamente houve a concentração de cotas no conjunto das pessoas jurídicas coligadas representativas de 100% das cotas do fundo nacional VINCI CAPITAL PARTNERS II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (“FIP”) (VINCI II FIP), de 100% das cotas do fundo nacional VINCI CAPITAL PARTNERS II A FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (“FIP”) (VINCI II A FIP), de 100% das cotas do fundo nacional VINCI CAPITAL PARTNERS II B FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (“FIP”) (VINCI II B FIP) e de 46,98% em 2015 e 47,03% em 2016 das cotas do fundo nacional VINCI CAPITAL PARTNERS II FUNDO DE INVESTIMENTO EM COTAS DE FUNDOS DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (VINCI II FIC DE FIP).

Portanto, nos termos do art. 3º, §1º, I e III, da Lei nº 11.312/2006, a redução a zero da alíquota do imposto de renda na fonte aplicada sobre os rendimentos pagos pelos fundos nacionais VINCI II FIP, VINCI II A FIP, VINCI II B FIP aos cotistas AGRESTI INVESTMENTS LLC, BOTTICELLI INVESTMENTS LLC, CARAVAGGIO INVESTMENTS LLC e VINCI GAS LOTUS INVESTMENTS LLC foi indevida, ensejando o lançamento de ofício do imposto, nos termos do art. 149, incisos V e VII, do CTN.

Em vista do disposto no art. 2º da Lei 11.312/2006 c/c o art. 78 da Lei 8.981/1995, a alíquota do imposto de renda na fonte (IRF) aplicável sobre os rendimentos pagos é de 15%.

[...]

8.4. DO FUNDO AKANGATU FIP

[...]

O AKANGATU FIP, desde 2012 até 2019, teve uma única gestora, a POLO CAPITAL INTERNACIONAL GESTÃO DE RECURSOS LTDA., CNPJ 08.990.773/0001-74, sociedade com sede na Cidade do Rio de Janeiro [...]

[...]

Em suma, considerando que a contribuinte BNY MELLON DTVM não foi efetiva em identificar, em parte, os reais beneficiários, ou seja, as pessoas físicas ou jurídicas beneficiárias dos rendimentos de aplicações financeiras tributados à alíquota zero que estavam por trás da ROSS ICE SHEFF LLC, da EDORAS LLC e do VINSON FUND LLC, deve responder pelo IRRF indevidamente dispensado.

[...]

Ademais, todas as entidades estruturadas para os investimentos realizados no fundo nacional **AKANGATU FIP** estão relacionadas e sob a influência significativa dos gestores do grupo denominado **POLO CAPITAL**, prova clara da coligação entre as empresas, formando um grupo econômico de fato, tal como decorre do ordenamento jurídico, pois:

a) As operações, a estruturação e a administração dos fundos e de todas as empresas criadas para realização dos investimentos orbitaram em torno de um **conjunto único de administradores**, havendo um controle comum a todas as sociedades, desde a prospecção dos investidores no exterior, passando pela criação das diversas empresas veículos dos fundos **POLO EDGE FUND LTD**, **SLEDGE FUND LTD** e **POLO EDGE FUND LTD** (cotistas EDORAS, ROSS ICE e VINSON), até a gestão do fundo nacional **AKANGATU FIP**. Esta única equipe de controle comum é liderada e gerida especialmente por **CLÁUDIO JOSÉ**

CARVALHO DE **ANDRADE**, CPF 595.998.045-20, e **MARCOS DUARTE SANTOS**, que participaram ativamente da elaboração de políticas e da gestão de todas as empresas examinadas, demonstrando a significativa influência sobre todas as entidades formadoras do grupo de empresas da CAPITAL POLO, estrutura em que se insere o fundo nacional **AKANGATU FIP**;

b) Há claramente representações de uma empresa na diretoria de outra – caso da sequência de *general partner* ou *manager*, que eram os administradores das diversas empresas da estrutura criada:

(i) **POLO CAPITAL INTERNACIONAL GESTÃO DE RECURSOS LTDA** e seus diretores e sócios fundadores, **MARCOS DUARTE** e **CLÁUDIO ANDRADE**, são os únicos administradores e responsáveis pela gestão e administração (*“Polo Capital Internacional as holder of all of the Fund's issued Management Shares will, effectively, determine the constitution of the Board of Directors”*) do **POLO EDGE FUND LTD**, do **POLO FUND LTD** e do **SLEDGE FUND LTD**.

(ii) O **POLO FUND LTD** é o único sócio e administrador da **EREBUS LLC** e **MARCOS DUARTE** foi quem representou o **POLO FUND** na constituição da **EREBUS**.

(iii) A **EREBUS LLC** é a única sócia e quem detém e exerce todos os poderes de administração sobre os negócios e assuntos da **VINSON FUND LLC**, quotista do fundo nacional **AKAGANTU FIP**.

(iv) **POLO EDGE FUND LTD** é o único sócio e administrador (*Manager*) da **CAPE ROYDS LLC** e **MARCOS DUARTE** foi quem representou o **POLO EDGE FUND** na constituição da **CAPE ROYDS**.

(v) **CAPE ROYDS LLC** detém todos os poderes acerca dos negócios e assuntos da **ROSS ICE SHEFF LLC**. **CLÁUDIO C. ANDRADE** e **MARCOS DUARTE SANTOS** são as pessoas designadas a representar e criar obrigações em nome da **ROSS ICE**, quotista do fundo nacional **AKAGANTU FIP**.

(vi) A **SLEDGE FUND LTD** é única sócia e administradora da **LAMBERT LLC**. **MARCOS DUARTE SANTOS** foi quem representou a **SLEDGE FUND LTD**, a *general partner*, ou sócia gerente, na alteração **LAMBERT**.

(vii) A **LAMBERT LLC** é a única sócia e quem detém e exerce todos os poderes de administração sobre os negócios e assuntos da **EDORAS LLC**, quotista do fundo nacional **AKAGANTU FIP**.

(viii) Fechando o ciclo, o fundo **AKANGATU FIP** tem como gestora a **POLO CAPITAL INTERNACIONAL GESTÃO DE RECURSOS LTDA**, que exerce influência e administra o **POLO EDGE FUND LTD**, o **POLO FUND LTD** e o **SLEDGE FUND LTD**, evidência de que se trata de um grupo de empresas lideradas pela **POLO CAPITAL INTERNACIONAL**.

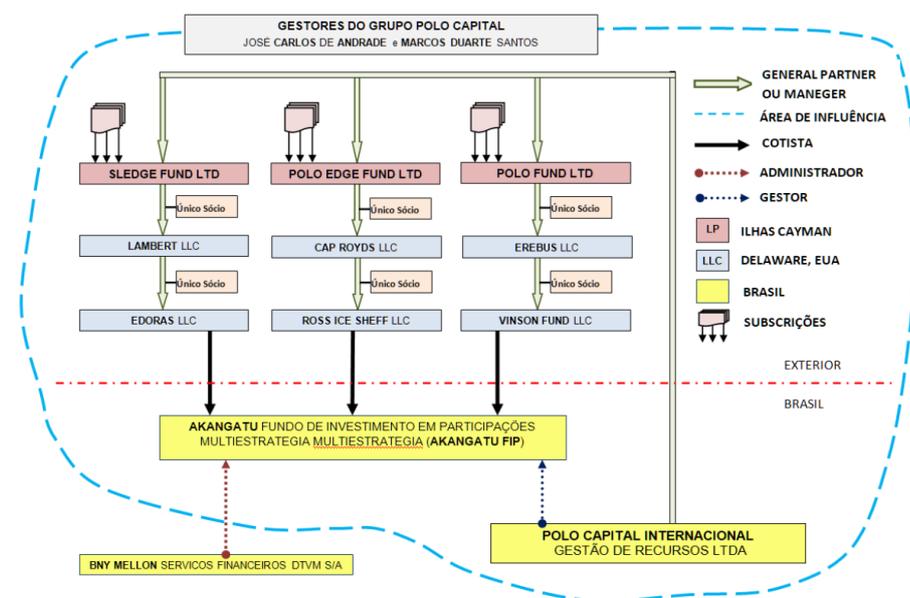
c) Todas as empresas estavam sob o controle comum de um único grupo de gestores e administradores, especialmente **CLÁUDIO C. ANDRADE** e **MARCOS DUARTE SANTOS**, nas diversas entidades do grupo **POLO CAPITAL INTERNACIONAL**,

comprovando claramente intenso intercâmbio de gerentes entre as diversas estruturas societárias criadas.

Portanto, tal como consignado no Pronunciamento Técnico CPC nº 18 (R2), correlato da Norma IAS 28 (IASB–BV 2012), e nos termos da deliberação CVM nº 696/2012, em consonância com os §§ 1º e 4º da Lei 6.404/1976, provada está a **influência significativa** da **POLO CAPITAL INTERNACIONAL GESTÃO DE RECURSOS LTDA** e dos administradores do grupo sobre todas as sociedades da estrutura formadora do grupo de entidades da POLO CAPITAL, comprovando a existência de coligação entre todas as sociedades do grupo econômico de fato.

Desse modo, todas as sociedades envolvidas na estrutura empresarial construída, **POLO CAPITAL INTERNACIONAL GESTÃO DE RECURSOS LTDA**, **POLO EDGE FUND LTD**, **POLO FUND LTD**, **SLEDGE FUND LTD**, **EREBUS LLC**, **VINSON FUND LLC**, **CAPE ROYDS LLC**, **ROSS ICE SHEFF LLC**, **LAMBERT LLC** e **EDORAS LLC**, todas sob o controle da **POLO CAPITAL INTERNACIONAL GESTÃO DE RECURSOS LTDA**, integram um grupo econômico de fato por haver nitidamente controle e coligação nos termos da legislação e dos fatos apresentados.

A partir da narrativa acima exposta, é possível traçar o seguinte grafo de relacionamentos das sociedades coligadas, incluindo-se os cotistas do fundo nacional **AKANGATU FIP**, e dos administradores do grupo de entidades da **POLO CAPITAL INTERNACIONAL**:



Assim considerado, nitidamente houve a concentração de cotas no **conjunto das pessoas jurídicas coligadas** representativas de 100% das cotas do fundo nacional **AKANGATU FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES MULTIESTRATÉGIA (AKANGATU FIP)**, CNP 17.007.919/0001- 00.

Portanto, nos termos do art. 3º, §1º, I, da Lei nº 11.312/2006, a redução a zero da alíquota do imposto de renda na fonte aplicada sobre os rendimentos pagos pelo fundo nacional **AKANGATU FIP** aos cotistas **ROSS ICE SHEFF LLC**, **EDORAS LLC** e **VINSON FUND LLC** foi indevida, ensejando o lançamento de ofício do imposto, nos termos do art. 149, incisos V e VII, do CTN.

Em vista do disposto no art. 2º da Lei 11.312/2006 c/c o art. 78 da Lei 8.981/1995, a alíquota do imposto de renda na fonte (IRF) aplicável sobre os rendimentos pagos é de 15%.

5. Em impugnação, o contribuinte apresentou as alegações a seguir sintetizadas,

conforme decisão recorrida:

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO – AFRONTA AO ENTENDIMENTO VINCULANTE DA RFB

1. Como se viu, a Autoridade Fiscal argumenta que a origem do investimento para fins da aplicação da alíquota zero do IR/Fonte prevista nos artigos 1º e 3º da Lei nº 11.312/06 deveria levar em consideração a jurisdição em que estão domiciliados os investidores indiretos dos INR, tendo sustentado que a presença, ainda que imaterial, de indivíduos domiciliados no Brasil e indivíduos e entidades domiciliados em JTF prejudicaria a elegibilidade desses INR à aplicação da alíquota zero.

2. Acontece que tal entendimento viola a interpretação vinculante sobre o tema, formalizada pela RFB por meio do Ato Declaratório Interpretativo nº 5/19. Confira-se:

“Art. 1º A origem do investimento, para fins de aplicação do regime especial de tributação previsto nos artigos 88 a 98 da Instrução Normativa nº. 1.585, de 31 de agosto de 2015, será determinada com base na jurisdição do investidor direto no País, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação”.

3. De rigor reiterar o quanto já exposto no Tópico acima: o presente lançamento não está fundamentado ou pautado em qualquer discussão sobre dolo, fraude ou simulação ou mesmo na desconsideração da personalidade jurídica desses INR – como não poderia ser diferente, dado que a legitimidade das estruturas de investimento é inquestionável. Sequer houve (o que seria ainda mais absurdo) tentativa de aplicação da multa qualificada aplicável aos casos de dolo, fraude ou simulação.

4. Daí porque, os agentes públicos pertencentes à RFB não podem agir em contrariedade ao disposto no referido Ato Declaratório nº 5/19, em razão do seu poder vinculante. Por outro lado, embora tenha sido editado no ano corrente, o ato declaratório interpretativo produz efeitos vinculantes e retroativos conforme prevê o Parecer Normativo nº 05, de 25 de maio de 1994:

“11. Indubitavelmente, o Parecer Normativo e o Ato Declaratório Normativo possuem em comum, essencialmente, a característica de serem, ambos, instrumentos através dos quais se veicula a interpretação adotada pela Secretária da Receita Federal no tocante a matéria atinente aos tributos por ela administrados.

5. Por serem de caráter interpretativo, reportam-se a normas integrantes da legislação tributária a eles preexistentes, limitando-se a explicitar-lhes o sentido e a fixar, em relação a elas, o entendimento da administração tributária.

A NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO – ILIQUIDEZ E INCERTEZA

6. Nesse contexto, deve-se, inicialmente, esclarecer que o artigo 725 do RIR/99 dispõe que haverá o reajustamento da base de cálculo do IR/Fonte quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiário. Veja-se:

“Art. 725. QUANDO a fonte pagadora ASSUMIR O ÔNUS do imposto devido pelo beneficiário, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue, será considerada líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o imposto, ressalvadas as hipóteses a que se referem os arts. 677 e 703, parágrafo único (Lei nº 4.154, de 1962, art. 5º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 63, § 2º).” (g.n.)

7. Sendo assim, deverá ser aplicado esse dispositivo legal única e exclusivamente nas situações em que restar verificada a existência de disposição contratual determinando que o ônus econômico relativo ao IR/Fonte será da fonte pagadora.

8. Além disso, conforme já decidido pela E. Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CSRF”), cabe à Autoridade Fiscal a

comprovação de que o ônus econômico do imposto é da fonte pagadora, não sendo admissível qualquer tipo de presunção nesse sentido. Veja-se:

“Outrossim, a assunção do ônus do imposto de fonte deriva da vontade das partes e não pode ser presumida pela simples falta de retenção, ante a ausência de autorização legal nesse sentido, devendo a opção ser comprovada pelo fisco com base em prova convincente.” (Acórdão nº CSRF/01-02.257)

NULIDADE - PLURALIDADE DE REGIMES JURÍDICOS PARA O MESMO FATO GERADOR.

9. Ora, se o cotista é aquele que realiza o fato tributável, que é precisamente a realização de renda, não há como se cogitar a imposição, a uma mesma entidade, de uma pluralidade de regimes jurídicos.

10. A digressão feita pela Autoridade Fiscal, portanto, não só não conta com qualquer fundamento legal, como tampouco encontra eco no raciocínio desenvolvido ao longo do TVF, dado que os fatos ocorridos não foram recompostos pela Autoridade Fiscal a fim de lhes atribuir efeitos distintos.

11. O fato gerador, nesses casos, se materializa a cada um dos resgates de cotas dos FIRF-Títulos Públicos, sendo que sobre ele deve ser aplicada a correspondente alíquota para chegar, então, ao tributo devido pelo contribuinte. O desmembramento do fato gerador para verificar quem poderia vir a receber em última instância os recursos remetidos não possui qualquer fundamento legal, constituindo mera arbitrariedade da Autoridade Fiscal.

12. O absurdo sustentado pela Autoridade Fiscal é evidenciado diante do fato que sequer seria possível emitir e pagar um Documento de Arrecadação de Receitas Federais (“DARF”) que endossasse tal lógica de apuração do IR/Fonte!

13. Ora, como pode o mesmo fato gerador comportar três regimes distintos para determinação do aspecto quantitativo da obrigação tributária? Somente seria possível, caso o lançamento fiscal trouxesse uma igualmente absurda desconsideração de toda a cadeia de investimento, em função de alegações de fraude e simulação, para requalificar os cotistas INR como aqueles investidores indiretos finais identificados (ou não) não TVF.

14. Além dessa impossibilidade sob o aspecto formal, também do ponto de vista de substância não há base para sustentar que os investidores indiretos de fato auferiram quaisquer rendimentos decorrentes das distribuições realizadas pelos FIRF-Títulos Públicos. Isso porque, considerando as estruturas de investimentos que serão abordadas nos tópicos específicos da impugnação, não houve qualquer comprovação por parte da Autoridade Fiscal de tais valores foram, de fato, distribuídos até o nível de tais investidores indiretos.

15. Desta forma, resta evidente que toda a fundamentação do auto de infração se baseia em uma mera suposição da Autoridade Fiscal de que os rendimentos teriam sido distribuídos até o nível dos investidores indiretos dos INR, enquanto na realidade poderiam ter sido consolidados com perdas de outros investimentos no nível do INR ou de veículos intermediários, ou mesmo utilizados para o pagamento de despesas e outros encargos.

