



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720001/2019-77
ACÓRDÃO	1301-006.963 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	13 de junho de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	S3 CACEIS BRASIL DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A.
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2014

NULIDADE DO LANÇAMENTO

Presentes os requisitos legais da notificação e inexistindo ato lavrado por pessoa incompetente ou proferido com preterição ao direito de defesa, descabida a argüição de nulidade do feito.

INVESTIDOR NÃO RESIDENTE. REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO. TESTE DOS 40%. 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%”.

INVESTIDOR NÃO RESIDENTE. REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO. REQUISITO DO DOMICÍLIO. DESCUMPRIMENTO. INAPLICÁVEL

Cabe apenas a quem detém diretamente as cotas do FIP, e não as demais pessoas da estrutura, realizar operações financeiras no País, com observância das normas estabelecidas pelo CMN, a exemplo do registro na CVM. Logo, impossível que, para fins do art. 3º da Lei nº 11.312/2006, o beneficiário seja outra pessoa que não o detentor direto das cotas do FIP, no caso, o cotista de primeiro nível

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iagaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão nº 12-112.947, proferido pela 6ª Turma da DRJ/RJO, que, por unanimidade de votos, julgou improcedentes as impugnações, mantendo o crédito tributário exigido e a responsabilidade tributária atribuída.

A discussão origina-se de lavratura de Auto de Infração, com exigência de IRRF, no montante de R\$ 81.873.090,44, ano-calendário de 2014, acompanhado da multa de ofício no percentual de 150% e dos juros de mora correspondentes, montando a exigência à época a R\$ 243.641.796,93.

A seguir, transcreve-se trechos do Termo de Verificação Fiscal, que resumem as razões apresentadas pelas autoridades fiscais para lavratura o Auto de Infração em tela:

O Grupo Riverwood, que atua no mercado de private equity em âmbito internacional, adquiriu participações em empresas brasileiras através do RW BRASIL FIP, um Fundo de Investimento em Participações administrado pela SANTANDER SECURITIES SERVICES BRASIL DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS S.A. (“DTVM” ou “fiscalizada”). Os investimentos foram feitos por certos Fundos domiciliados nas Ilhas Cayman (“Fundos”), todos controlados pelo Grupo Riverwood. Dessa forma, não se aplicava o benefício fiscal de redução a zero do Imposto de Renda incidente sobre os correspondentes rendimentos, inclusive porque a legislação vigente não confere tal benefício a residentes ou domiciliados nos chamados Paraísos Fiscais, como era o caso dos Fundos.

Para simular uma situação em que o benefício seria aplicável, o BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A. (“BSB”), instituição financeira que, assim como a DTVM, pertence ao Grupo SANTANDER, foi designado representante legal não dos

Fundos, mas sim de quatro entidades domiciliadas no estado norte-americano de Delaware, também feitas quotistas do RW BRASIL FIP.

Com a manobra, os Fundos deixaram de figurar tanto nos instrumentos formalizados com o BSB quanto no quadro de quotistas do RW BRASIL FIP.

Assim procedendo, o investimento foi feito sem a observância do art. 79 da Lei 8.981/95, segundo o qual, para realizar investimentos nos mercados financeiros e de valores mobiliários brasileiros, o investidor estrangeiro deve nomear representante legal para fins tributários. Deveras, apenas na aparência as entidades de Delaware cumpriram o papel de Investidores Não Residentes ("INRs"), razão pela qual são referenciadas como INRs Ostensivos ao longo deste relatório.

Segundo consta em manifestação da própria fiscalizada, tratavam-se de meras "entidades de passagem" que "não possuem funcionários e tampouco desenvolvem atividade operacional ativa".

Coniventes com a simulação, a DTVM e o BSB atribuíram aos INRs Ostensivos rendimentos efetivamente auferidos pelos Fundos. Sabedores da inaplicabilidade do benefício, não providenciaram a retenção, o recolhimento ou a declaração do devido Imposto de Renda na Fonte.

A presente autuação constitui o crédito tributário decorrente desses rendimentos, sendo responsabilizados tanto a DTVM quanto o BSB. Tendo-se constatado fraude, sonegação e conluio, aplicou-se multa de ofício qualificada.

.....

1. SANTANDER SECURITIES SERVICES BRASIL DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIARIOS S.A. foi o nome empresarial assumido pela DTVM a partir de 06/06/2014, que até então era denominada CRV DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A.

2. Portanto, trata-se de empresa do ramo financeiro que, assim como o BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A. ("BSB"), CNPJ 90.400.888/0001-42, responsável solidário pelo crédito tributário ora constituído, integra o Grupo SANTANDER....

4. Os fatos que dão causa à presente autuação dizem respeito a operações envolvendo um determinado FIP administrado pela DTVM, o RW Brasil Fundo de Investimento em Participações ("RW BRASIL FIP"), CNPJ 13.417.743/0001-03. Os investimentos no RW BRASIL FIP foram formalmente realizados pelos seguintes Investidores Não Residentes ("INRs"), os quais, pelas razões expostas ao longo deste relatório, são referenciados conjuntamente como INRs Ostensivos:

... por força do disposto no caput do art. 79 da Lei nº 8.981, de 1995 ("Lei 8.981/95"), para realizar tais operações o investidor estrangeiro deve, previamente, nomear representante legal para fins tributários ("REPRESENTANTE TRIBUTÁRIO"). ...

7. Deveras, a perfeita identificação do investidor, seja ele residente ou domiciliado no Brasil ou no exterior, é condição essencial para a identificação do regime tributário aplicável aos fatos geradores decorrentes das operações que realiza nos mercados financeiro e de valores mobiliários brasileiros. ...

9. Com efeito, o regime tributário aplicável aos fatos geradores decorrentes das operações realizadas no Brasil por investidor residente ou domiciliado no exterior depende sempre de sua prévia identificação. ...

10. Assim, viola o disposto no art. 79 da Lei 8.981/95 o investidor residente ou domiciliado no exterior que realiza operações nos mercados financeiro e de valores mobiliários brasileiros sem designar REPRESENTANTE TRIBUTÁRIO, pois assim agindo, obstrui a correta identificação do regime tributário aplicável aos fatos geradores quanto aos quais reveste a condição de contribuinte. ...

11. Uma das condições impostas pelo art. 3º da Lei nº 11.312 encontra-se no inc. III de seu §1º. Segundo a mesma, o benefício fiscal ali tratado "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) ", os chamados Paraísos Fiscais.

...

13. Importa observar que o tratamento assim concedido aos residentes ou domiciliados em Paraísos Fiscais, aplicável especificamente às operações em tela, tem caráter excepcional quando comparado ao tratamento dado, em geral, aos rendimentos auferidos por tais beneficiários consoante o art. 8º da Lei nº 9.779, de 1999.

14. Portanto, se via de regra "os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento (...) sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento", o investidor residente ou domiciliado em Paraíso Fiscal que realiza investimento em FIP com a devida observância do disposto no art. 79 da Lei 8.981/95 e das normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, habilita-se a tratamento pelas mesmas regras estabelecidas para os residentes ou domiciliados no País.

15. Desse modo, não faz jus à proteção dada pelo art. 78 da Lei 8.981/95 - equiparação a residente - o investidor residente ou domiciliado em Paraíso Fiscal que realiza investimento no Brasil sem a devida observância do disposto no art. 79 da mesma Lei.

16. Por outro lado, comete fraude o investidor residente ou domiciliado em Paraíso Fiscal que, visando disfarçar essa sua condição para pleitear benefício fiscal indevido, interpõe entidade entre si e o investimento que realiza no Brasil.

17. Pois é justamente a conjunção dessas duas situações que se observa no presente caso. O investimento no RW BRASIL FIP foi feito por certos Fundos

domiciliados nas Ilhas Cayman ("Fundos"), controlados pelo Grupo Riverwood. Entretanto, pela interposição fraudulenta dos INRs Ostensivos entre o RW BRASIL FIP e os Fundos, estes, ocultando-se do Fisco brasileiro, fizeram o investimento ao arrepio do disposto no art. 79 da Lei 8.981/95.

18. A prova do que assim se afirma encontra-se na Seção V, DA REALIDADE DISSIMULADA PELA UTILIZAÇÃO DOS INRs OSTENSIVOS, deste relatório. O cenário do investimento, ali reconstituído a partir dos documentos obtidos no curso da ação fiscal, pode ser assim representado:

19. Resumem-se a seguir as conclusões das análises desenvolvidas na referida Seção V, que levaram à reconstituição do cenário acima representado:

19.1. Os investimentos no RW BRASIL FIP foram feitos por 4 fundos domiciliados nas Ilhas Cayman ("Fundos"). São eles: Data Center Holdings AIV L.P., IT Brazil Group AIV L.P, Riverwood Capital Partners (Parallel - A) L.P. e Riverwood Capital Partners (Parallel - B) L.P.

19.2. Os recursos investidos provieram de Clientes do Grupo Riverwood. Entretanto, estes tiveram papel ativo somente até o momento em que, pela celebração de Acordos de Subscrição (Subscription Agreements), decidiram aderir a programa comercializado pelo Grupo. Já quanto aos investimentos realizados pelos Fundos, que sequer eram conhecidos quando da celebração desses Acordos, tiveram papel passivo. Deles, participaram apenas indiretamente, através de chamadas de capital quanto às quais não podiam furtar-se. Tampouco podiam denunciar livremente o compromisso assumido nos Acordos de Subscrição. Estes precederam a montagem da estrutura implementada pelo Grupo Riverwood para a realização dos correspondentes investimentos, o que se fez gradativamente, à medida que as oportunidades de negócio foram sendo identificadas.

19.3. Os Fundos e os INRs Ostensivos estavam submetidos a controle comum, exercido por Administrador (General Partner / Manager) integrante ao Grupo Riverwood, Riverwood Capital L.P. Este possuía prerrogativa exclusiva quanto à administração dos Fundos e quanto às decisões relativas aos investimentos a serem feitos pelos mesmos, bastando-lhe observar o perfil de investimento estabelecido para o programa e respeitar as regras de governança pactuadas através dos Acordos de Subscrição e documentos correlatos.

19.4. Os Fundos fizeram investimentos no RW BRASIL FIP, no Brasil, e também em outros países. Em cada caso, arcaram com as despesas incorridas para obtenção dos correspondentes rendimentos, conciliaram os diversos rendimentos líquidos e, após ser descontada a parcela devida ao próprio Grupo Riverwood, distribuíram os resultados aos Clientes do Grupo.

19.5. A estrutura implementada pelo Grupo Riverwood para realizar seus investimentos no Brasil foi arquitetada com o propósito de esquivar-se de sofrer tributação em qualquer de seus níveis. Para tanto, e apenas para tanto, os INRs Ostensivos foram fundamentais. Formais titulares das quotas do RW BRASIL FIP,

foram interpostos entre o FIP e os Fundos visando ocultar o fato de estes serem domiciliados em Paraíso Fiscal, situação impeditiva para a fruição do benefício fiscal de que trata o art. 3º da Lei 11.312/06.

20. Como deixam claros esses fatos, os investimentos no RW BRASIL FIP foram feitos pelos Fundos. Não cabe atribuir aos INRs Ostensivos o papel de investidores. Tampouco é possível atribuir tal papel aos Clientes do Grupo Riverwood.

21. Quanto à possibilidade de atribuir aos INRs Ostensivos o papel de investidores, as justificativas apresentadas pela fiscalizada para a presença dos mesmos na estrutura montada pelo Grupo Riverwood mostraram-se falaciosas, meros frutos de diversionismo. Assim o demonstra a análise dessas justificativas, desenvolvida na Subseção V.4, DAS RAZÕES ALEGADAS PARA A UTILIZAÇÃO DOS INRs OSTENSIVOS E DE SUAS INCONSISTÊNCIAS.

21.1. Diga-se de passagem, ao tentar justificar-se, a própria fiscalizada reconheceu, conforme se detalha na mencionada Subseção V.4, que os INRs Ostensivos eram meras “entidades de passagem” que “não possuem funcionários e tampouco desenvolvem atividade operacional ativa”.

22. Ao tentar justificar-se, a fiscalizada reconheceu também, conforme detalhado na mesma Subseção, que os termos dos Acordos de Subscrição celebrados pelos Clientes do Grupo Riverwood proibiam que este os obrigasse a fazer investimentos diretos FIP. Essa é apenas uma das várias razões, detalhadas nas Seções V e VII, que deixam claro que a tentativa de atribuir o papel de investidores aos Clientes do Grupo Riverwood é, também, fruto de diversionismo.

23. A tal respeito, convém destacar que boa parte da ação fiscal foi dedicada à obtenção dos elementos – documentos, esclarecimentos – que permitiram delinear o cenário exposto no quadro do parágrafo 18. Nesse interregno da ação fiscal, diversas das manifestações apresentadas pela DTVM, detalhadas na Seção V, DA REALIDADE DISSIMULADA PELA UTILIZAÇÃO DOS INRs OSTENSIVOS, descreviam pormenorizadamente e davam ênfase à estrutura implementada pelo Grupo Riverwood para a realização de seus investimentos, inclusive no RW BRASIL FIP.

24. Entretanto, quando foi questionada sobre as razões pelas quais não procedeu à retenção do imposto sobre os rendimentos que distribuiu, a DTVM passou a defender uma linha de raciocínio que implica na anulação do peso dessas estruturas, tratando os Clientes do Grupo Riverwood de modo equivalente ao de quotistas do RW BRASIL FIP. A Seção VII, DAS RAZÕES ALEGADAS E DAS VERDADEIRAS RAZÕES PARA A NÃO RETENÇÃO, expõe as alegações da fiscalizada nesse sentido e demonstra suas inconsistências e contradições.

25. As Seções II, III e IV deste relatório oferecem alguns elementos de contextualização para a análise procedida nas Seções subsequentes. Veja-se:

25.1. Na Seção II, DA AÇÃO FISCAL, apresentam-se alguns aspectos relevantes acerca do transcurso da ação fiscal.

25.2. A Seção III, INVESTIDORES NÃO RESIDENTES: VISÃO PANORÂMICA DOS ELEMENTOS BÁSICOS, apresenta um panorama dos controles a que o Investidor Não Residente (“INR”) deve submeter-se para habilitar-se a realizar investimentos no Brasil, e esclarece de que maneira os INRs Ostensivos moldaram-se a tais controles do ponto de vista formal.