16. Nulo, portanto, o auto de infração, na medida que pretendeu a aplicação de regimes de tributação distintos a um mesmo cotista, com base na residência de investidores indiretos, que sequer foram os beneficiários da renda distribuída pelos FIRF-Títulos Públicos.

MÉRITO

O REQUISITO DE DOMICÍLIO DOS COTISTAS E A IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO DO REGIME TRIBUTÁRIO CONFORME O DOMICÍLIO OU RESIDÊNCIA DO BENEFICIÁRIO FINAL

O REQUISITO DE CONFORMIDADE REGULATÓRIA – SOBRE O CONCEITO DE INR NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DO CMN E A AUTONOMIA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

17. Ao referenciar o investimento realizado nos termos da regulamentação do CMN, a Lei nº 11.312/06 se apropria do conceito de investidor não-residente definido pelo CMN, que complementa o sentido da norma, e que não pode ser desconsiderado pela Autoridade Fiscal.

18. Quisesse o legislador ter adotado referencial outro para aferição do Requisito de Domicílio, teria feito expressamente. Isso porque, em conformidade com o artigo 111, II, do CTN18, os dispositivos que veiculam regras de isenção fiscal, devem ser interpretados literalmente.

19. Nesse sentido, nota-se que a Autoridade Fiscal sequer buscou (certamente por falta de elementos) a desconsideração da personalidade jurídica do INR, se limitando a argumentar que os recursos utilizados por tal cotista seriam, na verdade, pertencentes aos seus próprios investidores (diretos e indiretos), e que, portanto, estes seriam os efetivos beneficiários de eventuais rendimentos distribuídos pelos FIRF-Títulos Públicos e FIP.

20. Todavia, este raso argumento não se justifica diante da própria definição de personalidade jurídica consagrada pelo Direito brasileiro como forma de reafirmar a autonomia patrimonial entre pessoas jurídicas e de seus sócios.

21. Por outro lado, nem poderia ter a Autoridade Fiscal feito qualquer juízo sobre a substância econômica dos INR, já que o conceito regulatório de INR encampado pelo CMN nada dispõe nesse sentido. Inclusive, todos os INR objeto do presente lançamento fiscal têm sua regularidade perante a CVM reconhecida pelo regulador, como se infere dos documentos anexos (Doc. 03) – confira-se excerto abaixo:

22. Com efeito, diante da relevância do tema envolvendo a preservação da personalidade jurídica, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, convertida na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Este normativo alterou o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) para incluir as seguintes previsões de natureza declaratória-interpretativa, e de alta relevância para a presente discussão:

“Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. § 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

23. Do acima, extrai-se que o Poder Executivo e o Poder Legislativo se preocuparam em reforçar a autonomia patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus sócios, reconhecendo o papel da personalidade jurídica como imprescindível para conferir segurança jurídica às relações societárias e de comércio. Registre-se que a RFB e o Superior Tribunal de Justiça compartilharam com a preocupação do Governo Federal e do Congresso Nacional em conferir maior segurança ao conceito de personalidade jurídica, conforme extrai-se da Exposição de Motivos da MP 881/19:

“14. Nas Disposições Finais, esta proposta tomou uma série de edições com o intuito de, em caráter emergencial, proporcionar um estado de maior segurança jurídica no País.

15. A mais prestigiada e segura conceituação dos requisitos de desconsideração da personalidade jurídica, conforme amplo estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e em alinhamento com pareceres da Receita Federal, é anotada em parágrafos no art. 50 do Código Civil, de maneira a garantir que aqueles empreendedores que não possuem condições muitas vezes de litigar até as instâncias superiores possam também estar protegidos contra decisões que não reflitam o mais consolidado entendimento.” (g.n.)

24. Justamente em função da autonomia patrimonial entre a entidade e seus sócios, consequência da sua personalidade jurídica, é que um INR deve ser considerado como domiciliado na jurisdição em que constituído. Logo, deve ser tratado como investidor não-residente, independentemente da residência de seus sócios diretos ou indiretos, da mesma forma que uma pessoa jurídica constituída no País será tratada como investidora residente mesmo que todos os seus sócios sejam residentes no exterior.

O REQUISITO DE DOMICÍLIO – SOBRE O CONCEITO DE JTF APLICÁVEL NO CONTEXTO DA LEI Nº 11.312/06

25. Trata conceitos como RFP, JTF (estrito e amplo).

26. Repise-se que o conceito de JTF utilizado pela Lei nº 11.312/06 trata especificamente de país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20%.

27. Há, ainda, um conceito expandido de JTF previsto no artigo 24 da Lei nº 9.430, de 21 de dezembro de 1996 que foi alterado pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008 e passou incluir países ou dependências que não permitem acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à identificação dos beneficiários efetivos de rendimentos (“Conceito Expandido de JTF”):

28. Com efeito, o conceito de RFP, ao contrário das definições de JTF, pressupõe a necessidade de se perquirir sobre a atividade desenvolvida pelo INR no seu país de origem, como se infere da leitura do artigo 24-A da Lei nº 9.430/96, confira-se:

29. Ou seja, o escopo de aplicação do conceito de RFP é restrito em relação às regras de preço de transferência e subcapitalização, não impactando, todavia, a fruição de outros regimes tributários específicos que não mencionem explicitamente o conceito de RFP, como é o caso das alíquotas zero previstas na Lei nº 11.312/06.

30. Desta forma, nota-se claramente que o conceito de JTF para fins da aplicação da alíquota zero previstas pelos artigos 1º e 3º da Lei nº 11.312/06 não faz qualquer referência a aspectos da estrutura de investimento ou das atividades

desempenhadas pelo INR, tampouco da substância econômica das estruturas no exterior.

31. Essa diferenciação permite concluir que tendo o legislador referido ao Conceito Estrito de JTF e não ao Conceito Expandido de JTF ou ao conceito de RFP, não poderia a Autoridade Fiscal pretender alargar o Requisito de Domicílio para além daquilo que está textualmente previsto nas regras que regem a aplicação da alíquota zero prevista na Lei nº 11.312/06.

32. Do dispositivo acima podem-se extrair algumas importantes constatações para o deslinde do caso aqui em discussão:

33. Como regra geral a legislação fiscal respeita a personalidade jurídica e a jurisdição das entidades residentes e domiciliadas no exterior – tanto é assim que o primeiro teste proposto pela própria regra especial acima transcrita é a identificação de uma pessoa jurídica residente em JTF ou submetida a RFP que seja a beneficiária direta dos rendimentos;

(ii) A regra especial prevista no artigo 26 da Lei nº 12.249/10 atravessa a personalidade jurídica do beneficiário direto dos rendimentos, exigindo a identificação do efetivo beneficiário da entidade no exterior, como requisito para permitir a dedutibilidade da despesa no Brasil;

(iii) Quando o legislador entendeu que a identificação do “efetivo beneficiário” dos rendimentos é relevante para definir o tratamento tributário, tratou disso de maneira expressa, confirmando que tal identificação não é relevante para determinar o tratamento fiscal do INR, incluindo às hipóteses específicas tratadas na Lei nº 11.312/06 que nada dispõe acerca do tema;

34. A opção legislativa por um conceito mais objetivo de INR (investidor titular jurídico dos ativos brasileiros e não seus beneficiários finais ou investidores indiretos) não foi acidental. Do mesmo modo, a escolha do Conceito Estrito de JTF (em detrimento de outros possíveis, como o Conceito Expandido de JTF ou de RFP) tem uma razão de ser muito clara. A utilização de uma regra mais objetiva que elimina espaços de subjetividade na sua interpretação vai ao encontro da segurança jurídica, indispensável para fomentar o investimento estrangeiro no País, objetivo último da regra.

Ausência de Fundamentação Legal para Interpretação Fiscal

35. Ao contrário do que argumenta a Autoridade Fiscal nas fls. 17 a 21 do TVF, o cumprimento do Requisito de Domicílio deve se dar mediante uma análise objetiva do local onde estão situados os cotistas INR dos FIRF-Títulos Públicos e dos FIP objeto da autuação, e não de seus investidores indiretos ou beneficiários finais.

36. Ausente o requisito que condicione a concessão desses regimes de tributação incentivados à análise quanto à residência dos investidores indiretos dos INR, não há que se cogitar a análise de níveis superiores da cadeia de investimento pela referência expressa dos artigos 1º e 3º da Lei nº 11.312/06.

37. De fato, estes conceitos, quando colocados em contraste, permitem concluir que a análise do Conceito Estrito de JTF previsto na Lei nº 11.312/06 deve ser objetiva. (vários casos em que a Lei usa um conceito ou outro)

38. A lógica absurda de pretender verificar o cumprimento do Requisito de Domicílio com base na residência do investidor indireto se prova por completo descabida ao extrapolar a literalidade do quanto previsto pela legislação, em desobediência ao artigo 111, do CTN.

39. Há um aspecto aqui muitíssimo relevante: não há nenhuma regra de tributação encampada na legislação brasileira que esteja orientada em função da residência ou domicílio dos investidores indiretos ou beneficiários finais dos INR.

40. E assim o é não apenas por uma questão de segurança jurídica, valor caríssimo às relações de natureza jurídico-tributária, mas porque a determinação da figura do

contribuinte, aqui os cotistas INR dos FIRF-Títulos Públicos e dos FIP (a despeito da existência de regra de responsabilidade da Impugnante), está ligada à titularidade jurídica dos rendimentos.

41. Ora, a Autoridade Fiscal, que, frise-se, em nenhum momento argumentou ou considerou (e nem poderia ao nosso sentir) estarem eivadas de fraude ou simulação as estruturas de investimento dos cotistas não residentes dos FIRF-Títulos Públicos e FIP e por isso não ousou desconsiderar a personalidade jurídica dos respectivos INR, não poderia buscar aferir o cumprimento do Requisito de Domicílio com base na localização dos investidores indiretos dos INR, que em nada se vinculam com a ocorrência do fato gerador e que tampouco são os titulares jurídicos da renda distribuída pelos FIRF-Títulos Públicos e FIP.

A INAPLICABILIDADE DAS IN 1.634/16 E 1.863/18 PARA DETERMINAÇÃO DO REGIME TRIBUTÁRIO E O SEU REAL ESCOPO DE IDENTIFICAÇÃO DE PESSOAS COM PODER DE CONTROLE OU INFLUÊNCIA SIGNIFICATIVA

42. Como se verá adiante, as instruções normativas que cuidam de regular o tema do beneficiário final, tão invocadas pela Autoridade Fiscal no TVF, em nada se relacionam com o Requisito de Domicílio e, por consequência, com a definição do tratamento tributário dos cotistas INR dos FIRF-Títulos Públicos e FIP.

43. A conclusão acima está lastreada, em síntese, nos seguintes pontos:

(i) o escopo de aplicação da obrigação de identificação do beneficiário final não tem natureza tributária, o que dependeria de lei em sentido formal, mas sim cadastral e informativa, já que a sua criação está associada à iniciativas de combate à lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e o financiamento da proliferação, além de outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional relacionadas a esses crimes;

(ii) a IN 1.634/16, que primeiro regulou o tema, sequer estava vigente e eficaz para os cotistas nos períodos autuados;

(iii) a obrigação de identificação do beneficiário final se volta às pessoas físicas com capacidade para controlar ou influenciar significativamente uma entidade, e não aqueles que detêm participações indiretas imateriais com os investidores indiretos questionados pela Autoridade Fiscal; e

(iv) as exceções à obrigação de identificação de beneficiários finais, quando aplicáveis, dispensam a abertura de níveis superiores da cadeia de investimento.

44. Não fosse apenas uma questão de validade formal, a IN 1.634/16 e a IN 1.863/18 veiculam regras meramente cadastrais, nada dispendo sobre o tratamento tributário dos titulares de CNPJ, sejam eles residentes no País ou estrangeiros.

45. Aliás, a atualmente vigente IN 1.863/18, repetindo a IN 1.634/16, em seu artigo 9º dispõe que a inobservância da obrigação de informar os beneficiários finais acarretará meramente a suspensão do CNPJ, não impondo sequer penalidades de natureza pecuniária.

INÍCIO DA VIGÊNCIA E EFICÁCIA DA OBRIGAÇÃO DE INFORMAR O BENEFICIÁRIO FINAL POSTERIOR AOS PERÍODOS AUTUADOS

46. Logo, não há dúvida que a regra que exige a identificação de beneficiários finais não estava vigente em 2015 e 2016, anos calendários compreendidos pela presente autuação fiscal.

47. Mesmo que fosse possível sustentar que as disposições da IN 1.634/16 (substituída posteriormente pela IN 1.863/18) fossem relevantes para determinação do tratamento tributário, o que não se cogita, ainda assim tais regras sequer seriam aplicáveis aos períodos em discussão.

48. Não é demais relembrar que, por força do artigo 150, III, a, da Constituição Federal, o direito tributário é informado pelo princípio da irretroatividade, segundo

o qual as regras que veiculam tributos ou são relevantes para determinação do regime de tributação – o que não é o caso das IN 1.634/16 e 1.863/18 – só devem ser aplicadas prospectivamente, isso é, aos fatos geradores ocorridos após o início da sua vigência e eficácia.

Conceito de Beneficiário Final e a Extensão Descabida Pretendida pela Autoridade Fiscal

49. Conforme destacado, o conceito de beneficiários finais previsto pela IN 1.634/16, e posteriormente pela IN 1.863/18, são derivados do conceito firmado no âmbito do GAFI, com algum ajuste de linguagem para contemplar também as entidades sob influência significativa. Nesse sentido, transcreve-se novamente abaixo o conceito encampado por tais normativos:

“§ 1º Para efeitos do disposto no caput, considera-se beneficiário final: I - a pessoa natural que, em última instância, de forma direta ou indireta, possui, controla ou influencia significativamente a entidade; ou II - a pessoa natural em nome da qual uma transação é conduzida”.

50. Logo, como se infere do próprio conceito acima, a obrigação de identificação do beneficiário final prevista na regulamentação invocada pela própria Autoridade Fiscal, quando aplicável, não alcança a totalidade da participação no capital das entidades inscritas no CNPJ, mas apenas aquelas pessoas físicas que se qualifiquem como seus controladores ou como detendo influência significativa na entidade.

51. Nesse sentido, mostra-se carente de fundamentação a linha de raciocínio traçada pela Autoridade Fiscal, segundo a qual a mera existência de uma gama ínfima e pouco representativa de investidores indiretos supostamente domiciliados em JTF ou no Brasil prejudicaria a elegibilidade dos cotistas INR dos FIRF-Títulos Públicos e dos FIP à alíquota zero do IR/Fonte prevista pela Lei nº 11.312/06.

52. Isso porque, a participação de investidores indiretos em JTF ou no Brasil, quando existente, era imaterial e, portanto, incapaz de qualificá-los como beneficiários finais dos cotistas nos quais investiam indiretamente. É o caso, por exemplo, do cotista Galileo TM LLC, no qual supostamente havia um indivíduo brasileiro com participação equivalente a 0,70%, como se infere da fl. 34 do TVF.

53. Veja-se, nesse sentido, que o conceito de beneficiário final previsto na IN 1.634/16 e na IN 1.863/18 é delimitado para uma finalidade específica e não deve ser visto de modo a admitir que qualquer investidor indireto se qualifique como tal. Tanto é verdade que investidores indiretos, sem controle ou influência significativa sobre a entidade, não se enquadram no conceito de beneficiário final previsto pelas IN, que esses normativos admitem expressamente situações em que não há indivíduo que se enquadre nesse conceito.

As Exceções à Obrigação de Identificação do Beneficiário Final e a Desnecessidade de Abertura das Cadeias Societárias

54. Finalmente, a Autoridade Fiscal argumenta na fl. 18 do TVF que “o art. 8º, § 3º, das IN RFB 1.634/2016 e 1.863/2018 estabelece hipóteses em que não é necessária a prestação de informações cadastrais de beneficiários finais no caso de Veículos de Investimento Coletivo, no entanto o § 4º exige que, nestas situações, haja informações cadastrais acerca das pessoas físicas ou jurídicas em favor das quais essas entidades tenham sido constituídas, devendo ser informadas no Quadro de Sócios e Administradores (QSA)”.

55. O raciocínio acima, no entanto, não merece prevalecer.

56. Frise-se, de início, que os veículos de investimento coletivos mencionados no artigo 8º, § 3º, VII, são aqueles domiciliados no exterior que (a) tenham cotas ou títulos representativos da participação admitidos à negociação em mercado organizado e regulado por órgão reconhecido pela CVM, ou 28 (b) que atendam cumulativamente os requisitos previstos nas IN, inclusive quanto ao número de investidores ser superior a cem e a composição diversificada da carteira.

57. É tão verdade que a obrigação de abertura das pessoas em benefício das quais a entidade fora constituída não é necessariamente aplicável às entidades do § 3º do artigo 8º, que a atual redação do dispositivo, em recente alteração introduzida pela IN 1.914, de 26 de novembro de 2019, na IN 1.863/18 suprimiu essa locução. Vejamos:

“§ 4º Para as entidades citadas no § 3º, as informações cadastrais devem abranger as pessoas naturais autorizadas a representá-las, seus controladores, administradores ou diretores, e serão informadas no Quadro de Sócios e Administradores (QSA)”.