25.3. Na Seção IV, DA TRIBUTAÇÃO DE GANHOS E RENDIMENTOS AUFERIDOS COM INVESTIMENTO EM FIP, promove-se um breve estudo dos arts. 2º e 3º da Lei 11.312/06, visando identificar as alíquotas aplicáveis a ganhos e rendimentos auferidos com investimento em FIPs em situações de interesse para a presente autuação.

26. Embora a reconstituição do cenário representado no parágrafo 18 tenha resultado de considerável esforço realizado no curso da ação fiscal, já quando a DTVM decidiu não reter e recolher o imposto incidente sobre os rendimentos que distribuiu aos INRs Ostensivos, era do pleno conhecimento do Grupo SANTANDER a inaplicabilidade, aos mesmos, do benefício de que trata o art. 3º da Lei 11.312/06. As provas a tal respeito, abundantes e cabais, são apresentadas e descritas na Seção VI, DAS PROVAS DA PRÉVIA CIÊNCIA DA INAPLICABILIDADE DO BENEFÍCIO.

27. Com efeito, durante boa parte do período fiscalizado, o BSB era REPRESENTANTE e CUSTODIANTE dos INRs quotistas dos FIPs administrados pela DTVM. As Subseções VI.1 e VI.2 são dedicadas a detalhar de que maneira a DTVM e o BSB alegaram ter cumprido suas obrigações quanto à identificação desses seus clientes em comum, apontando as limitações dos procedimentos que adotaram. A análise desses procedimentos revelou, primeiramente, que era o BSB quem detinha efetivo conhecimento a respeito dos referidos clientes. Revelou, ainda, que o Grupo SANTANDER tinha pleno conhecimento da natureza dos negócios que o Grupo Riverwood realizava através dos INRs Ostensivos.

28. Para a consecução e consumação dos ilícitos tributários de que trata a presente autuação, o Grupo Riverwood contou com a conivência e a colaboração tanto da DTVM quanto do BSB. Primeiramente porque ambos conferiram legitimidade aos INRs Ostensivos pela formalização de atos com estes. Ademais, como Administradora do RW BRASIL FIP, durante o período fiscalizado a DTVM atribuiu a eles rendimentos efetivamente auferidos pelos Fundos, transferindo-os para contas de depósito (“Contas 2689”) que o BSB mantinha em seus nomes. Como CUSTODIANTE, o BSB, por sua vez, confirmou os créditos e, ato contínuo, encarregou-se de remeter os recursos ao exterior. Os ilícitos tributários foram consumados pela não retenção, recolhimento ou declaração do Imposto de Renda incidente sobre esses rendimentos. Tal situação demonstra que o BSB e a DTVM agiram em conluio relativamente aos fatos que dão causa à presente autuação.

29. Essa conduta da DTVM e do BSB explica-se pelas vantagens que, assim agindo, propiciaram ao Grupo SANTANDER, conforme detalha a Subseção VII.3, DAS VERDADEIRAS RAZÕES PARA A NÃO RETENÇÃO.

30. Diante da constatação de fraude, sonegação e conluio para a consumação das infrações ora autuadas, aplicou-se multa de ofício qualificada no presente lançamento. É disso que trata a Subseção VIII.3, DA MULTA DE OFÍCIO E DA QUALIFICAÇÃO.

31. Além de conhecer a realidade e custodiar os ativos dos INRs Ostensivos durante todo o período em que ocorreram os ilícitos ora autuados, o BSB foi contratado, conforme acima observado, para realizar todas as operações de câmbio vinculadas aos pagamentos de rendimentos distribuídos aos mesmos pela DTVM. Em realidade, as distribuições de rendimentos pelo FIP e as remessas dos correspondentes recursos ao exterior eram vistas, pelos clientes do Grupo SANTANDER, como uma só operação. Assim, o BSB foi igualmente responsabilizado pelo crédito tributário ora constituído. Disso trata a Subseção VIII.2, DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

32. Na Seção VIII, DAS INFRAÇÕES IDENTIFICADAS E DO DEVIDO TRATAMENTO.

promove-se a apuração do imposto devido em razão dos rendimentos distribuídos pela DTVM aos INRs Ostensivos, apontando-se os enquadramentos legais. As infrações ali identificadas foram levadas ao Auto de Infração de que o presente relatório é parte integrante, para cálculo do imposto e dos acréscimos legais devidos e para formalização do lançamento. O crédito tributário constituído é assim composto:

33. Finalmente, no curso do procedimento fiscal foram constatados, também, fatos que configuram, em tese, crimes tipificados na legislação penal, pelo que o presente Auto de Infração faz-se acompanhar das devidas Representações. É disso que trata a Subseção VIII.5, DAS REPRESENTAÇÕES.

Nas folhas seguintes do Termo de Verificação Fiscal (fls. 18/97), o autuante aborda detalhadamente a ação fiscal; apresenta uma visão panorâmica dos elementos básicos relativos aos investidores não residentes; comenta sobre os aspectos da tributação dos ganhos e rendimentos auferidos com investimento em FIP; relata a constatação de uma realidade dissimulada, segundo ele, pela utilização de INRs ostensivos; enumera, no seu entendimento, as provas da prévia ciência por parte da autuada da inaplicabilidade do benefício fiscal; discorre sobre as razões alegadas e as verdadeiras razões, sob sua ótica, para a não retenção do imposto; descreve as infrações identificadas por ele e o tratamento dado a elas.

A IMPUGNAÇÃO apresentada pelo sujeito passivo principal - Santander DTVM (fls. 14139/14299), acompanhada de documentos de (fls.14.300 /14.392) apresenta, em suma, em suas 161 folhas, os seguintes argumentos:

- O auto de infração seria nulo, por carecer de liquidez e certeza, na medida em que: - violaria o disposto no artigo 20 da Instrução Normativa RFB nº 1.022 de 5 de abril de 2010,

que trataria da isenção do repasse dos dividendos, distribuídos pelas sociedades que compõem as carteiras do FIP, aos seus cotistas; - o auto de infração não respeitaria o disposto no artigo 2º, §2º da Lei nº 11.312/06, regulado pelo artigo 25, §2º da IN RFB nº 1.022/10 e pelo artigo 32, §2º Instrução Normativa RFB nº 1.585 de 31 de agosto de 2015, que tratariam da base de cálculo do IR/Fonte no caso de amortização de cotas e seria resultante de uma indevida aplicação da regra contida no artigo 725 do Decreto nº 3.000 de 26 de março de 1999 (RIR/99), que trata do reajustamento de base de cálculo do IRRF.

- Analisando-se as bases de cálculo autuadas, identificadas no "Anexo Único - Apuração do Imposto Devido"; fl. 89 do TVF), seria possível notar que estaria sendo exigido o IRRF também sobre valores que se refeririam a dividendos distribuídos pelas sociedades investidas pelo FIP, administrado pela Impugnante no período autuado, contrariando o disposto no artigo 22 da IN RFB nº 1.022/10, vigente à época dos fatos, que disporia que os dividendos distribuídos pelas companhias emissoras de ações integrantes da carteira do fundo seriam isentos do imposto sobre a renda.