58. Nesse sentido, incorreta a afirmação feita no TVF de que segundo os dispositivos da ICVM nº 555/14, o veículo de investimento não se confunde com um fundo de investimento e que, considerando tal fato, o conceito de fundo de investimento não estaria enquadrado na exceção indicada no artigo 8º, § 3º, VII da IN RFB 1.863/18.

59. Considerando tais conceituações, pode-se dizer que os conceitos de fundo de investimento e veículo de investimento, apesar de serem diferentes, não desqualificam os fundos de investimento como uma das espécies de veículo de investimento existente nos mercados locais e globais. Vale aqui destacar a classificação explorada por Eduardo Cherez Pavia:

“Fundos de investimento são veículos de investimento coletivo cujas cotas representam parcela do seu patrimônio, sendo definidas como valores mobiliários.”

60. Ademais, a Autoridade Fiscal indica que o conceito de fundo de investimento não estaria enquadrado na exceção elencada no artigo 8º, § 3º, VII. Todavia, vale notar que o § 5º deste mesmo artigo não indica a aplicabilidade do disposto no caput aos fundos de investimentos domiciliados no Brasil que possuem cotistas não residentes, mas sim aos cotistas de fundos domiciliados no exterior, sendo certo que a Impugnante não atua nas atividades de administração de fundos domiciliados no exterior, considerando que esta modalidade iria além do escopo de sua licença para operar na qualidade de administrador de carteiras de valores mobiliários nos termos da ICVM nº 558/2016.

61. Destaque-se, ainda, a Instrução CVM nº 617, de 05.12.201934. O novo marco regulatório, em seu artigo 13, inova ao indicar exceção de alcance do beneficiário final em linha com o artigo 8º da IN RFB 1.863/18, conforme indicado abaixo:

62. Do quanto depreendido acima pode-se concluir que (i) o escopo de aplicação da obrigação de identificação do beneficiário final não tem natureza tributária, o que dependeria de lei em sentido formal, mas sim cadastral e informativa, já que a sua criação está associada à iniciativas de combate a ações criminosas; (ii) a IN 1.634/16, que primeiro regulou o tema, sequer estava vigente e eficaz para os cotistas nos períodos autuados; (iii) a obrigação de identificação do beneficiário final se volta às pessoas físicas com capacidade para controlar ou influenciar significativamente uma entidades e não aqueles que detêm participações minoritárias; e (iv) as exceções à obrigação de identificação de beneficiários finais, quando aplicáveis, dispensam a abertura de níveis superiores da cadeia de investimento.

O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DE INVESTIDORES INDIRETOS DOMICILIADOS NO BRASIL E A SUA TRIBUTAÇÃO MAIS GRAVOSA

63. Os indivíduos residentes no Brasil que teriam indiretamente participado nos fundos de investimento objeto desta autuação não se beneficiaram de um regime de tributação mais vantajoso do que aquele que teriam direito caso tivessem investido diretamente em fundos equivalentes.

64. Com efeito, uma vez distribuídos para os investidores indiretos domiciliados no Brasil os rendimentos oriundos desses investimentos seriam tributados pelo Imposto de Renda das Pessoas Físicas (“IRPF”) a alíquotas progressivas que podem

chegar a 27,5%. Alienação e resgates desses veículos pelos investidores indiretos domiciliados no Brasil estariam sujeitas a tributação pelas alíquotas progressivas até 22,5%.

65. Como se verá adiante, além de os investidores indiretos residentes no Brasil estarem sujeitos a regime de tributação mais oneroso do que se investissem diretamente nos mesmos fundos de investimento, os recursos distribuídos aos cotistas não se tornavam automaticamente disponíveis a tais indivíduos ou qualquer outro beneficiário final, o que torna inviável o raciocínio da Autoridade Fiscal.

CONCLUSÃO PARCIAL: A IMPOSSIBILIDADE DE AFERIR O CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PARA ALÍQUOTA ZERO A PARTIR DOS INVESTIDORES INDIRETOS E BENEFICIÁRIOS FINAIS E A INDISPONIBILIDADE DA RENDA PRODUZIDA

66. De fato, ao contrário do que o raciocínio da Autoridade Fiscal sugere, não há aquisição de disponibilidade imediata pelos investidores indiretos sobre os rendimentos pagos aos cotistas INR – os recursos pagos a esses cotistas podem ser, por exemplo, reinvestidos ou compensados com perdas oriundas de outros investimentos, ao que não se tornariam disponíveis aos investidores indiretos.

67. Aliás, na lógica desenvolvida pela Autoridade Fiscal, os rendimentos seriam tributados conforme a residência ou domicílio dos beneficiários finais, ainda que não disponíveis a ele, e, uma vez repatriados, seriam novamente tributados por aqueles investidores indiretos domiciliados no Brasil.

68. As conclusões acima se sustentam seja porque:

(i) o conceito de INR delineado na regulamentação do CMN se limita ao nível do sujeito que detém ativos no Brasil de forma direta, sendo a autonomia patrimonial e a personalidade jurídica institutos consagrados em nosso ordenamento jurídico;

(ii) nos termos do Ato Declaratório Interpretativo nº 5/19, o Requisito de Domicílio deve ser verificado com base na residência ou domicílio do investidor direto, isso é, a entidade ou indivíduo domiciliado no exterior com registro perante a CVM nos termos da Resolução CMN nº 4.373/14;

(iii) o conceito de JTF pressupõe a análise do primeiro nível de investidor, não autorizando análise quanto ao beneficiário econômico dos investimentos, ou a aplicação do conceito de RFP;

(iv) em relação à IN 1.634/16 e IN 1.863/18, (a) o escopo de aplicação da obrigação de identificação do beneficiário final não tem natureza tributária, o que dependeria de lei em sentido formal, mas sim cadastral e informativa, já que a sua criação está associada à iniciativas de combate a ações criminosas; (b) a IN 1.634/16, que primeiro regulou o tema, sequer estava vigente e eficaz para os cotistas nos períodos autuados; (c) a obrigação de identificação do beneficiário final se volta às pessoas físicas com capacidade para controlar ou influenciar significativamente uma entidades e não aqueles que detêm participações minoritárias; e (d) as exceções à obrigação de identificação de beneficiários finais, quando aplicáveis, dispensam a abertura de níveis superiores da cadeia de investimento;

(v) os investidores indiretos domiciliados no Brasil estavam sujeitos a regime de tributação mais oneroso quando da repatriação dos recursos do que se tivessem investido diretamente nos mesmos fundos de investimento; e

(vi) finalmente, inviável a pretensão da Autoridade Fiscal em determinar o regime de tributação com base na residência do investidor indireto ou beneficiário final porque trata-se de renda que pode nunca se tornar disponível, além de revelar regra de impossível cumprimento, em clara violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DOS COTISTAS DOS FIRF-TÍTULOS PÚBLICOS E A CORRETA APLICAÇÃO DO ARTIGO 1º DA LEI Nº 11.312/06

69. Na verdade, depreende-se da análise fiscal que a única estrutura de investimento que faria jus à isenção corresponderia à hipótese em que todos os investidores indiretos dos cotistas não residentes fossem conhecidos, identificados, e comprovadamente residentes no exterior, em país não JTF.

70. Trata-se, portanto, de exigência de produção de prova impossível, como será aprofundado mais adiante. Ademais a eleição, sem amparo legal, do investidor indireto como o sujeito passivo da relação tributária, em razão de quem o tratamento tributário deverá ser definido, traz clara insegurança jurídica para os investidores não-residentes.

71. Tal interpretação enseja claramente uma restrição à aplicação da alíquota zero de IR/Fonte não abarcada pela legislação e que está descasada da própria intenção do legislador na fixação da mencionada alíquota.

72. Portanto, atendido o objetivo do legislador (i.e. ingresso de investimentos externos, resultando em uma melhoria do perfil da dívida pública e nas suas benesses), não há como se admitir a restrição imposta pela Autoridade Fiscal, com base em aspectos que nem sequer se encontram descritos na legislação de regência.

Do TRATAMENTO TRIBUTÁRIO APLICÁVEL AOS FIRF-TÍTULOS PÚBLICOS

73. Com a edição da MP nº 281, de 15 de fevereiro de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.312/0639, foi reduzida à zero a alíquota do IR/Fonte incidente sobre as distribuições de rendimento realizadas para os cotistas INR de fundos de investimento que atendam cumulativamente os seguintes requisitos: (i) invistam pelo menos 98% em títulos públicos (sem compromisso de revenda assumido pelo comprador), (ii) as operações sejam realizadas pelos investidores não residentes domiciliados fora de JTF e de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo CMN (Requisitos de Domicílio e de Conformidade Regulatória), e (iii) se trate de fundo exclusivo de não residentes.

74. Contudo, como também já vimos, a Autoridade Fiscal se utiliza de métodos integrativos, baseados em normas meramente cadastrais, sem força de lei e não vigentes à época, para ampliar o alcance desses requisitos com único objetivo de descabidamente questionar a aplicação da alíquota zero.

75. Desta forma, a interpretação extensiva da Autoridade Fiscal, fruto da utilização indevida de normas cadastrais infralegais não vigentes à época, elege o investidor indireto para definir o tratamento tributário aplicável, por vezes impondo a “Regra Geral” e o “Regime Especial” ao mesmo cotista INR. Isso porque, considera de forma equivocada que o regime de tributação deve ser verificado em razão das características do investidor indireto (por vezes equivocadamente equiparado a beneficiário final, por vezes referenciado como real beneficiário) e não dos cotistas INR, ...

76. Ocorre que, a referência a não residentes feita pelo artigo 1º, § 1º, inciso II da Lei nº 11.312/06, ao restringir a aplicação desses fundos a tais investidores deve ser lida de forma consistente com a definição de INR prevista pela regulamentação do CMN.

77. Repise-se que o citado artigo 111 do CTN40 estabelece que as regras que veiculam regras de desoneração fiscal devem ser interpretadas literalmente. Nesses termos, decidiram os conselheiros do CARF na ocasião do recente Acórdão nº 1302003.082, julgado na sessão de 18 de setembro de 2018. O relator fundamentou sua posição nos termos a seguir:

“A meu sentir, em verdade, ao determinar a interpretação ‘literal’ das normas concessivas de benefícios fiscais, o CTN, pretendeu, vejam bem, uma “neutralidade” da interpretação. No meu entendimento, portanto, o que a lei complementar tributária, ex rationa e materiae, impõe, através do citado art. 111, seria a vedação ao alargamento da hipótese da norma isentiva (mediante analogia

ou interpretação extensiva), bem como a proibição de, mediante métodos integrativos, restringir-se o seu alcance... a interpretação, insista-se, buscará o sentido exato da norma, sem aumentar ou reduzir o seu espectro de atuação”.

78. Interpretação diversa admitiria se tratar de uma regra de impossível cumprimento: o administrador não possui ingerência sobre os níveis superiores da cadeia de investimento acima do seus cotistas, nem a capacidade de evitar que transferências de participações indiretas ocorram e, portanto, de evitar que a exclusividade indireta seja prejudicada.

79. Repise-se: ainda que o administrador pudesse garantir que no momento de constituição do FIRF-Títulos Públicos não havia nenhum investidor indireto ou beneficiário final domiciliado no Brasil, no segundo seguinte a diligência feita já poderia não mais refletir a realidade.

80. Logo, não há que se cogitar interpretação segundo a qual todos os cotistas perderiam direito à aplicação da alíquota zero por fato alheio ao controle dos cotistas e do próprio administrador – interpretação contrária conviveria com a possibilidade de a Lei ter criado um tratamento tributário de impossível cumprimento.

SUBSIDIARIAMENTE: OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DADA A CONTAMINAÇÃO DE INVESTIDORES INDIRETOS ELEGÍVEIS AO REGIME ESPECIAL

81. A par das considerações acima, há que se destacar que o regime de tributação dos cotistas proposto pela Autoridade Fiscal, implicou em, de um lado, tributar à alíquota de 15% à parcela dos investidores indiretos elegíveis ao que se chamou de Regime Especial (investidores indiretos domiciliados no exterior fora de JTF), e, de outro, às alíquotas regressivas de 22,5% a 15% a parcela de investidores indiretos sujeitos ao Regime Geral (investidores indiretos domiciliados no Brasil ou em JTF).

82. De acordo com o princípio da razoabilidade, o Estado não pode impor obrigações, vedações ou sanções aos administrados em medida oblíqua ao necessário para atender o interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins constitucionalmente estabelecidos.

83. Fica evidente, por todo o exposto, que a desconsideração da aplicação da alíquota zero para os investidores indiretos ou beneficiários finais que tiveram o cumprimento dos requisitos integralmente reconhecidos (aqueles classificados sob o Regime Especial) é medida desproporcional, porque não se mostra adequada ou necessária, e irrazoável.

ASPECTOS ESPECÍFICOS DAS ESTRUTURAS DE INVESTIMENTO DOS FIRF-TÍTULOS PÚBLICOS ABORDADAS NO TVF

DA CORRETA APLICAÇÃO DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 11.312/06

84. Em seguida, será abordada a interpretação literal (conforme determina o artigo 111 do CTN), da regra prevista no artigo 3º da Lei 11.312/06, em especial naquilo que diz respeito à observância do Teste dos 40% (adiante definido e detalhado), para o fim de se demonstrar que a Autoridade Fiscal exorbitou os limites legais, ao partir da equivocada premissa de que os cotistas INR estariam qualificados como entidades reciprocamente coligadas em função de uma relação de controle comum e/ou da confusa argumentação de que os cotistas dos respectivos FIP formariam um “grupo econômico de fato por coligação” comandado pelos Gestores daqueles fundos, devendo, portanto, agregar suas participações no correspondente FIP para atestar o cumprimento do Teste dos 40%.

O FIP – CONTORNOS REGULATÓRIOS E O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DOS COTISTAS

85. Nos termos da regulamentação aplicável,60 os FIP são veículos de investimento constituídos sob a forma de condomínio fechado (ou seja, não admitem resgate a critério de seus investidores), que devem ter sua carteira composta por ações, bônus de subscrição, debêntures simples, outros títulos e valores mobiliários

conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias abertas ou fechadas, bem como títulos e valores mobiliários representativos de participação em sociedades limitadas, respeitados os limites definidos nas regras fiscais e regulatórias aplicáveis.

86. Contudo, a fruição deste incentivo fiscal pressupõe o cumprimento de uma série de requisitos referentes a composição da carteira do FIP – que passam ao largo da discussão travada nesta Impugnação porque restaram inquestionados –, bem como das seguintes condições:

- O INR deve investir no Brasil de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo CMN, a saber, a Resolução nº 4.373/1461 (Requisito de Conformidade Regulatória, explorado acima);
- O INR não pode ser residente ou domiciliado em país que não tribute a renda, ou que a tribute a alíquota inferior a 20% (vinte por cento), isto é, JTF62 (o Requisito de Domicílio, explorado acima); e
- O INR titular de cotas do FIP, não pode deter, isoladamente ou em conjunto com pessoas ligadas que também sejam cotistas do FIP, cotas que representem 40% ou mais da totalidade das cotas emitidas pelo FIP (“Teste Formal”) ou cotas que, isoladamente ou em conjunto com pessoas ligadas, lhe deem direito ao recebimento de rendimento superior a 40% do total de rendimentos distribuídos pelo FIP (“Teste Econômico”, e em conjunto com o Teste Formal, “Teste dos 40%”);

87. No caso em epígrafe, a Autoridade Fiscal argumenta não ter havido o cumprimento do Teste dos 40%, na medida em que os cotistas não residentes seriam pessoas ligadas por supostamente configurarem coligação indireta ou recíproca decorrente do controle comum dos Gestores e/ou da suposta caracterização de um “grupo econômico de fato por coligação” (???), razão pela qual suas participações deveriam ser agregadas e, como tal, resultariam excedentes ao limite de 40%, fundamento que teria levado à cobrança do IR/Fonte à alíquota de 15%.

88. Além disso, a Autoridade Fiscal também questiona a aplicação da alíquota zero prevista no artigo 3º da Lei nº 11.312/06 aos cotistas INR de FIP sob a alegação de suposto descumprimento o Requisito de Domicílio em razão da existência de investidores indiretos domiciliados em JTF e no País, ainda que em parcela imaterial, temática já exaustivamente endereçada no Tópico IV.1.

O TESTE DOS 40% NA LEI Nº 11.312/06

89. Importante notar que o dispositivo legal aplicável define o Teste dos 40%, em ambas as dimensões, na perspectiva do cotista, o titular de cotas. Não bastasse a clareza do termo cotista, o legislador complementou o sentido da norma com a locução “titular de cotas”, a denotar uma especial preocupação com a realização do Teste dos 40% no nível do cotista que investe diretamente no País.