CLIENTE	DATA LIQ	HISTÓRICO	BC	IMPOSTO DEVIDO	Total diario
TCES 17497	30/04/2014	Dividends FP TCUS0302	168.535,66	41.733,92	
TCES17500	30/04/2014	Dividends FP TCUSG302	167.073,41	41.763,35	
TCES17519	30/04/2014	Dividends FP TCUS0302	115.154,93	28.788,73	
TCES19560	30/04/2014	Dividends FP TCUS0302	134.835,96	33.708,99	146.000,00.
TCES17497	28/07/2014	FIP Amortization TCUSQ302	93.446.367,56	23.361.591,89	
TCES17500	28/07/2014	FIP Amortization TCUS0302	93.523.449,35	23.369.862,34	
TCES17519	28/07/2014	HP Amortization TCUS0302	64.480.803,79	16.115.200,95	
TCES 19560	28/07/2014	FIP Amortization TOJS0302	75.477.741,06	18889.435,27	81.727.090,44

- A autuação violaria o artigo 2º, § 2º da Lei nº 11.312/06, artigo 25, § 2º, da IN RFB nº 1.022/10 e artigo 32, §2º, da IN RFB nº 1.585/15, bem como o art. 43 do CTN, uma vez que, o autuante teria incluído nas bases de cálculo todo valor referente às amortizações das quotas, majorando indevidamente o suposto crédito tributário exigido, em vez de tributar apenas os valores que superariam os montantes integralizados pelos cotistas no fundo, ou seja, o custo de aquisição das cotas.

- Teria juntado com a impugnação planilha gerencial anexa que demonstraria, de forma detalhada, que, caso a Autoridade Fiscal tivesse considerado a totalidade dos custos de aquisição dos investidores, apurando o efetivo acréscimo patrimonial auferido por esses, as bases autuadas nesses autos teriam sido reduzidas de R\$ 81,8 milhões para aproximados R\$ 64,8 milhões, conforme demonstrativo anexo (Doc. 03).

- Teria havido indevida aplicação da regra de reajustamento da base de cálculo, uma vez que o artigo 725 do RIR/99 imporia o reajustamento da base de cálculo do IRRF única e exclusivamente à hipótese de a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiário, ou seja, somente nas situações em que restar verificada a existência de disposição contratual determinando que o ônus econômico relativo ao IRRF seria da fonte pagadora especificante, situação não observada nos autos.

- As hipóteses de reajustamento da base do IR/Fonte sem a assunção do ônus econômico do imposto pela fonte pagadora estariam contempladas em dispositivos específicos (regras de exceção), os quais não contemplariam a situação ora analisada, existindo no caso, ao contrário, disposição contratual no sentido de que eventuais exigências tributárias, incluindo o IRRF, seriam suportadas pelos investidores não residentes

- Ainda que se tratasse de hipótese de reajustamento de base de cálculo, caberia à Autoridade Fiscal a comprovação de que o ônus econômico do imposto seria da fonte pagadora, não sendo admissível qualquer tipo de presunção nesse sentido (conf. Acórdão nº CSRF/01-02.257).

- Seria indevida qualquer alegação no sentido de só haver nulidade do lançamento fiscal nas hipóteses restritas previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235 de 6 de março de 1972, pois todo o ato afetado de vício insanável em seu elemento constitutivo seria nulo, situação na qual se enquadraria exatamente o auto de infração.

- No mérito, a exigência fiscal seria absolutamente descabida, na medida em que rigorosamente teria cumprido o Requisito de Domicílio e o Teste dos 40% para fins de aplicação da alíquota zero prevista na Lei nº 11.312/06.

- A condição imposta pela Lei nº 11.312/06 para aplicação da alíquota zero exigiria apenas a verificação do seu cumprimento no primeiro nível do investimento, limitando-se, portanto, às entidades de Delaware, noção que teria fundamento no conceito de investidor não residente encampado pela regulamentação do CMN.

- A Autoridade Fiscal teria exorbitado os limites legais, ao partir da equivocada premissa de se considerar que os cotistas residentes em Delaware deveriam ser desconsiderados com o fim de levar em conta os arranjos contratuais estabelecido nas Ilhas Cayman como reais investidores do FIP, e ainda que os cotistas não residentes sob controle comum deveriam agregar suas participações no correspondente FIP para atestar o cumprimento do Teste dos 40%.

- Mesmo que fosse o caso de considerar cotistas não residentes sob controle comum para os fins do Teste dos 40%, não seria esse o caso dos autos, pois o Gestor - que tomaria as decisões de investimento e desinvestimento nos termos de seu mandato - não seria controlador dos cotistas não residentes do FIP (LLC).

- A acusação fiscal decorreria de análise equivocada e desfocada do próprio objetivo da norma indutora que estabeleceu a alíquota zero de IR/Fonte sobre os rendimentos em questão.

- De acordo com a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 281 de 15 de fevereiro de 2006, convertida na mencionada Lei nº 11.312/06, que instituiu a alíquota zero em comento, a intenção da referida proposição legislativa teria sido a de "...incentivar o desenvolvimento do segmento de capital de risco ...", tratado como "um importante instrumento de atração de recursos externos".

- A Autoridade Fiscal teria passado ao largo das especificidades, dos contornos regulatórios e do tratamento tributário dos cotistas dos FIP, revelando seu desconhecimento do funcionamento dessas estruturas, explicitado, a propósito, no diagrama de fl. 14.160, que ilustraria ainda a interação com seus investidores, prestadores de serviço e órgãos reguladores.

- Ao referenciar o investimento realizado nos termos da regulamentação do CMN, a Lei nº 11.312/06 se apropriaria do conceito de investidor estrangeiro definido pelo CMN.

- O regramento regulatório do CMN que trataria dos investimentos realizados por não residentes no mercado financeiro e de capitais (positivado na Resolução CMN nº 4.373/14, que teria substituído a Resolução CMN nº 2.689/00) não exigiria a análise de elementos adicionais para a determinação da qualidade de investidor não residente, bastando, portanto, apenas a análise das características do próprio investidor, a não residência em território nacional e a manutenção de investimentos no Brasil.

- A regra conceituaria como investidor estrangeiro a pessoa física ou pessoa jurídica (ou outras entidades) que investiria diretamente no País e não seus sócios, controladores e/ou beneficiários finais.

- Da perspectiva da regulamentação aplicável, seria considerado investidor não residente aquele que deteria a titularidade jurídica direta sobre os ativos brasileiros.

- Não haveria fundamento legal para desconsiderar a existência formal dos cotistas não residentes, investidores do RW Brasil FIP e considerar que o investimento teria sido feito de forma direta por limited partnerships localizadas nas Ilhas Cayman.

- Não somente o conceito regulatório não exigiria substância econômica do investidor não residente a fim de assegurar seu registro nos termos da regulamentação aplicável, mas também, para fins fiscais, o conceito específico direcionado pela substância econômica previsto na legislação tributária brasileira ("RFP") não seria aplicável para fins da alíquota zero prevista na Lei nº 11.312/06.

- O conceito de regime fiscal privilegiado ("RFP"), cuja identificação pressuporia justamente a necessidade de se perquirir sobre a substância econômica da pessoa jurídica no seu país de origem, seria diferente, contrário ao da própria definição de JTF.

- Apesar de a forma jurídica sob a qual se organizam os cotistas não residentes do FIP poder ser enquadrada como um RFP, tal conceito não seria aplicável para fins de definição do regime tributário dos cotistas não residentes de FIP, posto que o artigo 3º da Lei nº 11.312/06 seria claro ao definir o Requisito de Domicílio com referência exclusiva ao conceito de JTF, e não ao de RFP.

- Não se poderia desconsiderar a existência das LLC, cotistas não residentes do FIP, porque o conceito de investidor não residente encampado pela Lei nº 11.312/06 pressuporia conformidade com a regulamentação aplicável, a qual, por sua vez, pressuporia a existência de

vínculo jurídico-formal do investidor com ativos localizados no Brasil e em nenhum momento exigiria substância econômica para conceder o registro ao investidor não residente.

- No caso dos autos, nos termos da regulamentação do CMN, os investidores no Brasil não seriam as Limited Partnerships localizadas nas Ilhas Cayman, mas sim as entidades constituídas sob a forma de Limited Liability Companies domiciliadas no estado de Delaware.

- Tampouco poderiam ser desconsiderados os cotistas não residentes pelo fato de serem residentes em Delaware na medida em que os Estados Unidos da América não seriam considerados como JTF pelas autoridades fiscais, ainda que os cotistas não residentes pudessem potencialmente ser beneficiários de RFP.

- A Lei nº 11.312/06 teria se utilizado do Conceito Estrito de JTF para restringir a aplicação da alíquota zero de IR/Fonte, mas não do conceito de RFP, que seria tratado separadamente na legislação.

- O conceito de RFP, ao contrário da própria definição de JTF, pressuporia a necessidade de se perquirir sobre a atividade desenvolvida pelo investidor não residente no seu país de origem, como se inferiria da leitura do artigo 24-A da Lei nº 9.430/96.

- O conceito de JTF diferiria da noção de RFP, uma vez que esta (e somente esta) autorizaria que o intérprete analisasse a substância econômica e as atividades desenvolvidas pelo investidor não residente ao determinar o tratamento tributário para fins específicos.

- Ao contrário do que a Autoridade Fiscal teria buscado construir, o conceito de JTF para fins da aplicação da alíquota zero não incluiria o conceito de dependências (subdivisões políticas) ou tampouco faria qualquer referência a aspectos tendentes à verificação da substância econômica das estruturas no exterior.

- Só haveria que se cogitar potencial questionamento fiscal embasado pela falta de substância econômica dos cotistas não residentes do FIP caso a regra de alíquota zero prevista pela Lei nº 11.312/06 condicionasse a concessão desse regime de tributação incentivado a que os investidores não residentes não estivessem sob RFP, posto que este conceito expressamente requeriria algum nível de atividade com substância para afastar sua qualificação, o que não haveria que se cogitar pela referência expressa do artigo 3º, § 1º, III, da Lei nº 11.312/06.

- Cotejando-se o conceito de JTF e a regulamentação do CMN, se concluiria que para fins de gozo da alíquota zero, apenas o cotista não residente não poderia estar localizado em JTF, não existindo, contudo, qualquer previsão legal que exigisse ou mesmo autorizasse a verificação do local de residência dos demais veículos integrantes da cadeia de investimento para fins de desqualificação da alíquota zero, com base em uma análise focada em substância.

- A Autoridade Fiscal realizaria juízo de conveniência ao eleger o nível situado nas Ilhas Cayman para reputar ali existente a substância econômica das operações, conclusão divorciada da realidade.

- Ainda que o legislador fiscal previsse de forma expressa a análise de substância econômica dos níveis acima do nível dos cotistas não residentes do FIP, a existência das entidades constituídas sob a forma de limited liability companies seria necessária para realização dos investimentos geridos pela Riverwood.

- As LLC em Delaware seriam meios essenciais de proteção ao patrimônio dos Sócios Investidores, afastando os riscos relacionados à responsabilização pessoal por contingências oriundas de investimentos, já que as LP localizadas nas Ilhas Cayman seriam entes sem personalidade jurídica, tendo um vínculo meramente contratual.

- Seria razoável que os investidores buscassem fixar os seus investimentos em jurisdições que dificilmente desconsiderariam os limites da personalidade jurídica para afetar o seu patrimônio pessoal, sobretudo quando a atividade a ser desempenhada seria notoriamente arriscada.

- Os veículos localizados em Delaware confeririam solução valiosa à ausência de personalidade jurídica das LP situadas nas Ilhas Cayman.

- Como reconhecido pela própria Autoridade Fiscal nos itens 224 a 226 do TVF, diferentemente dos valores recebidos pelas LP, que obrigatoriamente teriam de ser distribuídos aos Sócios Investidores, os valores recebidos pelas LLC teriam autorização para serem reinvestidos em outros rendimentos no Brasil ou em outras jurisdições.

- As entidades localizadas em Delaware possuiriam tanta substância econômica quanto poderia se esperar de entidades constituídas para serem holdings, isso é, deterem investimentos de capital, sendo que, nessa perspectiva, à vista da prerrogativa de reinvestimento, se vislumbraria nas LLC maior grau de substância econômica do que aquele identificado nas Ilhas Cayman.

- Não seria razoável que Autoridade Fiscal, apenas pela análise dos atos de constituição das LLC, pudesse chegar às conclusões constantes do TVF, inclusive buscando atribuir substância econômica às limited partnerships (arranjos contratuais estabelecidos nas Ilhas Cayman), e questionar a substância econômica dos chamados nINRs Ostensivos" (as LLC).

- Tivesse a Autoridade Fiscal feito o seu trabalho investigativo de modo a verificar a verdade material (em lugar de exercer mero juízo de conveniência/presunção), teria vislumbrado o real propósito da constituição das LLC, as quais teriam substância suficiente para o desempenho do propósito para o qual teriam sido constituídas.

- As estruturas em Delaware, do ponto de vista formal, seriam consideradas como estruturas de investimento e confeririam aos investidores maior segurança jurídica, por se tratarem de entidades constituídas e regidas segundo a legislação de Delaware, cujas normas seriam muito bem desenvolvidas.

- Seria usual a utilização das LLC para realização de investimentos em decorrência da sofisticação das regras de governança corporativa de Delaware e da inegável proteção patrimonial por ela conferida.

- Delaware teria alta flexibilidade na seara societária para determinação de regras de governança e condução dos negócios, elementos que teriam levado à escolha dessa subdivisão política para o domicílio dos cotistas do FIP.

- O Estatuto Geral Corporativo de Delaware (Delaware General Corporation Law) seria um dos estatutos mais modernos e flexíveis e a efetividade dos tribunais, sobretudo o Tribunal de Chancelaria (e a vasta jurisprudência em matérias de direito societário) seria outro fator a favor da escolha.

- No âmbito da aplicação da alíquota zero instituída pela Lei nº 11.312/06, o legislador não teria incluído o conceito de dependências (subdivisões políticas) ou tampouco teria feito qualquer referência a aspectos tendentes à verificação da substância econômica das estruturas no exterior, tendo vedado de referida regra apenas os residentes em JTF.

- Teriam sido fornecidos à fiscalização diversos documentos demonstrando de forma clara que os beneficiários efetivos dos recursos não se encontrariam no nível de investimento das LP ("Nível II").

- Em outro ângulo, definitivamente não haveria que se falar em interposição fraudulenta das LLC; ao contrário do indicado no item 118 do TVF, não estariam presentes os elementos previstos no § 1º do artigo 26 da Lei nº 12.249/10.

- A condição imposta pela Lei nº 11.312/06 para aplicação da alíquota zero exigiria apenas a verificação do seu cumprimento no primeiro nível do investimento, limitando-se, portanto, às entidades de Delaware, noção que teria fundamento no conceito de investidor não residente encampado pela regulamentação do CMN.