90. O dispositivo traz, igualmente nesse ponto, um conteúdo antielisivo, ao determinar que as participações do cotistas não residentes, titulares de cotas, sejam consideradas em conjunto quando os cotistas forem partes ligadas. E, para eliminar subjetividades que pudessem existir na combinação de participação detida pelo cotista, titular de cotas, e outros cotistas, titulares de cota, que fossem partes ligadas entre si, o § 2º do referido dispositivo legal trouxe um conceito específico de parte ligada, que deve ser devidamente observado.

“§ 2º Para efeito do disposto no inciso I do § 1º deste artigo, considera-se pessoa ligada ao cotista: I - pessoa física: a) seus parentes até o 2º (segundo) grau; b) empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o 2º (segundo) grau; c) sócios ou dirigentes de empresa sob seu controle referida na alínea b deste inciso ou no inciso II deste artigo; II - pessoa jurídica, a pessoa que seja sua controladora,

controlada ou coligada, conforme definido nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976”.

91. Como se vê da disposição expressa daquele dispositivo, em se tratando de cotista qualificado como pessoa jurídica, deve se entender por pessoas ligadas ao cotista qualquer outro cotista, pessoa jurídica, que seja seu controlador, seu controlado ou seu coligado, devendo ser observada a definição da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei da Sociedade por Ações – “LSA”), que, especificamente no que diz respeito aos conceitos de “controlada” e “coligada”, assim dispõe:

“Art. 243 (...) § 1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. § 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

§ 3º A companhia aberta divulgará as informações adicionais, sobre coligadas e controladas, que forem exigidas pela Comissão de Valores Mobiliários. § 4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la. § 5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la”.

92. Contudo, reitera-se, a presente acusação fiscal deliberadamente desvirtuou a aplicação do conceito de parte ligada ora analisado, de forma a adicionar nova hipótese não prevista no texto legal, assumindo como premissa que cotistas sob suposto controle comum de fato por uma terceira pessoa jurídica (que não é cotista, titular de cotas), alegadamente integrantes do que se entendeu ser um “grupo econômico de fato”, fossem considerados partes ligadas para fins do cumprimento do Teste dos 40%, em uma suposta configuração de coligação indireta, linha interpretativa que representa clara extrapolação da legalidade estrita, princípio condutor do sistema tributário.

93. Pelo contrário, pois especificamente nos casos envolvendo cotista pessoa jurídica, tal como no caso sob análise, referida regra não deixa margem para interpretações diversas ao incluir como partes ligadas tão somente o cotista que seja controlador de outro cotista, o cotista que seja controlado por outro cotista e o cotista que tenha participação em outro cotista que lhe confira influência significativa a caracterizar investimento em coligada conforme definição da legislação societária.

94. Ao contrário do que tenta argumentar a Autoridade Fiscal de forma absolutamente descabida, a legislação não faz qualquer referência aos casos de cotistas sob “coligação indireta” através da suposta influência significativa exercida por um Gestor, o qual criaria um grupo econômico de fato sob controle comum – conceito criado pela Autoridade Fiscal e carente de qualquer fundamentação legal adequada.

95. Considerando-se o exposto, mais uma vez conclui-se que a Autoridade Fiscal extrapolou os limites das normas que concedem o benefício fiscal em comento, ao buscar incluir no conceito de cotistas pessoas ligadas, cotistas considerados sob “controle comum”, assumindo como premissa que cotistas sob suposto controle comum de fato por uma terceira pessoa jurídica (que não é cotista, titular de cotas), alegadamente integrantes do que se entendeu ser um “grupo econômico de fato”, fossem considerados partes ligadas para fins do cumprimento do Teste dos 40%, em uma suposta configuração de coligação indireta, em evidente desacordo com as disposições legais sobre o tema.

O TESTE FORMAL E A AUSÊNCIA DE PESSOAS LIGADAS NO CASO DOS AUTOS

96. De fato, tal conceito de controle, expresso no artigo 243 da Lei nº 6.404/76, como será abordado a seguir, é detalhado pelas regras constantes do Pronunciamento Técnico do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (“CPC”) nº 36 (“CPC 36”), devidamente aprovado pela CVM, e incorporado ao ordenamento societário vigente, nos termos do artigo 177 da Lei nº 6.404/76, na redação dada pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007.

97. Nesta linha, adiante será demonstrado que o conceito de controle que interessa à presente análise pressupõe a existência de direitos de sócio (decorrente de titularidade de participação societária) que lhe assegurem de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores, não devendo tal conceito ser confundido, em qualquer hipótese, com os poderes que os Gestores têm para conduzir uma tese de investimento nos limites de seus mandatos, ou à remuneração que o Gestores possam fazer jus em decorrência dos serviços prestados e do retorno financeiro entregue aos Sócios Investidores, tal como sustentou a Autoridade Fiscal.

98. Por sua vez, tampouco se pode perder de vista a fundamental distinção do conceito de coligação que interessa à presente análise, o qual pressupõe a existência de influência significativa sobre uma sociedade investida (sobre a qual se tenha participação societária que lhe confira poder de ingerência) que garanta o poder de participar nas decisões financeiras e operacionais da investida, não se confundindo, em nenhuma hipótese, com a simples circunstância de que os Investidores contrataram os mesmos Gestores para conduzir seus investimentos.

99. Ou seja, o papel que os Gestores exercem nas estruturas de investimento em questão não é decorrente de sua condição como sócio, e sim decorrente de um acordo de prestação de serviços, devendo ser equiparado ao papel do gestor fiduciário de que trata a Instrução CVM nº 558, de 26 de março de 2015 (“ICVM 558/15”), independentemente da forma como a relação entre os Gestores e os Sócios Investidores foi organizada no exterior, razão pela qual não há que se cogitar a existência de controle comum ou de coligação no caso sob análise, como será mais bem demonstrado adiante.

O CONCEITO DE CONTROLE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

100. Ocorre que, como será demonstrado, a interpretação da expressão “controle comum” proposta pela Autoridade Fiscal não traduz o conceito de controle na perspectiva do direito brasileiro, mais especificamente aquele previsto no artigo 243 da Lei nº 6.404/76, tal como expressamente referenciado pela Lei nº 11.312/06.

101. Nesse sentido, o artigo 243, § 2º da Lei nº 6.404/76, inserto na seção que trata das “Informações no Relatório de Administração”, trata dos conceitos de sociedade controlada, assim dispondo que:

Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício. § 1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. § 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

102. Como se pode depreender a partir da leitura do artigo 243, para existência de relação de controle societário, exige-se que a dita controladora detenha direitos de sócio sobre a entidade controlada que lhe assegurem (i) a preponderância nas deliberações sociais e (ii) o poder de eleger a maioria dos administradores.

103. Isso é, o poder de decisão e gestão sobre os atos e deliberações sociais do acionista controlador deve decorrer dos direitos de sócio – e não, em contraposição, de uma relação de prestação de serviços e de poderes que porventura sejam delegados nessa relação.

104. Muito embora à primeira vista a questão possa trazer alguma perplexidade (afinal como aplicar regra de direito societário brasileiro a estruturas de investimento reguladas pelo direito estrangeiro?), a questão se resolve de maneira singela quando se constata que o conceito de controle constante em nosso ordenamento societário é detalhado e complementado pelas normas das IFRS idealizadas justamente sob um ângulo multi-jurisdicional, como já introduzido no tópico anterior.

105. Ressalte-se que a Lei nº 11.312/06 referencia os parágrafos do artigo 243, dispositivo inserido no Capítulo que trata das Sociedades Coligadas, Controladoras e Controlada, mais especificamente na seção que trata das informações a serem divulgadas pela administração das companhias, inclusive a consolidação de demonstrações financeiras, denotando-se a inegável vinculação à normatização contábil incorporada à legislação societária.

106. Na mesma seção encontram-se os artigos 249 e 250 que tratam das demonstrações financeiras consolidadas que devem ser apresentadas pela sociedade controladora, as quais devem ser elaboradas em conformidade com as IFRS, conforme incorporadas no ordenamento jurídico pelas regras editadas pela CVM que aprovam os pronunciamentos do CPC, nos termos do artigo 177, § 5º da Lei nº 6.404/76.

107. Nesse sentido, a noção de controle societário que norteia o regramento contábil para a consolidação de balanço – que, vale repisar, privilegia a substância dos arranjos existentes entre as diversas partes envolvidas, e não a forma, sendo, portanto, muito mais ampla do que qualquer conceito eminentemente formal contido na legislação até então – pressupõe (além de um direito de sócio por participação societária) a exposição ao retorno variável do investimento, como se verá adiante.

108. Nos termos do CPC 36, na determinação da existência de controle deve-se verificar o atendimento a determinadas condições, com especial atenção aos retornos dos investidores e à relação entre poder e esses retornos, de modo a afirmar que não há controle quando o exercício do poder de gestão e direção é delegado, vejamos:

109. Mais adiante, especificamente tratando dos casos envolvendo a relação entre poder e retornos, o CPC 36 prevê de forma clara a necessidade de verificar a existência do denominado poder delegado, sendo esse um dos fatores para a verificação de controle de determinada companhia.

110. Assim, segundo as previsões dos itens B58 a B61, deve ser avaliado se o investidor com tomada de decisões é considerado como (i) principal; ou (ii) agente

111. Nesse sentido, assim podem ser classificados os investidores, nos termos apresentados pelo CPC 36:

(i) investidor principal (controlador): aquele que possui não apenas poder sobre a investida e exposição a, ou direitos sobre retornos variáveis decorrentes de seu envolvimento com a investida, mas também a capacidade de usar seu poder para afetar seus retornos decorrentes de seu envolvimento com a investida. Neste caso, o investidor possui controle sobre a investida; e

(ii) investidor agente: exerce direitos de tomada de decisões a ele delegados. Neste caso, o investidor não possui controle sobre a investida.

112. Ora, de forma a ilustrar esses casos, o CPC 36 apresenta determinados exemplos para elucidar em quais casos será verificada a existência (ou não) de

controle (i.e., em quais hipóteses se está diante de um investidor principal ou de um investidor agente).

113. A conclusão específica para o exemplo 14A evidencia a sua adequação ao caso dos Gestores e a impossibilidade de serem vistos como controladores dos cotistas não residentes, titulares de cotas dos FIP, in verbis:

“O investimento de 2% do gestor do fundo aumenta sua exposição à variabilidade de retornos decorrentes das atividades do fundo, sem criar exposição de importância tal que indique que o gestor do fundo é o principal. Os direitos dos demais investidores de destituir o gestor do fundo são considerados como sendo direitos de proteção, uma vez que somente podem ser exercidos em caso de quebra de contrato. Neste exemplo, embora o gestor do fundo tenha ampla autoridade de tomada de decisões e esteja exposto à variabilidade de retornos de sua participação e remuneração, sua exposição indica que ele é o agente. Assim, o gestor do fundo conclui que não controla o fundo”.

114. Impossível, portanto, confundir os Gestores com a figura de sociedade controladora de que trata o artigo 243 da Lei nº 6.404/76, já que eles claramente se qualificam como agentes mandatários dos Sócios Investidores, nos termos do CPC 36, agindo em seu benefício e para maximização dos recursos por ele investidos.

115. Tendo em vista as considerações acima expendidas, nos casos em referência, temos que (a) os Gestores atuam estritamente nos termos de mandato com amplo poder discricionário para tomada de decisões, conforme negociado junto aos Sócios Investidores; (b) os direitos protetivos dos Gestores (por exemplo, hipóteses de destituição com ou sem causa) são típicos desse tipo de estrutura de investimento; (c) em nenhum dos casos sob análise os Gestores detêm participação significativa (muito inferior a 20%) nas entidades sob sua gestão, e (d) a taxa de performance (carried interest) contratada não supera 20% do que exceder o retorno (hurdle) almejado pelos Sócios Investidores.

O CONCEITO DE COLIGADA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

116. Assim, para verificação da existência de coligação, não importa se o fundo é um condomínio registrado na CVM, se o investidor cotista é uma empresa sediada no Canadá, constituída na forma de Limited Partnership (LP), ou nos Estados Unidos, registrada como Limited Liability Company (LLC), ou se o administrador também está localizado no exterior, sob qualquer forma de constituição, ou se o gestor do fundo é uma empresa nacional. Importa é a verificação da existência de influência significativa sobre o conjunto das entidades cotistas do fundo de investimento, a caracterizar ou não um grupo econômico de fato com concentração de cotas. Havendo a coligação com participação superior a 40% das cotas ou no recebimento de rendimentos, impedido está o gozo da alíquota zero”. (fls. 75-76 do TVF)

117. O item 5 do CPC 18 prevê que se o investidor mantém direta ou indiretamente 20% ou mais do capital da investida, a influência significativa é presumida. Por outro lado, se o investidor detém menos de 20% presume-se que ele não tem influência significativa, a menos que essa influência possa ser claramente demonstrada.

“5. Se o investidor mantém direta ou indiretamente (por meio de controladas, por exemplo), vinte por cento ou mais do poder de voto da investida, presume-se que ele tenha influência significativa, a menos que possa ser claramente demonstrado o contrário. Por outro lado, se o investidor detém, direta ou indiretamente (por meio de controladas, por exemplo), menos de vinte por cento do poder de voto da investida, presume-se que ele não tenha influência significativa, a menos que essa influência possa ser claramente demonstrada. A propriedade substancial ou majoritária da investida por outro investidor não necessariamente impede que um investidor tenha influência significativa sobre ela”.

118. No entanto, uma análise mais atenta do texto legal evidencia que a própria noção de coligação não prescinde da existência de participação societária relevante – desde que não caracterize controle. A alteração promovida pela Lei nº 11.941/09 em nenhum momento cogitou introduzir no ordenamento jurídico a figura da coligação sem qualquer participação societária, da forma como pretende a Autoridade Fiscal.

119. Transpondo para o caso dos autos, seria preciso que um dos cotistas exercesse influência sobre o outro (em uma relação de cotista investidor e de cotista investido) para que se pudesse considerar que estão vinculados por relação de coligação, sendo desimportante, para esse fim, o papel desempenhado pelo gestor.

120. Não por acaso, o caput do artigo 243 se utiliza da expressão “investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas” – denotando obviamente a necessária existência de participação societária da companhia em sua coligada e/ou controlada. No mesmo sentido, destacam-se as referências dos §§ 1º, 4º e 5º às expressões “investidora” e “investida” ao tratar especificamente da investidora coligada que possua influência significativa na investida.

121. Nesse sentido, ao tratar da perda de influência significativa, o item 9 do CPC 18 expressamente afirma que a perda da influência pode ocorrer com ou mudança da participação acionária, ou seja, a participação acionária é pressuposto da existência da influência para os fins da norma contábil:

“9. A entidade perde a influência significativa sobre a investida quando ela perde o poder de participar nas decisões sobre as políticas financeiras e operacionais daquela investida. **A perda da influência significativa pode ocorrer com ou sem mudança no nível de participação acionária absoluta ou relativa.** Isso pode ocorrer, por exemplo, quando uma coligada torna-se sujeita ao controle de governo, tribunal, órgão administrador ou entidade reguladora. Isso pode ocorrer também como resultado de acordo contratual”.

122. Ou seja, sem participação societária ou outra forma de investimento sequer há de se cogitar de qualquer relação contida no escopo do CPC 18, seja de controle, seja de coligação. Logo, o fato de os cotistas compartilharem o mesmo Gestor não pode ser capaz de induzir uma relação de coligação entre eles.

123. Por fim, considerando os argumentos sobre controle e coligação expendidos neste tópico e no anterior, cabe ainda uma distinção relevante: mesmo que houvesse controle exercido pelo Gestor, que não se cogita, como se viu linhas acima, tal fato não seria suficiente para configuração de coligação, ao contrário do que afirma a Autoridade Fiscal ao indicar uma suposta “estrutura de investimento com concentração dos investidores, por coligação e controle entre as empresas” (fl. 74 do TVF).

O CONCEITO DE GRUPO ECONÔMICO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

124. Especificamente quanto ao grupo econômico, afirma a Autoridade Fiscal que:

“Por estarem dentro do conceito de grupo de fato, não há limitação à localização geográfica, se no País ou no exterior, da sociedade que exerce a influência, aquela que detém o comando, sobre a situada em território nacional, ao contrário dos grupos de direito que exige que a sociedade que exerce o comando seja nacional” (g.n.)

125. Para tanto, justifica seu raciocínio com base na Instrução CVM nº 555, de 17 de dezembro de 2014 (“ICVM 555”):

“Nos termos do art. 1º, XXXI, da Instrução CVM nº 555/2014, grupo econômico, em se tratando de fundos de investimento, é definido como conjunto de entidades controladoras diretas ou indiretas, controladas, coligadas ou submetidos a controle comum. Portanto, também em âmbito normativo da CVM, o reconhecimento de que entidades coligadas ou

submetidas a controle comum formam um grupo econômico, ou seja, um grupo de fato formado sob a influência significativa de uma entidade na condição de comando das demais”. (g.n)

126. Ainda que tal dispositivo fosse aplicável ao caso, já se demonstrou inexistir relação de controle e coligação entre os cotistas, assim como se demonstrou que os cotistas INR não estavam sob controle comum do Gestor, nos termos do conceito previsto no artigo 243 da Lei nº 6.404/76, referenciado pela Lei nº 11.312/06.