- O conceito de JTF utilizado pela Lei 11.312/06 não exigiria teste de substância econômica na análise sobre o domicílio do investidor, mas apenas o cumprimento do requisito numa perspectiva objetiva.

- Diferentemente do conceito de JTF, o conceito legal de RFP exigiria o teste de substância, mas seria aplicável, nos termos da lei, apenas para fins de preço de transferência e subcapitalização, não cabendo à Autoridade Fiscal buscar o mesmo teste de substância para hipótese não prevista na lei.

- Se a Autoridade Fiscal tinha intenção de fazer o raciocínio de substância econômica, não caberia atribuir às entidades localizadas nas Ilhas Cayman tal característica, já que essas sim seriam veículos destituídos de personalidade jurídica e sem qualquer atributo que as configurasse como beneficiárias efetivas dos rendimentos - cabendo, portanto, a análise, não realizada pela Autoridade Fiscal, da base de Sócios Investidores, os quais inegavelmente cumpririam os requisitos para isenção.

- Os critérios estabelecidos pela Lei nº 11.312/06 no que tangeria ao Requisito de Domicílio do cotista do FIP para fins da aplicação da regra de alíquota zero teriam sido obedecidos no caso.

- Ao determinar a alíquota de 25%, a Autoridade Fiscal não teria feito referência à legislação que regularia investimentos em FIP, mas teria se valido de dispositivo genérico que trataria da alíquota aplicável ao IR/Fonte incidente nas remessas feitas a beneficiários domiciliados em JTF, conforme o disposto no artigo 8º da Lei nº 9.779 de 19 de janeiro de 1999.

- Quisesse a Autoridade Fiscal ter desconsiderado a existência das LLC, haveria que estabelecer por completo a nova realidade fiscal do que suscitaria, a fim de utilizar alíquota de 15%, aplicável aos investimentos em FIP feitos por investidores não residentes localizados em JTF.

- Seria dever da Autoridade Fiscal imputar todos os efeitos decorrentes do lançamento fiscal e não apenas aqueles que lhe interessassem sob uma perspectiva exclusivamente arrecadatória.

- Em suas duas dimensões (Teste Formal e Teste Econômico), o Teste dos 40% deveria ser direcionado ao cotista titular de cotas do FIP, devendo ser agregadas as participações dos cotistas titulares de cotas que fossem considerados como partes ligadas.

- A definição de partes ligadas, expressamente prevista na Lei nº 11.312/06, abrangeria cotista que fosse controlador de outro cotista, cotista que fosse 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.

- O conceito de partes ligadas previsto na Lei nº 11.312/06 não incluiria cotistas sob controle comum de sociedade que não fosse cotista do FIP.

- Deveria ter como ponto de partida o artigo 243 da Lei nº 6.404/76, interpretado a partir de duas premissas teóricas: a primeira, de que tal dispositivo deveria ser aplicado a cotistas não residentes regulados pelo direito estrangeiro e a segunda, que solucionaria perplexidades existentes na primeira premissa, que tal conceito seria detalhado pelo CPC 36 (IFRS 10), integrado ao ordenamento societário vigente por força de deliberação da CVM e do quanto previsto no artigo 177 da Lei nº 6.404/76.

- Não haveria controle comum e o Gestor seria agente/prestador de serviço e não poderia ser equiparado a sociedade controladora dos cotistas não residentes do FIP em questão, nos termos do artigo 243 da Lei nº 6.404/76, cujo conceito seria detalhado pelo CPC 36 (IFRS 10).

- Mesmo que fosse o caso de direcionar a análise do Requisito de Domicílio e do Teste dos 40% sob o ângulo da substância, haveria de se reconhecer que os beneficiários econômicos dos rendimentos distribuídos pelo FIP não seriam residentes em JTF, fato sobre o qual a Autoridade Fiscal teria se furtado de tratar no TVF, e que haveria pulverização no nível dos

Sócios Investidores, reconhecida pela Autoridade Fiscal e inerente à estrutura questionada e comprovada no curso da fiscalização.

- O autuante não só teria incorrido em equívocos conceituais, anteriormente referidos, como também teria cometido equívocos na identificação da situação fática retratada por ele.

- Além da ausência de base legal para averiguação de substância econômica do investidor não residente, não teria sido observado que a existência das entidades localizadas em Delaware teria por principal finalidade segregar e fazer a proteção patrimonial dos Sócios Investidores, além de permitir o reinvestimento de recursos advindos de distribuições feitas pelo FIP.

- A Autoridade Fiscal, desconsiderando a finalidade das entidades localizadas em Delaware, teria tentado atribuir às LP substância econômica para atribuir-lhes a condição de reais investidores, apesar de estas configurarem meros arranjos contratuais e não possuírem substância econômica para serem consideradas como reais investidores, sequer sendo dotadas de personalidade jurídica.

- As LP de Cayman não seriam as destinatárias ou as beneficiárias finais dos investimentos e não manteriam indefinidamente para si os proventos, tendo sido constituídas, na verdade, para agregar os recursos dos sócios investidores e estabelecer relações jurídicas entre eles.

- Uma evidência de que tais arranjos contratuais estabelecidos nas Ilhas Cayman (as LP) não poderiam ser considerados como os cotistas do FIP seria o fato de que elas seriam obrigadas a distribuir os proventos advindos dos investimentos.

- Por mais que as LP localizadas nas Ilhas Cayman sejam as responsáveis pelo pagamento das despesas incorridas na obtenção dos rendimentos, como as parcelas devidas ao Gestor, como teria mencionado a Autoridade Fiscal no item 202 do TVF, tal evento seria um simples desconto procedimental que não implicaria o exercício de uma atividade operacional; tão verdadeira seria essa afirmação que sequer existem funcionários exclusivos para as entidades estabelecidas nas Ilhas Cayman.

- Ao se analisar as entidades de Nível II, domiciliadas nas Ilhas Cayman, a conclusão a que se chega é que elas, assim como as entidades de Nível I, também seriam entidades veículo, sem funcionários e atividade operacional ativa.

- Admitindo-se, por amor ao debate, que se poderia desconsiderar os cotistas não residentes como investidores do FIP, seria necessário desconsiderar tanto as entidades de Nível I como de Nível II e analisar os Sócios Investidores para fins de verificação do Requisito de Domicílio e do "Teste dos 40%"; todavia, a Autoridade Fiscal não o teria feito.

- Teria apresentado farta documentação à Autoridade Fiscal no curso do procedimento, incluindo planilhas com a composição de Sócios Investidores em cada um dos

Fundos geridos por Riverwood (fl. 14.124 dos autos), demonstrando a dispersão de investidores e a procedência do capital vinda de múltiplas jurisdições.

- A Autoridade Fiscal, ao ter acesso a tais documentos, certamente teria notado que a entidade Riverwood Capital Partners (Parallel-A) L.P., detentora de 100% do cotista RCP (Parallel) Brazil Holdings LLC, teria o Fundo de Pensão do Estado da Califórnia (limited partner) como detentor de 97,4 % das ações e a Riverwood Capital LP (general partner) como detentora dos outros 2,6%.

- A Autoridade Fiscal também teria notado que a entidade Riverwood Capital Partners (Parallel-B) L.P., detentora de 100% do cotista RCP (Parallel B) Brazil Holdings LLC, teria o Fundo de Pensão do Estado da Ohio (limited partner) como detentor de 97,05 % das ações e a Riverwood Capital LP (general partner) como detentora dos outros 2,95%.