127. Por outro lado, ainda que houvesse no ordenamento um conceito claro e uníssono do que seja considerado um grupo econômico, muito menos de grupo econômico de fato, jamais se poderia admitir que a vaga indicação de existência de um grupo econômico seja considerada suficiente para fins de caracterização dos cotistas como partes ligadas para fins do Teste dos 40%, em vista da necessária interpretação literal (conforme determina o artigo 111 do CTN) da regra prevista no artigo 3º da Lei 11.312/06.

128. Nesse sentido, é relevante mencionar a manifestação da RFB no Parecer Normativo nº 4, de 10 de dezembro de 2018, que, examinando o conceito de grupo econômico, ainda que para outros fins (de responsabilização tributária solidária prevista no artigo 124 do CTN), afirmou que o conceito de grupo econômico deve ser lido com cuidado, não podendo ser indistintamente aplicado a qualquer situação:

CONCLUSÃO PARCIAL

129. Diante do exposto, conclui-se que a tese defendida pela Autoridade Fiscal não pode prosperar, eis que:

(a) Alcance do Teste dos 40%: em suas duas dimensões (Teste Formal e Teste Econômico) o Teste dos 40% deve ser direcionado ao cotista titular de cotas do FIP, devendo ser agregadas as participações dos cotistas titulares de cotas que sejam considerados como partes ligadas. Para esse fim, a definição de partes ligadas expressamente prevista na Lei nº 11.312/06 abrange cotista que seja controlador de outro cotista, cotista que seja controlado por outro cotista ou cotista que tenha participação de coligação em outro cotista, devendo ser aplicados os conceitos de sociedade controladora, sociedade controlada e sociedade coligada previstos no artigo 243 da Lei nº 6.404/76);

(b) Cotistas sob Controle Comum: o conceito de partes ligadas previsto na Lei nº 11.312/06 não inclui cotistas sob controle comum de sociedade que não seja cotista do FIP;

(c) Conceito de Sociedade Coligada: deve ter como ponto de partida o artigo 243 da Lei nº 6.404/76, e que não prescinde da existência de uma relação de investimento com outorga de direitos políticos entre investidora e investida, o que não ocorre entre os cotistas pelo simples fato de compartilharem o mesmo Gestor;

(d) Conceito de Grupo Econômico: o conceito de partes ligadas previsto na Lei nº 11.312/06 não inclui cotistas que integrem um mesmo grupo econômico. Ainda que assim não fosse, para a caracterização de um grupo econômico deve haver um mínimo interesse econômico comum e organizado entre as partes e uma relação societária de controle ou coligação (inexistente no presente caso).

6. Em primeira instância a Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares de nulidade e, no mérito, deu provimento a impugnação para exonerar integralmente o crédito tributário exigido. Devido à exoneração integral do crédito tributário constituído não houve interposição de recurso voluntário, apenas recurso de ofício.

7. Em razões do recurso de ofício, a Fazenda Nacional requer o provimento ao recurso de ofício para que:

(a) mantenha-se o lançamento do IRRF sobre os ganhos oriundos dos FIP analisados, uma vez que não restou atendida a regra de pulverização exigida pelo legislador para gozo da alíquota zero e

(b) se reconheça a omissão do julgado *a quo* em relação à fundamentação do lançamento concernente à ausência de materialidade das sociedades constituídas na jurisdição de Delaware, estado-membro dos EUA, aliada ao exame da cadeia de investidores que é formada apenas por entidades situadas em paraíso fiscal ou no Brasil, determinando-se o retorno do feito para conhecimento do auto de infração quanto a essa fundamentação.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior, Relator.

8. Em razão de o crédito exonerado deste feito superar o limite de alçada de R\$15.000.000,00, nos termos do art. 1º da Portaria MF nº 2, de 2023, conheço do recurso de ofício.

Mérito

9. Cinge-se a controvérsia a verificar se o contribuinte se utilizou indevidamente da alíquota zero em relação à tributação do IR-Fonte.

10. A Procuradoria da Fazenda Nacional, após discorrer sobre a matéria, apresentou as seguintes razões com vistas a manter o lançamento:

II.1.7.1 Fundos ligados ao Grupo Victoria

Uma vez que o conteúdo atribuído ao conceito de investidor(a)/investida não resiste ao exame sistemático da legislação, deve ser afastada a interpretação restritiva adotada. E uma vez afastada essa exegese, atribuindo-se à noção de investidor significado compatível com as demais normas, a conclusão inarredável é no sentido de que as quotistas dos dois fundos do Grupo Victória guardavam entre si relação de coligação, pois todas eram Limited Partnerships que possuíam a mesma General Partner, a quem cumpria a tomada de decisões com ampla autonomia, caracterizando-se assim influência significativa, como bem assinalado pela fiscalização. Por conseguinte, não é aplicável o benefício fiscal da alíquota zero, uma vez que o critério de pulverização não foi atingido.

Impõe-se, destarte, a reforma da decisão recorrida no ponto.

II.1.7.2 Fundos ligados ao Grupo Vinci

O exposto, todavia, basta para que se configure a coligação entre os detentores de mais de 40% das quotas dos três fundos administrados pela VINCI sob análise, afastando, destarte, o direito ao benefício fiscal previsto no art. 3º, caput da Lei n. 11.312/06. Por essa razão, impõe-se a reforma da decisão recorrida, mantendo-se o lançamento neste tocante.

II.1.7.3 Das pessoas ligadas ao AKANGATU FIP

Assim, fica evidente que as mesmas pessoas físicas eram as responsáveis pela gestão das quotistas do AKANGATU FIP, caracterizando “intercâmbio de administradores e gerentes” na forma do item 5 do PT CPC 18, bem como a “participação nos processos de elaboração de políticas, inclusive decisões sobre dividendos e outras distribuições”, pois essas mesmas pessoas eram também administradoras das entidades que figuravam no topo da cadeia de investimentos. Por consequente, há que se reconhecer essa forma de influência significativa e a consectária caracterização das três quotistas como pessoas coligadas na forma do art. 243, §§1º e 4º da LSA.

A partir dos fundamentos expostos nas seções antecedentes, seguida do cotejo dos comandos legais com as estruturas criadas pelos Grupos Victória, Vince e Polo, resta demonstrada a sobejo a relação de coligação entre as quotistas dos fundos VSAP11, VSAP21, VINCI II FIP, VINCI II A FIP, VINCI II B FIP e AKANGATU respectivamente.

Por consequente, se afasta o direito ao gozo do benefício fiscal, consoante previsão do art. 3º, §1º, I, da Lei n. 11.312/06, impondo-se, nesta parte, a reforma da decisão alvo de recurso de ofício para determinar a manutenção do lançamento do IRRF sobre os recursos cujos beneficiários foram os quotistas desses fundos.

II.1.8 Da adequada interpretação do conceito de pessoas ligadas no art. 3º, §1º, I, da Lei n. 11.312/06.

[...] resta evidente que os Fundos de Investimento examinados nas seções acima, além de não passarem no teste de pulverização **porque os quotistas do FIP guardam relação de coligação entre si, também não passam no teste porque estão submetidos a controle comum**, pois são as mesmas casas de private equity, inclusive as mesmas pessoas física gestoras, que exercem o poder de controle sobre os Fundos.

O exposto nesta subseção torna manifesto que a interpretação adotada pela DRJ não pode subsistir por tornar inócua a previsão legislativa, permitindo que o critério de pulverização seja burlado por simples separação formal dos investimentos, tal como se deu nos casos acima examinados.

11. Vejamos a legislação sobre o tema.

LEI Nº 11.312, DE 27 DE JUNHO DE 2006.

Art. 1º Fica **reduzida a zero a alíquota** do imposto de renda incidente sobre os rendimentos definidos nos termos da alínea "a" do § 2º do art. 81¹ da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, produzidos por títulos públicos adquiridos a partir de 16 de fevereiro de 2006, quando pagos, creditados, entregues ou remetidos a **beneficiário residente ou domiciliado no exterior, exceto em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento)**.

§ 1º O disposto neste artigo:

I - aplica-se exclusivamente às operações realizadas de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional;

II - aplica-se às cotas de fundos de investimentos exclusivos para investidores não-residentes que possuam no mínimo 98% (noventa e oito por cento) de títulos públicos;

¹ Lei 8.981/95: **Art. 81.** Ficam sujeitos ao Imposto de Renda na fonte, à alíquota de dez por cento, os rendimentos auferidos: [...] § 2º Para os efeitos deste artigo, consideram-se: a) rendimentos: quaisquer valores que constituam remuneração de capital aplicado, inclusive aquela produzida por títulos de renda variável, tais como juros, prêmios, comissões, ágio, deságio e participações nos lucros, bem como os resultados positivos auferidos em aplicações nos fundos e clubes de investimento de que trata o art. 73;

III - não se aplica a títulos adquiridos com compromisso de revenda assumido pelo comprador.

[...]

Art. 3º Fica reduzida a **zero a alíquota** do imposto de renda incidente sobre os rendimentos auferidos nas aplicações em fundos de investimento de que trata o art. 2º desta Lei **quando pagos, creditados, entregues ou remetidos a beneficiário residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras no País de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.**

§ 1º O benefício disposto no caput deste artigo:

I - **não será concedido ao cotista titular de cotas que, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, represente 40%** (quarenta por cento) ou mais da totalidade das cotas emitidas pelos fundos de que trata o art. 2º desta Lei ou cujas cotas, isoladamente ou em conjunto **com pessoas a ele ligadas**, lhe derem direito ao recebimento de **rendimento superior a 40% (quarenta por cento) do total de rendimentos auferidos pelos fundos;**

II - não se aplica aos fundos elencados no art. 2º desta Lei que detiverem em suas carteiras, a qualquer tempo, títulos de dívida em percentual superior a 5% (cinco por cento) de seu patrimônio líquido, ressalvados desse limite os títulos de dívida mencionados no § 4º do art. 2º desta Lei e os títulos públicos

III - não se aplica aos residentes ou domiciliados em país que não tribute a renda ou que a **tribute à alíquota [sic] máxima inferior a 20%** (vinte por cento).

§ 2º Para efeito do disposto no inciso I do § 1º deste artigo, **considera-se pessoa ligada ao cotista:**

[...]

II - pessoa jurídica, a pessoa que seja sua controladora, controlada ou coligada, conforme definido nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

12. Como se vê, de acordo com os arts. 1º, § 1º e 3º da Lei nº 11.312/06 a alíquota do IR-Fonte fica reduzida a zero no caso de o investidor residente ou domiciliado no exterior (INR – investidor não residente) atender, de forma cumulativa, os seguintes requisitos:

- i) não ser residente ou domiciliado em jurisdição de tributação favorecida (JTF) (país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a 20%);
- ii) realizar operações financeiras no País de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo CMN;
- iii) as cotas de fundos de investimentos exclusivos para investidores não-residentes (INR) devem possuir mínimo 98% de títulos públicos.

13. Por outro lado, o benefício da alíquota zero não será concedido nos seguintes casos:

- i) o cotista titular de cotas que, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele **ligadas**, represente 40% ou mais da totalidade das cotas dos fundos **ou** isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele **ligadas**, lhe derem direito ao

recebimento de rendimento superior a 40% dos rendimentos dos fundos;

ii) os fundos detiverem em suas carteiras títulos de dívida em percentual superior a 5% (cinco por cento) de seu patrimônio líquido;

iii) residentes ou domiciliados em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20%.

14. No caso de não cumprimento dos requisitos estabelecidos na Lei 11.312/2006 o benefício da alíquota zero deve ser afastado e o IR-Fonte cobrado nos termos da regra geral ou da regra especial, conforme o caso.

15. A Lei definiu ainda que o conceito de pessoa **ligada** deve ser analisado com conforme definido nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404/76, qual seja:

Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

§ 1º São **coligadas** as sociedades nas quais a investidora **tenha influência significativa**. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

[...]

§ 4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º É presumida **influência significativa** quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

16. Segundo os arts. 28, 32² e 33, da Lei nº 9.532/1997 e do art. 16, § 1º, da MP 2.189-49/2001, o administrador do Fundo de investimento é o responsável pela retenção e recolhimento do IRRF incidente sobre os rendimentos auferidos pelos beneficiários do Fundo.

17. De acordo com o entendimento da autoridade fiscal, o art. 8º, das IN RFB 1.634/2016 e IN RFB 1.863/2018, estabeleceu a obrigatoriedade de identificação de toda cadeia societária dos beneficiários de fundos de investimento.

Art. 8º As informações cadastrais relativas às entidades empresariais e às entidades a que se referem os incisos V, XV, XVI e XVII do caput do art. 4º devem abranger as pessoas autorizadas a representá-las, bem como a cadeia de participação societária, até alcançar as pessoas naturais caracterizadas como beneficiárias finais ou qualquer das entidades mencionadas no § 3º.

18. Aduz que tal disposição é resultado do movimento internacional que prevê a

² Lei 9.532/97. Art. 32. O imposto de que tratam os arts. 28 a 31 será retido pelo administrador do fundo de investimento na data da ocorrência do fato gerador e recolhido até o terceiro dia útil da semana subsequente.

colaboração entre diversos países para permuta de informações tributárias e que o governo brasileiro já firmou diversos acordos neste sentido, como, por exemplo, a Convenção de Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária assinada entre os Estados membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

19. Entende que, para a comprovação de que a não retenção do IR-Fonte pelo administrador ocorreu em cumprimento à lei, seria necessário identificar o real beneficiário do rendimento, o investidor indireto, que não vem a ser outro senão o próprio beneficiário final.

20. O contribuinte, por outro lado, entende que pretender verificar o cumprimento do Requisito de Domicílio com base na residência do investidor indireto é descabida e extrapola a literalidade do quanto previsto pela legislação, em desobediência ao artigo 111, do CTN.

21. Observa que a Autoridade Fiscal não considerou a ocorrência de fraude ou simulação e sequer buscou a desconsideração da personalidade jurídica do INR, limitando-se a argumentar que os recursos utilizados por tal cotista seriam, na verdade, pertencentes aos seus próprios investidores (diretos e indiretos), e que, portanto, estes seriam os efetivos beneficiários de eventuais rendimentos distribuídos pelos FIRF-Títulos Públicos e FIP.

22. Registra que o Poder Executivo e o Poder Legislativo se preocuparam em reforçar a autonomia patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus sócios, reconhecendo o papel da personalidade jurídica como imprescindível para conferir segurança jurídica às relações societárias e de comércio, conforme se pode verificar pelos arts. 49-A e 50, da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, convertida na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que alterou o Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

23. Defende que o beneficiário indireto na cadeia vertical dos cotistas não é peça fundamental para a verificação do adimplemento das condições impostas pela Lei 11.312/2006, vez que:

o escopo de aplicação da obrigação de identificação do beneficiário final não tem natureza tributária, o que dependeria de lei em sentido formal, mas sim cadastral e informativa, já que a sua criação está associada às iniciativas de combate a ações criminosas;

(ii) a IN 1.634/16, que primeiro regulou o tema, sequer estava vigente e eficaz para os cotistas nos períodos autuados;

(iii) a obrigação de identificação do beneficiário final se volta às pessoas físicas com capacidade para controlar ou influenciar significativamente uma entidade e não aqueles que detêm participações minoritárias; e

(iv) as exceções à obrigação de identificação de beneficiários finais, quando aplicáveis, dispensam a abertura de níveis superiores da cadeia de investimento.

24. A decisão recorrida julgou procedentes as alegações do contribuinte no tocante a impossibilidade de considerar o domicílio ou residência de sócios ou titulares das entidades cotistas dos Fundos de investimentos (FIRF e FIP) para fins de avaliação do adimplemento da condição de beneficiário residente ou domiciliado no exterior, com base nos seguintes fundamentos:

Inicialmente, coaduno com o entendimento tanto do fisco quanto da Impugnante acerca da aplicação do art. 111 do CTN para estabelecer a forma de interpretação das regras incidentes sobre a questão. Nesse sentido, dada a necessidade de interpretação literal, reproduzo abaixo as condições para fruição do benefício da alíquota zero determinadas pela Lei 11.312/2006:

Art. 1º Fica reduzida a zero a alíquota do imposto de renda incidente sobre os rendimentos definidos nos termos da alínea "a" do § 2º do art. 81 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, produzidos por títulos públicos adquiridos a partir de 16 de fevereiro de 2006, quando **pagos, creditados, entregues ou remetidos a beneficiário residente ou domiciliado no exterior**, exceto em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento).

§ 1º O disposto neste artigo:

I - Aplica-se exclusivamente às operações realizadas de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo **Conselho Monetário Nacional**;

II - Aplica-se às cotas de fundos de investimentos exclusivos para **investidores não-residentes** que possuam no mínimo 98% (noventa e oito por cento) de títulos públicos;

III - não se aplica a títulos adquiridos com compromisso de revenda assumido pelo comprador.

...