- Os Fundos de Pensão dos Estados da Califórnia e Ohio seriam praticamente Sócios Investidores exclusivos de tais fundos, reunindo amplos poderes para influenciar na condução dos negócios. Apenas a título de exemplo, tais Sócios Investidores possuiriam discricionariedade para, sozinhos, e em cada um de seus veículos de investimento, destituir Riverwood da posição de gestora destes Fundos ou mesmo liquidar os Fundos

- A Autoridade Fiscal, convenientemente e com objetivo meramente arrecadatário, teria optado por encerrar sua análise no Nível II, apesar de ter recebido centenas de documentos que permitiriam a identificação de base pulverizada de investidores e mesmo em alguns casos, de investidores que, sozinhos, derrubariam por completo a tese do controle de Riverwood em relação às entidades, bem como o cumprimento do Requisito de Domicílio por parte dos Sócios Investidores.

- A Autoridade Fiscal tentaria equiparar a existência de cláusulas rígidas de remoção do Gestor a uma "maneira a tornar impossível a substituição do Administrador, Riverwood Capital L.P., por livre deliberação dos correspondentes Sócios Investidores", o que embasaria sua equivocada interpretação de que Riverwood exerceria controle comum.

- Da imposição de condições à destituição do Gestor, não se poderia inferir suposta sujeição dos Sócios Investidores ao arbítrio do Gestor, e muito menos a ausência de titularidade desses Sócios Investidores sobre os recursos investidos e os correspondentes benefícios econômicos.

- Como se poderia inferir a partir da análise dos documentos juntados durante a fiscalização, sequer seria verdade que seria "impossível" substituir o Gestor por deliberação dos Sócios Investidores, como erroneamente afirmaria a Autoridade Fiscal.

- Os Sócios Investidores estariam autorizados a remover o Gestor sem justa causa, o que demonstraria que não haveria qualquer suporte fático razoável que justificasse a tese da Autoridade Fiscal.

- Os Limited Partnership Agreements (Contratos Sociais) atestariam a possibilidade de remoção do gestor nas estruturas de investimento da Riverwood (conf. fls. 10437 a 10612, 10613 a 10786, 10787 a 11011 e 11012 a 11226 dos autos).

- A discricionariedade do Gestor seria limitada e direcionada nos termos estritos dos mandatos conferidos, não se tratando, portanto, de investir em qualquer empresa, sem qualquer critério.

- Haveria critérios específicos de alocação dos recursos captados são específicos, negociados caso a caso em longas rodadas de captação de recursos, levando em consideração o atendimento de critérios específicos de cada Sócio Investidor, o que evidenciaria não o exercício de controle, mas, pelo contrário, a subordinação do Gestor aos termos do mandato.

- Seria equivocada a afirmação da Autoridade Fiscal de que os Sócios Investidores não teriam a possibilidade de deixar de atender as chamadas de capital ou mesmo rescindir os acordos de subscrição firmados com o Gestor, posto que haveria diversas situações em que tais recusas e mesmo a transferência do ônus de integralização seriam perfeitamente possíveis, demonstrando a independência dos Sócios Investidores em relação ao Gestor.

- Seria errônea a conclusão da Autoridade Fiscal de que as LP (entidades Nível II) possuiriam substância econômica por arcar com custos de transação, despesas e distribuições aos Sócios Investidores e seriam os efetivos investidores do FIP (em detrimento dos Sócios Investidores).

- Na realidade, seria justamente o contrário, pois cada Sócio Investidor possuiria uma conta de capital individualizada na estrutura, e o Gestor alocaria ganhos, despesas e sua remuneração de maneira completamente individualizada.

- Mesmo no caso da estruturação feita pela Riverwood de veículos de investimento alternativos (a Data Center Holdings AIV L.P e a IT Brazil Group L.P.) e de Fundos Paralelos (Riverwood Capital Partners (Parallel - A) L.P. e Riverwood Capital Partners (Parallel - B) L.P.), tais veículos não seriam estruturados a esmo e o Gestor não alocaria livremente o capital comprometido dos Sócios Investidores. Na verdade, haveria arranjos negociais, restrições regulatórias, e outras razões que levariam à criação de estruturas alternativas.

- Não haveria delegação ao Gestor de todos os poderes relativos aos processos de tomada de decisão, o que, na visão da Autoridade Fiscal, também corroboraria com a tese que embasaria o lançamento fiscal.

- Mesmo nos casos em que o Gestor dos investimentos possuiria amplos poderes com relação à tomada de decisão da entidade e receberia remuneração com base na sua performance, não haveria que se falar em relação de controle sobre a entidade, característica claramente ignorada pela Autoridade Fiscal.

- Assim, o Gestor cumpriria mandato muito específico que o qualificaria como agente, nos termos previstos pelo CPC 36, norma contábil incorporada no ordenamento

societário, de modo que o exercício dos poderes de tomada de decisão se faria por delegação dos Sócios Investidores e não em nome próprio.

- A regra de exceção prevista no §1º do artigo 3º da Lei nº 11.312/2006 não contemplaria a hipótese de cotistas sob controle comum, e, além disso, o Gestor exerceria, no âmbito da estrutura de investimento analisada, papel de mero prestador de serviços, não havendo como se afirmar, portanto, que o capital pulverizado, investido no Brasil, estaria sob um controle comum, nos termos do que disporia o artigo 243, §2º, da Lei nº 6.404/76, ao qual a legislação tributária faria referência.

- Em relação aos recursos financeiros investidos no FIP, o Gestor exerceria a função estrita para a qual foi contratado, qual seja a de gerir capital de terceiros.

- A aplicação do Teste dos 40% não abarcaria a hipótese de controle comum entre os cotistas que não se amoldasse ao conceito de controle conforme previsto no § 2º do artigo 243 da Lei nº 6.404/76, no qual se pautaria o artigo 3º da Lei nº 11.312/06; no caso, haveria uma relação de prestação de serviços, por meio da qual o Gestor atuaria por conta e ordem dos Sócios Investidores.

Às fls.117/120, a impugnante apresenta quadro indicando, segundo ela, premissas equivocadas que teriam sido adotadas pelo autuante, contrapostas por argumentos contrários. Prosseguindo, ela ainda argumenta que:

- Seria improcedente o juízo de valor pretendido pela Autoridade Fiscal sobre o cumprimento, pela Impugnante e pelo Banco Santander, do dever de "know your customer", previsto na Lei nº 9.613/98 e na Instrução CVM nº 560, de 27 de março de 2015.

- A legislação não atribuiria competência à Autoridade Fiscal para questionar o cumprimento de regras regulatórias pelos contribuintes.

- A aplicação da alíquota zero do IR/Fonte aos rendimentos distribuídos pelo FIP a investidores não residentes, prevista na Lei nº 11.312/06, não estaria atrelada ao dever de "know your customer".

- Teria havido o efetivo cumprimento dos deveres regulatórios impostos à Impugnante e ao Banco Santander.

- Além de incorrer em diversos equívocos conceituais, a Autoridade Fiscal teria cometido inúmeros equívocos na identificação da situação fática retratada nos autos e, conseqüentemente, teria formalizado o lançamento fiscal com base em premissas fáticas equivocadas.