Art. 3º Fica reduzida a zero a alíquota do imposto de renda incidente sobre os rendimentos auferidos nas aplicações em fundos de investimento de que trata o art. 2º desta Lei quando **pagos, creditados, entregues ou remetidos a beneficiário residente ou domiciliado no exterior**, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras no País de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 1º O **benefício** disposto no caput deste artigo:

I - não será concedido ao **cotista titular de cotas** que, isoladamente ou em conjunto com **pessoas a ele ligadas**, represente 40% (quarenta por cento) ou mais da totalidade das cotas emitidas pelos fundos de que trata o art. 2º desta Lei ou cujas cotas, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, lhe derem direito ao recebimento de rendimento superior a 40% (quarenta por cento) do total de rendimentos auferidos pelos fundos;

II - não se aplica aos fundos elencados no art. 2º desta Lei que detiverem em suas carteiras, a qualquer tempo, títulos de dívida em percentual superior a 5% (cinco por cento) de seu patrimônio líquido, ressalvados desse limite os títulos de dívida mencionados no § 4º do art. 2º desta Lei e os títulos públicos;

III - não se aplica aos residentes ou domiciliados em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento).

A literalidade da Lei permite algumas conclusões sobre a definição de quem seria o “beneficiário residente ou domiciliado no exterior”.

Ao citar os termos “residente ou domiciliado” entendo que a Lei já esteja fazendo uma remissão tanto a pessoas naturais (residente/domiciliado) quanto a pessoas jurídicas (domiciliado), deixando claro que o beneficiário do pagamento pode também ser uma

pessoa jurídica e não somente as pessoas naturais indiretamente relacionadas as estas.

Tendo a própria Lei, literalmente, estipulado como condição que o beneficiário destinatário do pagamento seja domiciliado no exterior e que este pode ser uma pessoa jurídica, não parece adequada a interpretação de que o domicílio desta pessoa jurídica deva ser desconsiderado, sem previsão expressa, para fins de reconhecimento do benefício e que se passe a considerar, para fins de adimplemento da condição, o local de residência do titular ou acionista da PJ. Interpretar desta forma daria às condições legais um contorno maior do que o estabelecido literalmente na regra e seria diametralmente oposto a teoria da personalidade jurídica autônoma e independente.

A personalidade jurídica e os direitos inerentes à condição de "proprietário" são questões que competem à esfera do direito privado, sem que a sua definição, conteúdo e alcance possam ser modificados pela legislação tributária, conforme determina o artigo 110 do CTN.

Para examinarmos os efeitos e extensão dos atos praticados por pessoas jurídicas estrangeiras no Brasil, necessário levar em conta a definição, o conteúdo e o alcance de Institutos de direito privado.

As normas que definem a vigência da lei no espaço estão inseridas na Lei de Introdução ao Código Civil ("LICC") que dispõe da seguinte forma em seu art. 7º, conferindo personalidade jurídica às entidades constituídas no exterior:

"Art 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família."

Como se vê, o próprio direito brasileiro assegura a prevalência da legislação do país de residência como sendo aquela competente para determinar o início e o fim da personalidade Jurídica.

Por conseguinte, a qualificação de uma determinada entidade como "pessoa jurídica", com autonomia e legitimidade para figurar como titular de direitos e obrigações, deve ser efetuada conforme o país em que a sociedade tenha sido constituída.

No presente caso a autoridade fiscal não desconsiderou a personalidade jurídica nem os atos praticados pelas entidades cotistas dos fundos. Tampouco foram suscitadas questões envolvendo fraude, dolo ou simulação. Assim sendo, a premissa básica de todo exame será a de legitimidade dos atos de investimentos e, por conseqüência, análise de seus efeitos.

A autoridade fiscal sustenta seu entendimento face a obrigatoriedade de preenchimento completo (informando as pessoas naturais beneficiárias da PJ) do QSA no cadastro do CNPJ estabelecida na IN RFB 1.632/2016.

Ocorre que essa norma não estava em vigor em parte do período da autuação, o que impediria, se fosse o caso, sua aplicação aos fatos geradores anteriores a sua vigência, já que não se trata de norma interpretativa.

Ademais, merece destaque o fato de a norma tratar de assunto diverso do aqui analisado se restringindo a estabelecer obrigações acessórias relacionadas ao cadastro no CNPJ.

Art. 8º As informações cadastrais relativas às entidades empresariais e às entidades a que se referem os incisos V, XV, XVI e XVII do caput do art. 4º devem abranger as pessoas autorizadas a representá-las, bem como a cadeia de participação societária, até alcançar as pessoas naturais caracterizadas como beneficiárias finais ou qualquer

das entidades mencionadas no § 3º.

Não obstante, a própria IN RFB 1.632/2016 dispõe no art. 9º sobre as consequências pelo não cumprimento das regras cadastrais de identificação das pessoas naturais titulares das entidades que menciona, como segue:

Art. 9º - As entidades a que se refere o caput do art. 8º que **não preencherem as informações referentes ao beneficiário final** no prazo solicitado ou que não apresentarem os documentos na forma prevista nos arts. 19 e 20 **terão sua inscrição suspensa** no CNPJ e ficarão impedidas de transacionar com estabelecimentos bancários, inclusive quanto à movimentação de contas-correntes, à realização de aplicações financeiras e à obtenção de empréstimos.

Constato que nos termos da citada norma, seguindo uma lógica punitiva, os efeitos de uma irregularidade cadastral restringiram-se diretamente ao status cadastral da entidade que terá sua inscrição suspensa.

E, mesmo que assim não o fosse, o fato de existir obrigação acessória para identificar as pessoas naturais na cadeia vertical de todas as entidades cadastradas no CNPJ, não permite concluir que o termo “beneficiário residente ou domiciliado no exterior” da Lei 11.312/2006 deva ser interpretado como tais pessoas naturais.

De se acrescentar, ainda, que o MAFON 2013 quando trata dos beneficiários dos rendimentos sujeitos ao IR Fonte, elenca as seguintes figuras abaixo, não havendo qualquer menção a comprovação de beneficiários reais ou finais:

BENEFICIÁRIO

- entidades mencionadas nos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei nº 2.285, de 23 de julho de 1986;
- sociedades de investimento definidas no art. 49 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, de que participem, exclusivamente, investidores estrangeiros;
- carteiras de valores mobiliários, inclusive vinculadas à emissão, no exterior, de certificados representativos de ações, mantidas, exclusivamente, por investidores estrangeiros;
- pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, ou entidade coletiva da qual participem exclusivamente residentes ou domiciliados no exterior;
- pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior que realizem operações em mercados de liquidação futura referenciados em produtos agropecuários, nas bolsas de mercadorias e de futuros.

(RIR/1999, art. 783; MP nº 2.189-49, de 2001, art. 16; MP nº 2.158-35, de 2001, art. 29)

Da mesma forma, o Parecer Normativo COSIT nº 1/2002, ao citar o termo “beneficiário” do IRRF, o define como sendo a pessoa que recebe o valor pago pela fonte pagadora:

Retenção exclusiva na fonte

8. Na retenção exclusiva na fonte, o imposto devido é retido pela fonte pagadora que **entrega o valor já líquido ao beneficiário.**

Ainda, por derradeiro, na mesma linha de entendimento segue a dicção do Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 5/2019 ao dispor estabelecer literalmente, *in verbis*:

Art. 1º A origem do investimento, para fins de aplicação do regime especial de tributação previsto nos artigos 88 a 98 da Instrução Normativa nº. 1.585, de 31 de agosto de 2015, **será determinada com base na jurisdição do investidor direto no País, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.** (grifos do original)

Quanto às definições utilizadas pelo CMN e pela CVM em suas Resoluções ou Instruções

Normativas, mesmo não servindo, salvo disposição legal, para estabelecer a extensão dos efeitos da tributação (o que faculta a autoridade fiscal poderes para buscar as devidas definições nas fontes do direito tributário), percebe-se um alinhamento com as interpretações da RFB:

Resolução CMN nº 4.373/2014

Art. 5º **Para os efeitos desta Resolução** entende-se por:

I - Investidor não residente, individual ou coletivo, as pessoas físicas ou jurídicas, os fundos ou outras entidades de investimento coletivo, com residência, sede ou domicílio no exterior;

Por fim, diante do exposto, julgo procedentes as alegações da Impugnante no tocante a impossibilidade de considerar o domicílio ou residência de sócios ou titulares das entidades cotistas dos Fundos de investimentos (FIRF e FIP) para fins de avaliação do adimplemento da condição de beneficiário residente ou domiciliado no exterior.

25. Em razão de concordar os fundamentos acima, utilizo-os como razão de decidir, com base no art. 114, §12 do Regimento Interno do Carf (Ricarf), Anexo da Portaria MF nº 1634/2023.

DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (FIP)

26. O art. 5º da Instrução CVM nº 578/2016 trata do FIP, nos seguintes termos:

O FIP, constituído sob a forma de condomínio fechado, é uma comunhão de recursos destinada à aquisição de ações, bônus de subscrição, debêntures simples, outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, bem como títulos e valores mobiliários representativos de participação em sociedades limitadas, que deve participar do processo decisório da sociedade investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão.

27. Segundo a autoridade fiscal, os investimentos nos Fundos de Investimento em Participações (FIP) administrados pela BNY MELLON DTVM foram realizados por entidades criadas e controladas por Administradores integrantes dos seguintes Grupos Econômicos: POLO CAPITAL INTERNACIONAL, VICTORIA CAPITAL PARTNERS LP e VINCI PARTNERS.

28. Os recursos investidos provieram de clientes desses grupos. Entretanto, os clientes tiveram papel ativo somente até o momento em que, pela celebração de certos compromissos (Acordos de Subscrição ou documentos equivalentes), decidiram aderir a um dos produtos comercializados por esses grupos. Já quanto aos investimentos realizados com tais recursos, tiveram papel passivo. Os portfólios dos investimentos sequer eram conhecidos quando da celebração dos Acordos de Subscrição. Deles, os clientes, investidores indiretos ou beneficiários finais, participaram apenas indiretamente, através de chamadas de capital quanto às quais não podiam esquivar-se. As estruturas usadas nos investimentos foram implementadas pelos correspondentes grupos gradativamente, à medida que identificadas as oportunidades de negócios.

29. Aduz a autoridade fiscal que através de estruturas societárias que criaram, e que mantêm sob seu controle, esses Administradores, sem qualquer intervenção dos clientes,

realizaram investimentos e desinvestimentos, pagaram as correspondentes despesas, apuraram os lucros, apropriaram-se das partes que lhes cabem e distribuíram o restante aos clientes, os investidores beneficiários finais.

30. Segundo a Autoridade Fiscal, não houve cumprimento da condição de pulverização das cotas (teste dos 40%), posto que os cotistas seriam PJs pertencentes ao mesmo grupo econômico e sob a mesma direção. Portanto, haveria pessoas ligadas detendo mais de 40 % das cotas.

31. Entendeu também que houve descumprimento da condição de domicílio, vez que havia dentre os beneficiários indiretos dos cotistas pessoas domiciliadas em JTF ou no Brasil.

32. A controvérsia em relação aos FIP reside, em síntese, no fato de que o benefício fiscal da alíquota zero do IRRF está condicionado ao cumprimento dos seguintes requisitos:

i) o INR deve investir no Brasil de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo CMN (Resolução nº 4.373/2014);

ii) o INR não pode ser residente ou domiciliado em país que não tribute a renda, ou que a tribute a alíquota inferior a 20% (vinte por cento), isto é, JTF; e

iii) o INR titular de cotas do FIP, não pode deter, isoladamente ou em conjunto com pessoas ligadas cotas que representem 40% ou mais da totalidade das cotas emitidas pelo FIP ou cotas que, isoladamente ou em conjunto com pessoas ligadas, lhe deem direito ao recebimento de rendimento superior a 40% do total de rendimentos distribuídos pelo FIP.

33. A decisão recorrida, manifestou-se nos seguintes termos, em síntese:

III.2.1 GRUPO ECONÔMICO

[...]

Entendo que a desconsideração dos atos praticados pelas PJs deve sempre vir acompanhada da comprovação de que houve abuso forma mediante fraude, dolo ou simulação. Apartadas essas situações, não pode ser afastada a presunção de legitimidade dos atos e da personalidade jurídica das PJs. Vide o seguinte julgado do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 124 E 174 CTN. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 7 DO STJ. 1. Os Embargos de Declaração merecem prosperar, uma vez que presentes um dos vícios listados no art. 535 do CPC. Na hipótese dos autos, o acórdão embargado não analisou a tese apresentada pela ora embargante. Dessa forma, presente o vício da omissão. 2. No caso dos autos, o Tribunal de origem assentou que: não merece reproche a conclusão do juízo a quo no que tange à responsabilização solidária de pessoas físicas (por meio da desconsideração da personalidade jurídica) e jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico de empresas devedoras, **quando existe separação societária apenas formal e pessoas jurídicas do grupo são usadas para blindar o patrimônio dos sócios em comum**, como é o caso das excipientes, e de outras empresas do grupo." 3. O Superior Tribunal de

Justiça entende que a responsabilidade solidária do art. 124 do CTN não decorre exclusivamente da demonstração da formação de grupo econômico, mas demanda a comprovação de práticas comuns, prática conjunta do fato gerador ou, ainda, quando há confusão patrimonial. 4. O Tribunal ordinário entendeu pela responsabilidade solidária da empresa não pela simples circunstância de a sociedade pertencer ao mesmo grupo econômico do sujeito passivo originário. Antes, reconheceu a existência de confusão patrimonial, considerando haver entre as sociedades evidente identidade de endereços de sede e filiais, objeto social, denominação social, quadro societário, contador e contabilidade. 5. As questões foram decididas com base no suporte fático-probatório dos autos, de modo que a conclusão em forma diversa é inviável no âmbito do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ. 6. Embargos de Declaração acolhidos com efeitos integrativos.

Desta feita, não é a caracterização em si do grupo econômico que enseja a desconsideração da personalidade jurídica, mas sim o abuso da personalidade e a existência apenas formal da PJ sem autonomia patrimonial e operacional. Nesta hipótese, a divisão de uma empresa em diversas pessoas jurídicas é fictícia.

Nessa toada, há que se ter a comprovação pela fiscalização da existência de grupo irregular, que, repita-se, não se confunde com o grupo econômico de fato legítimo. Deve-se comprovar o cometimento do ilícito societário, mesmo que por prova indireta ou indiciária, pois mero interesse econômico no lucro não é passível para tanto.

No presente caso, a autoridade fiscal verificou a existência de 3 grupos econômicos (POLO CAPITAL INTERNACIONAL, VICTORIA CAPITAL PARTNERS LP e VINCI PARTNERS) responsáveis pela estruturação das entidades cotistas dos FIP (VSAP11, VSAP21, VINCI II FIP, VINCI II-A FIP, VINCI II-B FIP, VINCI II FIC DE FIP e AKANGATU FIP) administrados pela Impugnante.

As provas carreadas aos autos pela autoridade fiscal deixam claro que a formatação dos veículos de investimento situados no exterior foi feita pelo grupo gestor dos investimentos aportados nos FIP auditados.

Ao analisar os fatos e provas fartamente produzidos durante a fiscalização, entendo que tenha ficado clara e comprovada a dinâmica de captação de investimentos pelos grupos citados.

O grupo de investimento, inicialmente, constituía várias entidades sediadas no exterior que serviriam de veículos para a captação de investidores. Os investidores interessados passavam a fazer aportes nessas entidades que tem o propósito de fazer as alocações dos investimentos. De forma paralela, eram criados pelo mesmo grupo os Fundos de Investimento em Participações -FIP no Brasil com o objetivo de fazer a captação de recursos a serem aplicados em participações societárias no Brasil. E, então, na terceira etapa, era feita a nacionalização dos recursos através da subscrição de cotas dos FIP por parte das entidades veículo no exterior. Para a operacionalização e gestão dos investimentos, o grupo mantinha outra PJ responsável pela gestão dos FIP.

A autoridade fiscal entendeu que, dada a existência de grupo econômico envolvendo os veículos de investimento (cotistas dos FIP), controlados por entidade comum, restaria comprovada a coligação entre mais de 40% dos cotistas dos FIP.

Entendo que não tendo sido questionada na autuação a regularidade da formação do grupo, nem, tampouco, a legitimidade dos atos ou da personalidade jurídica dos cotistas, a análise da atuação do grupo deve ser feita à luz da Lei 6.404/1976, olhando-se separadamente cada uma das pessoas do grupo de sociedades e suas interligações.

III.2.2 DA DEFINIÇÃO DE EMPRESAS COLIGADAS E O TESTE DO 40%

O art. 3º, da Lei 11.312/2006, estabelece as condições para fruição da seguinte forma:

Art. 3º Fica reduzida a zero a alíquota do imposto de renda incidente sobre os rendimentos auferidos nas aplicações em fundos de investimento de que trata o art. 2º desta Lei quando **pagos, creditados, entregues ou remetidos a beneficiário residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo**, que realizar operações financeiras no País de acordo com as **normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional**.

§ 1º O benefício disposto no caput deste artigo:

I - não será concedido ao cotista titular de cotas que, isoladamente ou em conjunto com **pessoas a ele ligadas, represente 40%** (quarenta por cento) ou mais da totalidade das cotas emitidas pelos fundos de que trata o art. 2º desta Lei ou cujas cotas, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, lhe derem direito ao recebimento de rendimento superior a **40% (quarenta por cento) do total de rendimentos** auferidos pelos fundos;

II - não se aplica aos fundos elencados no art. 2º desta Lei que detiverem em suas carteiras, a qualquer tempo, títulos de dívida em percentual superior a 5% (cinco por cento) de seu patrimônio líquido, ressalvados desse limite os títulos de dívida mencionados no § 4º do art. 2º desta Lei e os títulos públicos;

III - não se aplica aos residentes ou domiciliados em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento).

§ 2º Para efeito do disposto no inciso I do § 1º deste artigo, **considera-se pessoa ligada ao cotista:**

I - Pessoa física:

a) seus parentes até o 2º (segundo) grau;

b) **empresa sob seu controle** ou de qualquer de seus parentes até o 2º (segundo) grau;

c) sócios ou dirigentes de empresa sob seu controle referida na alínea b deste inciso ou no inciso II deste artigo;

II - pessoa jurídica, a pessoa que seja sua controladora, controlada ou coligada, conforme definido nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Importante notar que o legislador ao dispor sobre o benefício estabeleceu condições e criou o conceito específico de “partes ligadas” para dar contornos objetivos a sua incidência.

A definição do conceito foi feita no § 2º e remete no presente caso (pessoa jurídica ligada) aos conceitos de pessoas jurídicas coligadas/controladas dado pela Lei 6.404/1976.

O art. 243, da Lei 6.404/76, por sua vez define que há coligação entre as sociedades quando a investidora tenha influência significativa, detendo ou exercendo o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.

Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os **investimentos** da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

§ 1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

§ 3º A companhia aberta divulgará as informações adicionais, sobre coligadas e controladas, que forem exigidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.

§ 5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.

Conforme já citado neste voto, entendo que a interpretação da extensão dos institutos utilizados para delinear o benefício fiscal aqui analisado deve ser feita de forma literal nos termos do art. 111 do CTN.

Assim sendo, inicialmente verifico que, segundo art. 243 da Lei 6.404/1976, a participação de uma sociedade na composição da outra é premissa essencial para a caracterização da coligação entre elas e, por consequência, a “ligação” nos termos definido na Lei 11.312/2006. O caput do artigo 243 deixa claro que se trata de termo utilizado para qualificar sociedades ou entidades investidoras.

Não obstante a perfunctória análise da literalidade da Lei, nesse mesmo sentido caminha o entendimento consignado nos International Financial Reporting Standards- IFRS que foram incorporados no ordenamento Brasileiro através dos Pronunciamentos Técnicos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC).

Os International Financial Reporting Standards (IFRS) são padrões internacionais de contabilidade. Ou seja, um conjunto de pronunciamentos contábeis internacionais publicados e revisados pelo IASB (Internacional Accounting standards Board) com vistas a padronizar as demonstrações contábeis, permitindo uma maior transparência da situação das empresas e fomentando o investimento internacional.

A adoção aos padrões internacionais (IFRS) vem sendo incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro desde a Lei 11.638/2007 que modificou a Lei 6.404/1976. Os § 3º e § 5º, do art. 177, da Lei 6.404/1976, determinam que as normas da CVM seguirão os padrões internacionais de contabilidade, o que é feito através de Deliberações que aprovam os Pronunciamentos Técnicos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC).

O CPC-18 (R2), aprovado pela Deliberação CVM nº 696/2012, tem como objetivo estabelecer regras para a contabilização de investimentos em coligadas e em controladas e definir os requisitos para a aplicação do método da equivalência patrimonial quando da contabilização de investimentos em coligadas, em controladas e em empreendimentos controlados em conjunto (joint ventures).

Já no início, em seu Item 3, o CPC 18 (R2) define os termos “coligada” e “influência significativa” da seguinte forma:

Coligada é a entidade sobre a qual o **investidor** tem influência significativa.

Influência significativa é o poder de participar das decisões sobre políticas financeiras e operacionais de uma investida, mas sem que haja o controle individual ou conjunto dessas políticas.

Não de forma diversa, posteriormente ao longo das várias passagens tratando de empresas coligadas, o CPC sempre pressupõe o investimento de uma sociedade na outra, como se verifica, por exemplo, no Item 6 destacado a seguir:

A existência de influência significativa **por investidor** geralmente é evidenciada por uma ou mais das seguintes formas: (a) representação no conselho de administração ou na diretoria da investida; (b) participação nos processos de elaboração de políticas, inclusive em decisões sobre dividendos e outras distribuições; (c) operações materiais entre o investidor e a investida; (d) intercâmbio de diretores ou gerentes; (e) fornecimento de informação técnica essencial.

Diante do exposto, entendo que o conceito de pessoas ligadas, apresentado nas condições estabelecidas pela Lei 11.312/2006 para fruição do benefício da alíquota zero do IRRF, deva ser interpretado nos limites da literalidade do art. 3º da Lei 11.312/2006 e do art. 243, da Lei 6.404/1976, tendo como pressuposto a existência de participação societária de uma na outra.

IV- CONCLUSÃO

De tudo exposto, conclui-se que o cerne da questão debatida reside na aferição do cumprimento de 2 dos requisitos exigidos para a incidência do benefício da alíquota zero do IRRF sobre os FIRF e FIP: (i) residência ou domicílio no exterior do beneficiário dos rendimentos pagos, creditados, entregues ou remetidos; (ii) limite de 40% (teste formal e econômico) de pessoas ligadas participando como cotistas ou recebendo os rendimentos dos FIP.

Certo é que uma das premissas desta conclusão foi a legitimidade das estruturas de investimento não questionadas sob os prismas de simulação, fraude ou abuso de direito ou desconsideração da personalidade jurídica.

As questões relacionadas ao regime de tributação (especial, geral ou “misto”) e sua forma de incidência nos fatos geradores analisados (cálculo, temporalidade etc.) foram superadas no presente voto, vez que entendo ser cabível a incidência do benefício fiscal e seus consectários.

No tocante ao requisito do domicílio do INR, entendo que as alegações da Impugnante são procedentes e alinhadas com o ordenamento jurídico vigente:

Uma vez que não foi alvo de questionamentos a legitimidade das estruturas de investimento, não existe razão para implicitamente afastar a teoria de autonomia e independência da pessoa jurídica prevista no Código Civil e na LICC, conforme já exposto.

Em tendo sido os rendimentos dos fundos remetidos aos cotistas (pessoas jurídicas domiciliadas no exterior), a personalidade jurídica dessas pessoas deve ser reconhecida e, portanto, sua condição de beneficiário do rendimento. Mormente, porque tais rendimentos estariam sujeitos a apuração de resultado nessas entidades o que levaria a seu confronto com despesas e outros custos não sendo possível presumir sua distribuição integral e imediata às pessoas naturais situadas no final da cadeia de investimentos.

A interpretação da Lei 11.312/2006 deve ser literal evitando subjetividades que poderiam alargar ou restringir a extensão do benefício. Assim, o termo beneficiário do rendimento pago/creditado/remetido/entregue deve ser compreendido como a pessoa titular do fundo que recebe em nome próprio o pagamento/crédito/remessa/entrega. O entendimento literal foi ratificado no Ato Declaratório Interpretativo nº 5/19, no Parecer Normativo COSIT Nº 1/2012 [2002 - sic] e na Resolução CMN 4.373/2014.

A Instrução Normativa RFB nº 1.634/2016 utilizada pela fiscalização para ampliar a definição do termo beneficiário do IRRF, constante dos arts. 1º e 3º, da Lei 11.312/2006, é norma sem natureza tributária, com o objetivo de aperfeiçoar o cadastro do CNPJ e, indiretamente, o controle das atividades ocorridas no Brasil. As obrigações acessórias constantes desta Instrução Normativa não remetem hora alguma às condições ou benefícios em questão e tem seus efeitos tratados na própria norma.

Ante tais conclusões, entendo que a condição de INR deve ser avaliada com base no domicílio dos cotistas, investidores diretos nos fundos de investimento. Sabendo-se que os cotistas dos Fundos BNY ARX INR, BNY ARX INR – 281, VSAP11, VSAP21, VINCI II FIP, VINCI II-A FIP, VINCI II-B FIP, VINCI II FIC DE FIP e AKANGATU FIP (fls.22 e 78 do TVF) são todos domiciliados no exterior e nenhum deles em JTF (EUA, CANADÁ, INGLATERRA e HOLANDA), concluo cumprido este requisito para concessão do benefício nos fundos citados.

Com relação ao teste dos 40%, requisito adicional para o benefício da alíquota zero incidente sobre os FIP, conforme art. 3º, da Lei 11.312/2006, tenho o seguinte entendimento:

O teste dos 40%, tanto o formal quanto o econômico, deve ser avaliado sob a ótica das pessoas cotistas dos fundos pelos mesmos critérios já utilizados na análise do critério de residência ou domicílio.

Nessa perspectiva haveria um limite máximo de 40% de cotistas “ligados” participando ou recebendo 40% dos rendimentos do FIP. O conceito de “pessoa ligada” foi estabelecido pela própria Lei 11.312/2006 e remete, nos casos de PJ, aos conceitos de pessoas controladas ou coligadas, dispostos no art. 243, da Lei 6.404/1976.

A extensão de todos conceitos foi analisada literalmente, nos termos do art. 111, do CTN, evitando alargamento ou restrição ao benefício criado pelo Legislador. Para tanto, importante a remissão às Leis 11.312/2006 e 6.404/1976 e ao Pronunciamento Técnico CPC-18 que interpreta os dispositivos em questão. Nesse sentido, verificou-se que toda linha de entendimento vigente há anos aponta no sentido de que a coligação entre pessoas não prescinde da participação de uma na outra. Trata-se de conceito voltado para investidor e investida onde ocorre influência significativa da investidora na investida. A existência de pessoa comum controlando ambas não caracteriza a coligação entre pessoas que participem uma da outra.

Da mesma forma, a existência de grupo econômico não pode, por si só, presumir artificialidade dos atos do grupo das empresas e, por consequência, afastar a autonomia e independência de cada entidade do grupo sob pena de tornar inócuo o conceito de grupo econômico previsto na legislação.

Em face desses entendimentos, entendo que, inexistente a relação de controle ou coligação entre os cotistas, pois não restou configurada sua ligação nos termos definidos na Lei 11.312/2006. Assim, a participação de cada cotista nos FIP deve ser analisada separadamente no que se refere ao texto dos 40%.

Assim, com base na planilha constante do processo (doc_08_DIRF_ANO Calendário 2015e 2016 – fls. 42278), verifica-se que nenhum dos beneficiários constantes da autuação de infração concentrava mais de 40% das cotas dos FIP auditados, conforme cotejo dos percentuais de participações (fls. 78,79, 96, 97 e 112 do TVF) com planilha abaixo constando os valores base da autuação:

[...]

Por derradeiro, cumpridos os requisitos para fruição do benefício de alíquota zero nos Fundos BNY ARX INR, BNY ARX INR – 281, VSAP11, VSAP21, VINCI II FIP, VINCI II-A FIP, VINCI II-B FIP, VINCI II FIC DE FIP e AKANGATU FIP, voto por REJEITAR as preliminares de nulidade e, no mérito, DAR PROVIMENTO a Impugnação do atuado para exonerar integralmente o lançamento tributário no valor de R\$ 118.918.270,40.

34. Concordo com tais fundamentos, os quais utilizo como razão de decidir, com base no art. 114, §12 do Regimento Interno do Carf (Ricarf), Anexo da Portaria MF nº 1634/2023, e acrescento o que segue.

35. Como visto acima, a Resolução 4.373, de 2014 que versa sobre aplicações de investidor não residente no Brasil nos mercados financeiro e de capitais no País e dá outras providências considera investidor não residente, dentre outros, os fundos ou outras entidades de investimento coletivo, com residência, sede ou domicílio no exterior. Veja-se:

RESOLUÇÃO Nº 4.373, DE 29 DE SETEMBRO DE 2014

[...]

Art. 4º Os investidores não residentes de que trata o Regulamento Anexo I³ a esta Resolução **sujeitam-se a registro na Comissão de Valores Mobiliários.**

Art. 5º Para os efeitos desta Resolução entende-se por:

I - **investidor não residente**, individual ou coletivo, as pessoas físicas ou **jurídicas**, os **fundos** ou outras entidades de investimento coletivo, **com residência, sede ou domicílio no exterior;**

36. O Parecer Cosit 01/2002 ao tratar da retenção exclusiva na fonte dispõe que o imposto devido é retido pela fonte pagadora que entrega o valor já líquido ao beneficiário.

PARECER NORMATIVO COSIT Nº 1, DE 24 DE SETEMBRO DE 2002

Retenção exclusiva na fonte

8. Na retenção exclusiva na fonte, o imposto devido é retido pela fonte pagadora que entrega o valor já líquido ao **beneficiário.**

9. Nesse regime, a fonte pagadora substitui o contribuinte desde logo, no momento em que surge a obrigação tributária. A sujeição passiva é exclusiva da fonte pagadora, embora quem arque economicamente com o ônus do imposto seja o contribuinte.

37. O Ato Declaratório Interpretativo RFB 5/2017, que dispõe sobre a tributação dos rendimentos auferidos por investidor estrangeiro no País, assenta que:

ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO RFB Nº 5, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2019

Art. 1º A origem do investimento, para fins de aplicação do regime especial de tributação previsto nos artigos 88 a 98 da Instrução Normativa nº. 1.585⁴, de 31 de agosto de 2015, será determinada **com base na jurisdição do investidor direto no País**, exceto nos casos de **dolo, fraude ou simulação.**

³ REGULAMENTO ANEXO I À RESOLUÇÃO Nº 4.373, DE 29 DE SETEMBRO DE 2014. APLICAÇÃO DE INVESTIDOR NÃO RESIDENTE NOS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS. Art. 1º As aplicações nos mercados financeiro e de capitais dos recursos externos ingressados no País, por parte de investidor não residente, inclusive a partir das contas em moeda nacional de residentes, domiciliados ou com sede no exterior, devem obedecer ao disposto neste Regulamento.

⁴ IN 1.585/2015: Art. 91. Os rendimentos definidos nos termos da alínea “a” do § 2º do art. 81 da Lei nº 8.981, de 1995, produzidos por títulos públicos adquiridos a partir de 16 de fevereiro de 2006, quando pagos, creditados, entregues ou remetidos a beneficiário residente ou domiciliado no exterior, sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda à alíquota 0 (zero). **§ 1º** O disposto neste artigo aplica-se: I - exclusivamente às operações realizadas de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo CMN; II - às cotas de fundos de investimentos exclusivos para investidores não residentes que possuam no mínimo 98% (noventa e oito por cento) de títulos públicos. **§ 2º** O disposto neste artigo não se aplica: I - a títulos adquiridos com compromisso de revenda assumido pelo comprador; II - à remuneração auferida nas operações de empréstimo que tenham por objeto títulos públicos mantidos em custódia nas entidades de liquidação e compensação de operações com valores mobiliários autorizadas pela CVM, que será tributada pelo imposto sobre a renda de acordo com as disposições previstas para as aplicações financeiras de renda fixa.

38. Verifica-se, pois, que a origem do investimento, para fins de aplicação do regime especial de tributação (IR-Fonte à alíquota zero) deve ser determinada com base na jurisdição do investidor direto no País, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.

39. A autoridade fiscal levanta vários questionamentos sobre os investidores, mas em nenhum momento cogitou da hipótese de dolo, fraude ou simulação. Pelo contrário, afirma que o investimento foi legal. Veja-se (e-fls. 53.160):

Ocorre que, assim procedendo, como será demonstrado nos capítulos seguintes, os Grupos Econômicos POLO CAPITAL, VICTORIA CAPITAL e VINCI PARTNERS acabaram por estabelecer uma estrutura de investimento com concentração dos investidores, por **coligação** e **controle** entre as empresas, nos Fundos de Investimento em Participação administrados pela fiscalizada, **o quê se, por um a lado, não é ilegal sob o ponto de vista do investimento**, sob a abordagem do imposto de renda na fonte, constitui infração tributária quando os rendimentos pagos são disponibilizados com o benefício da alíquota zero.

40. Ora, se a própria autoridade fiscal afirma que o investimento é legal, bem como não apontou dolo, fraude ou simulação em nenhuma das operações, entendo não haver razões para desqualificar tais investimentos e afastar o benefício fiscal em sede de julgamento.

41. Tal fato é suficiente para afastar a tributação, pois: caso a fiscalização tivesse apurado dolo, fraude ou simulação deveria constar obrigatoriamente dos autos, sob pena de cerceamento de defesa, tanto que não se qualificou a multa.

42. Observo que tais elementos podem até existir, todavia, se não constam dos autos provas e descrição dos elementos caracterizadores dos ilícitos, não cabe ao julgador, com base em hipótese e interpretação subliminar levantar tais questões; é necessário que os fatos estejam descritos e provados nos autos.

43. O que se verifica dos autos são interpretações que – reitero – na linha do ADI 05/2019, somente poderiam ser afastadas mediante a comprovação de dolo, fraude ou simulação, o que não se comprovou nos autos.

44. Acrescento ainda que os fundos atuados são regulamentados e fiscalizados pela CVM, e apresentaram documentação de registro neste órgão, conforme solicitado pela autoridade fiscal. Por outro lado, não consta dos autos que a RFB tenha efetuado ou recebido alguma representação da CVM para fins de noticiar irregularidades. Afinal, como declarou a própria autoridade fiscal, os investimentos foram reputados legais.

45. No tocante aos grupos econômicos, o ordenamento jurídico brasileiro tem uma composição dual, grupos de direito, os quais “constituem-se mediante convenção grupal firmada pelas sociedades que o formam e, em virtude do contrato, é legitimada a unidade econômica de todas elas”, e grupos de fato, os quais “decorrem do mero exercício do poder de controle, direta ou indiretamente, pela controladora nas sociedades controladas. Neste caso, entretanto, as

sociedades recebem tratamento jurídico como se independentes fossem⁵”.

46. Ao tratar da matéria, no REsp 1.808.645/PE, 28/06/2003, o STJ observou, em síntese que o fato de inexistir norma na legislação tributária que confira tratamento técnico-jurídico específico ao instituto jurídico do grupo econômico, tal qual ocorre na seara trabalhista, ou de defesa da ordem econômica, não significa que a constatação da existência de grupo econômico de fato, principalmente quando evidenciado o escopo de **dissimular situações para eximir-se do cumprimento dos deveres de natureza fiscal**, deixe de ser solucionada no ordenamento jurídico. Pelo contrário, assentou o STJ que o combate ao grupo econômico de fato, que atua de maneira antijurídica, é amplamente admitido na jurisprudência do STJ. Veja-se:

Com efeito, **o instituto jurídico em tela ("grupo econômico") não é disciplinado pelo Direito Tributário**, pois, diferentemente do que ocorre na seara trabalhista, ou de defesa da ordem econômica, inexistem normas, na legislação específica (tributária), que confirmam tratamento técnico-jurídico a esse tema.

Isso não significa que a situação, em si – isto é, a constatação da existência de grupo econômico de fato, principalmente quando evidenciado o escopo de dissimular situações para eximir-se do cumprimento dos deveres de natureza fiscal –, deixe de ser solucionada no ordenamento jurídico. Pelo contrário, o combate ao grupo econômico de fato, que atua de maneira antijurídica, é amplamente admitido na jurisprudência do STJ, sendo comum o enquadramento da situação a hipóteses descritas, de modo esparso, no art. 50 do CC/2002 (desconsideração da personalidade jurídica); nos arts. 124, 128, 132, 133 e/ou 135 do CTN (responsabilidade solidária, sucessão empresarial ou responsabilidade pela prática de atos de infração à lei ou atos constitutivos societários); e também no art. 4º, §§ 1º e 2º, da Lei 8.397/1992 (extensão da indisponibilidade dos bens ao patrimônio do administrador e alcance da medida restritiva ao patrimônio transferido para terceiros).

[...]

Transcreve-se precedente do STJ que pontuou, de modo bastante claro, que, "havendo prova da ocorrência de fraude por grupo de pessoas físicas e/ou jurídicas, como a criação de pessoas jurídicas fictícias para oportunizar a sonegação fiscal ou o esvaziamento patrimonial dos reais devedores, o juízo da execução pode redirecionar a execução fiscal às pessoas envolvidas e, por isso, com base no poder geral de cautela e dentro dos limites e condições impostas pela legislação, estender a ordem de indisponibilidade para garantia de todos os débitos tributários gerados pelas pessoas participantes da situação ilícita, pois, "os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade patrimonial secundária na ação principal de execução são também exigidos na ação cautelar fiscal, posto acessória por natureza" (REsp 722.998/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 28.4.2006, grifou-se).

[...]

Dessa forma, deve ser superado o fundamento adotado no Tribunal de origem, pois, mais uma vez, ainda que fosse possível encampar, sem ressalvas, o entendimento de que pessoa física não integra grupo econômico de fato, tal situação, por si só, não conduziria automaticamente a conclusão favorável à tese de ilegitimidade passiva da recorrida.

47. Embora o caso em análise verse sobre redirecionamento da execução fiscal para

⁵ PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da Lei 6.404/1976. Revista DireitoGV, V. 1, n. 2, p. 5, jun-dez, 2005.

fins de reponsabilidade tributária, o pano de fundo era a questão do grupo econômico de fato. Nessa linha, pontuou o STJ que "havendo prova da ocorrência de **fraude por grupo de pessoas físicas e/ou jurídicas**, como a criação de pessoas jurídicas fictícias para oportunizar a sonegação fiscal ou o esvaziamento patrimonial dos reais devedores" devem ser adotadas providências necessárias. Note-se que, na mesma linha do ADI 05/2019, o STJ também invoca a fraude como elemento necessário para adoção de providências.

48. No caso dos autos, também em relação à formação de grupo econômico, a autoridade fiscal não provou a existência de dolo, fraude ou simulação.

49. Quanto ao argumento da Fazenda Nacional de que a coligação no caso em análise não exige percentual de participação, entendo de forma diversa, tal qual a decisão recorrida. Nessa linha colaciono trecho do Manual de contabilidade societária (FIECAFI)⁶:

A Lei das Sociedades por Ações define coligadas como "as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa" (art. 243, § 1º) e considera que existe tal influência quando "a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la" (art. 243, § 4º). A Lei dispõe ainda que a influência significativa é presumida "quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la".

Essas definições tiveram sua redação dada pelas Leis nos 11.638/07 e 11.941/09 e estão em linha com as normas internacionais e, portanto, com o Pronunciamento Técnico CPC 18 (R2) – Investimento em Coligada, em Controlada e em Empreendimento Controlado em Conjunto.

[...]

Cabe notar que a lei, **na definição de coligada, não especifica o tipo de sociedade, o tipo de título patrimonial ou ainda a proporção da participação na investida (exceto pelo conceito presumido de influência)**, abrangendo todos os tipos de sociedades (sociedades por ações, limitadas ou outro tipo), bem como não faz menção sobre participações indiretas. Existindo influência, portanto, é coligada, mesmo que a participação seja indireta, já que há sempre a predominância da essência sobre a forma. Por isso a CVM, por exemplo, na Instrução no 247/96 exige essa forma de avaliação nessa situação.

Contudo, em relação ao tipo de instrumento patrimonial, é válido afirmar que, quando da ausência de outras evidências de influência, a relação de propriedade e o poder conferido pelos instrumentos patrimoniais isolada ou conjuntamente com outros instrumentos contratuais, tornam-se preponderantes para determinar a existência ou não de influência significativa sobre a investida. **Nesse sentido, vale lembrar que somente títulos patrimoniais com direito a voto ou outros direitos políticos é que podem conferir poderes para a investidora participar do processo decisório da investida.**

[...]

E é por essa razão que a participação de 20% ou mais no capital votante constitui um conceito presumido de influência, indicando que essa premissa pode ser refutável. **Isso implica que uma empresa pode possuir 5% do capital votante de outra companhia e concluir (e poder provar) que possui influência significativa, considerando sua relação de propriedade em conjunto com outras evidências de**

⁶ GELBCKE, Ernesto Rubens; IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; SANTOS, Ariovaldo dos. Manual de contabilidade societária: aplicável a todas as sociedades: de acordo com as normas internacionais e do CPC. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 570-571.

influência. Ou ainda, uma empresa pode possuir 25% do capital votante de outra companhia e concluir (e provar) que não possui influência significativa, dado que não participa nem tem condições de participar do processo decisório de sua investida (principalmente se não for uma S.A.). Lembrar que, se o percentual de participação subir ao ponto de se obter controle, a investida deixa de ser coligada e passa à condição de controlada; o mesmo ocorre se se obtiver a condição de controlador em conjunto. Os caminhos inversos também podem ocorrer.

50. Como se vê, ao estabelecer a premissa de que participação de 20% ou mais no capital votante constitui um conceito presumido de influência, faz-se necessário a participação, ainda que em percentual menor, para que se analise a influência significativa. É nessa linha que de pensamento que os autos citam o exemplo no sentido de que uma empresa pode possuir 5% do capital votante de outra companhia e possuir influência significativa, considerando sua relação de propriedade em conjunto com outras evidências de influência, bem como possuir 30% do percentual do capital votante e não ter participação. Assim, entendo ser necessária a participação no capital votante.

51. Ao analisar situação semelhante à discutida nestes autos, a Turma, por unanimidade, nos termos do Acórdão 1201-006.255, de 21/02/2024, também acompanhou a decisão da DRJ e acrescentou o que segue:

Conquanto, da leitura das razões apostas pela PGFN ao processo, vislumbra-se que esta busca qualificar a adoção de gestor comum como elemento indicativo de **controle comum ou mesmo a caracterização de grupo econômico**. Inclusive o que estaria refletido no Termo Fiscal:

3.2 D a Estrutura Empregada e do Não Atendimento a o Teste dos 40%

80. Neste tópico, trataremos de analisar os motivos que levaram esta auditoria fiscal a considerar as empresas do grupo Tarpon os Fundos Investidores e o Bijupirá FIP como participantes de um mesmo grupo econômico e portanto, ligadas entre si e submetidas a controle comum

81. Ao mesmo tempo, o fato dos Fundos Investidores deterem 98,63% da totalidade das cotas do Bijupirá FIP, torna incabível o benefício fiscal de alíquota de imposto de renda reduzida a zero previsto no art. 3º da Lei nº 11.312/2006.

Tais definições, contudo, não estão abrangidas no conceito determinado pelo art. 243 da Lei n. 6.404/76, mormente para fins de aplicação da legislação fiscal.

Em minha visão, contudo, quer se adote a definição de controle ou a de influência significativa, ambas incluídas no art. 243 da Lei das SA, **em nenhum caso se pode entender que o mero gestor do patrimônio do fundo, terceiro contratualmente vinculado seja definido como parte relacionada**. Isto porque, diferentemente do quanto defendido pela PGFN em suas razões, o referido dispositivo da lei societária pressupõe que exista efetiva participação societária entre as empresas.

Esta leitura está em linha com o disposto no art. 116 da Lei das S.A:

[...]

Como bem sustenta a interessada, a partir da leitura do artigo 243, para existência de relação de controle societário, exige-se que a dita controladora detenha direitos de sócio sobre a entidade controlada que lhe assegurem (i) a preponderância nas deliberações sociais e (ii) o poder de eleger a maioria dos administradores.

Ademais, a Gestora (e tampouco a Consultora) **não possui qualquer participação nas entidades sob a sua gestão** (ou possui participação nominal e simbólica na entidade), bem como os seus parâmetros de remuneração variável, os quais não

superam os percentuais mencionados nos exemplos do CPC 36 que conferiram à Gestora (e, por conseguinte, à Consultora) papel de principal e não agente.

Tais constatações, a meu ver, também são suficientes para afastar a alegação de que existiria influência significativa. Até porque o art. 243 supratranscrito indica claramente a necessidade de a coligada ser investidora, o que pressupõe participação societária. Em outras palavras, como posso ser investidor sem possuir participação?

Sobre esta questão importa transcrição de excerto do Manual de Contabilidade da FIECAFI, obra de referência em matéria contábil:

[...]

Ainda que se ultrapassasse o posicionamento até aqui adotado, ainda teríamos de enfrentar a interpretação sistemática proposta pela contribuinte, segundo a qual o art. 3 da Lei n. 11.312/2006 deve ser interpretado à luz do art. 46 da Lei n. 11.941/2009:

Art. 46. O conceito de sociedade coligada previsto no art. 243 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com a redação dada por esta Lei, somente será utilizado para os propósitos previstos naquela Lei.

Parágrafo único. Para os propósitos previstos em leis especiais, considera-se coligada a sociedade referida no art. 1.099 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

Código Civil.

Art. 1.099. Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.

Referido artigo indica claramente a necessidade de participação societária (10%) para leis específicas, como é o caso da Lei n. 11.312/2006. Assim, qualquer que seja o ângulo pelo qual se observe a questão, entendo não estar a Contribuinte enquadrada nas hipóteses de inaplicabilidade da redução, devendo ser mantida a decisão proferida pela DRJ.

52. A meu ver, as razões apresentadas pela Fazenda Nacional não são suficientes para manter a autuação ante os fundamentos elencados pela decisão recorrida e os acrescidos neste voto.

53. No tópico “II.2 Da identificação dos investidores não residentes – INR para aplicação do art. 1º, caput e §1º, II, da Lei 11.312/2006”, Fazenda Nacional requer que este colegiado delibere sobre omissão da autoridade julgadora de primeira instância quanto aos pontos lançados e, caso se conclua de forma positiva, que se retorne o feito ao órgão julgador de piso para exame das referidas questões. Veja-se:

Nas situações em que se verificou que o quotista do Fundo BNY ARX INR – 281 não era o efetivo proprietário dos rendimentos recebidos e, ao mesmo tempo, a cadeia de investidores demonstrada compunha-se apenas de residentes em jurisdição de tributação favorecida ou no Brasil, a conclusão incontornável é de que não há direito à alíquota zero prevista no art. 1º da Lei n. 11.312/09, pois, uma vez afastada a interposição, ou bem o investidor direto era residente em paraíso fiscal ou residente no Brasil.

Considerando que a investigação acerca dos aspectos fáticos promovida pela fiscalização desbordou da simples discussão jurídica sobre o conceito INR, cabe **indagar se a DRJ se desincumbiu do dever de fundamentar a contento a decisão proferida.**

Caso se entenda, com base nos excertos acima transcritos, que a autoridade fiscal trouxe suficiente fundamentação jurídica e fática para as conclusões de que os

investidores diretos não eram os detentores efetivos dos recursos, bem como para imputação de desvirtuamento da Lei, será preciso julgar a procedência do lançamento quanto aos rendimentos dos investidores acima referidos tendo em conta o suporte em tais fundamentos.

Assim, revela-se a necessidade de avaliar a motivação trazida pela autoridade fiscal quanto aos pontos trazidos, tanto sob a perspectiva legal, quanto fática, avaliando o arcabouço probatório sobre o qual a motivação se arrima.

Tendo em vista que as questões fático-jurídicas destacadas nesta subseção não foram objeto de análise pela autoridade de primeira instância, cumpre a essa i. Corte deliberar sobre a necessidade de se examinar se os elementos coligidos pela fiscalização para dar supedâneo às conclusões de que os investidores diretos não eram os detentores efetivos dos recursos são bastantes. Igualmente, deve-se definir se há necessidade de investigar os indícios que conduziram à imputação de desvirtuamento.

Se for definida a necessidade de examinar tais fundamentos, a consequência será reconhecer a necessidade de retornar os autos à DRJ para que promova o referido exame, sob pena de se caracterizar supressão de instância.

Assim, nesse ponto, a Fazenda Nacional requer que se delibere sobre omissão da autoridade julgadora de primeira instância quanto aos pontos lançados e, caso se conclua de forma positiva, que se retorne o feito ao órgão julgador de piso para exame das referidas questões.

54. Vejamos as premissas da Fazenda Nacional:

i) o quotista do Fundo BNY ARX INR – 281 **não era o efetivo proprietário** dos rendimentos recebidos; **a cadeia de investidores demonstrada compunha-se apenas de residentes em jurisdição de tributação favorecida ou no Brasil**; assim, não haveria direito à alíquota zero, pois, uma vez afastada a **interposição**, ou **bem o investidor direto era residente em paraíso fiscal ou residente no Brasil**;

55. Assim requer:

i) caso se entenda que a autoridade fiscal trouxe suficiente fundamentação jurídica e fática será preciso **julgar a procedência do lançamento**;

ii) se for definida a necessidade de examinar tais fundamentos, a consequência será **retornar os autos à DRJ para que promova o referido exame**, sob pena de se caracterizar supressão de instância.

iii) assim, requer que se delibere sobre **omissão da autoridade julgadora de primeira instância** e que se retorne o feito ao órgão julgador de piso.

56. Ora, se o quotista do Fundo BNY ARX INR – 281 **não era o efetivo proprietário** dos rendimentos recebidos; **a cadeia de investidores demonstrada compunha-se apenas de residentes em jurisdição de tributação favorecida ou no Brasil** e se se tratava de **interposição**, como pretende fazer crer a Fazenda Nacional, deveria a autoridade Fiscal ter informado no auto de infração a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, pois é o que tal conduta representa e o que determina a o ADI 05/2019, cujo teor reproduzo novamente:

ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO RFB Nº 5, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2019

Art. 1º A origem do investimento, para fins de aplicação do regime especial de tributação previsto nos artigos 88 a 98 da Instrução Normativa nº. 1.585, de 31 de agosto de 2015, **será determinada com base na jurisdição do investidor direto no País, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.**

57. Todavia, reitero, não foi o que ocorreu nestes autos. Não basta apontar que houve dolo, fraude ou simulação, é necessário provar, ônus do qual não se desincumbiu a autoridade fiscal no caso em análise. Tal argumentação consta da decisão recorrida e nos fundamentos deste voto, daí não há falar-se em omissão da decisão recorrida.

58. Ante o exposto, nego provimento ao recurso de ofício.

Assinado Digitalmente
Efigênio de Freitas Júnior