- Conforme já decidido em diversas vezes no âmbito do CARF, as Autoridades Fiscais não possuiriam competência (técnica e funcional) para questionar o cumprimento de deveres impostos por agentes reguladores, não podendo ser aceito o juízo de valor feito pela Autoridade Fiscal acerca do cumprimento, pela Impugnante e pelo Banco Santander, do dever de know your

customer, regulamentado pela CVM e que não possuiria qualquer vínculo com a legislação tributária.

- Além disso, no caso concreto, teria havido o cumprimento estrito desse dever por parte da Impugnante, bem como pelo Banco Santander.

- O dever de cumprimento dos requisitos regulatórios atinentes ao "know your customer" não teria relação e não implicaria em qualquer efeito quanto à aplicação da alíquota zero do IR/Fonte prevista na Lei nº 11.312/06.

- A obrigação de a Impugnante conhecer seus clientes decorreria de disposição contida na Lei nº 9.613/98, subsidiada pelo disposto nas ICVM nº 301/09 e ICVM nº 560/15 (e previamente a esta, na ICVM nº 325/00), da qual se extrairiam as diretrizes que deveriam ser atendidas para o fim de cumprir o referido.

- Os Contratos de Custódia firmados pela Impugnante com os titulares das contas coletivas exigiriam, por previsão expressa, que estes se responsabilizassem, também, pelo cumprimento do dever de "know your customer" com relação a seus clientes.

- Não procederia a afirmação segundo a qual ela não teria conhecimento quanto à identificação dos clientes dos investidores não residentes, porquanto ela disporia de meios suficientes para, por intermédio dos investidores não residentes, obter informações acerca dos clientes destes.

- O cumprimento dos requisitos exigidos pelas normas regulamentares, tal como o dever de "know your customer", não estaria relacionado às hipóteses de exceção à alíquota zero de IR/Fonte prevista na legislação fiscal (artigo 3º da Lei nº 11.312/06) e, portanto, não poderia ser utilizado como fundamento do lançamento fiscal.

- Teria efetivamente cumprido com a obrigação legal e regulatória de conhecer os seus clientes, na medida em que teria ou as informações sobre os titulares das contas coletivas (os "Motoristas" das contas "Ônibus", como mencionado no TVF) ou acesso irrestrito às informações sobre os investidores participantes nestas contas (os "Passageiros" das contas "Ônibus", como também mencionado no TVF).

- A documentação de abertura das contas coletivas deixaria claro que ela poderia, a qualquer tempo, solicitar informações sobre os passageiros das contas, bem como os seus beneficiários finais.

- Os contratos de abertura das contas que deram origem à exigência em foco teriam sido celebrados entre 2009 e 2013, de onde se inferiria que muita coisa teria mudado desde a sua celebração e que o início do relacionamento daquelas partes teria se dado em bases diferentes das atuais. Naquela época, não existiria qualquer menção expressa na regulamentação ou mesmo na conduta das autoridades efetivamente encarregadas da necessidade de se adotar um processo de diligência mais profunda que a verificação realizada pela Impugnante.

- Por isso, deveria se reconhecer que, no mínimo, a Impugnante estaria albergada por excludente de "erro de proibição", tal como prevista no artigo 21 do Código Penal, na medida em que não seria razoável que conhecesse a impropriedade do processo de "know your customer" por ela adotado ou, em outras palavras, seu erro sobre a ilicitude do fato era inevitável.

- Nesse sentido, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já teria acolhido como fundamento para a aplicação do "erro de proibição" a evidência de generalização da conduta sob análise - justamente como se observaria na conduta da Impugnante no tocante a verificação de documentos em processo de "know your customer".

- A multa qualificada seria inaplicável diante da inexistência de fraude, sonegação e conluio.

- A Autoridade Fiscal não teria comprovado a prática de qualquer ato doloso pela Impugnante ou pelo Banco Santander, elemento indispensável para a configuração da fraude, sonegação e do conluio e, além disso, os argumentos ventilados no TVF para fundamentar a qualificação da penalidade – os quais, frise-se, não apontariam para qualquer ato praticado com dolo – seriam totalmente improcedentes.

- A necessidade de comprovação da existência de dolo para a qualificação da multa seria, inclusive, objeto das Súmulas nº 14 e 25 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

- Para o jurista Marco Aurélio Greco, para que haja a exigência da multa qualificada não bastaria que o contribuinte tenha praticado de forma consciente o ato desqualificado pela Fiscalização, sendo impreterível haver a comprovação da intenção do contribuinte de praticar o ato previsto no tipo penal tributário.

- Contudo, a Autoridade Fiscal, ao fundamentar a qualificação da multa de ofício, o teria feito com base na alegação de que os atos praticados pela Impugnante, e desqualificados no curso do procedimento de fiscalização (notadamente, a aplicação da alíquota zero do IR/Fonte sobre os rendimentos distribuídos pelo FIP aos cotistas sediados em Delaware), teriam sido exercidos de forma consciente pela Impugnante.

- Considerando-se que no caso concreto não teria ficado demonstrada pela Autoridade Fiscal qualquer conduta dolosa por parte da Impugnante com vistas a enganar, esconder ou ilidir o Fisco, de modo conjunto (tipo penal da fraude, sonegação e conluio), a qualificação da multa de ofício não poderia ser aceita.

- Não teria havido interposição fraudulenta de "INRs Ostensivos", como alega o autuante. uma vez que as entidades de Delaware deteriam a titularidade sobre os ativos no Brasil, teriam sido constituídas em estrita observância à legislação da regência e existiriam relevantes razões econômicas para a sua constituição (e.g. proteção patrimonial e possibilidade de reinvestimento).

- O autuante, por mero juízo de conveniência, teria optado por desconsiderar, de um lado, os cotistas sediados em Delaware, e, de outro, imputar a figura de investidores aos arranjos contratuais estabelecidos nas Ilhas Cayman, utilizando assim dois pesos e duas medidas.

- A imputação de fraude à Impugnante, pretendida pela Autoridade Fiscal no TVF, seria medida juridicamente impossível. Isso porque, como já mencionado, a fraude consistiria na prática de ato doloso tendente a impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador e, por esse motivo, seria um ilícito que não poderia ser praticado pelo mero responsável tributário, tal como a Impugnante, na condição de administradora do FIP.

- Não teria havido descumprimento consciente da norma tributária.

- A regra exceção prevista no §1º do inciso I do artigo 3º da Lei nº 11.312/06 não trataria de entidades sob o mesmo controle, não se podendo acatar a alegação da Autoridade Fiscal no sentido de que a Impugnante teria pleno conhecimento de que os recursos investidos no FIP teriam origem em JTF e que, portanto, teria descumprido, de forma consciente, a norma tributária.

- A argumentação tecida no TVF no sentido de que a Impugnante, por saber que os cotistas do FIP seriam administrados pelo Gestor, teria, de forma consciente, descumprido a legislação fiscal também não poderia ser aceita, já que não encontraria qualquer

amparo na legislação, uma vez que a norma em questão faria referência à Lei nº 6.404/76, que preveria a configuração de relação de controle apenas em decorrência do exercício dos direitos de sócio.

- A Impugnante e o Banco Santander não possuiriam qualquer interesse (econômico ou jurídico) no não recolhimento do IR/Fonte nas transações em análise.

- As taxas relativas à administração do FIP representariam valores ínfimos em relação aos montantes discutidos nos presentes autos e teriam sido pagas à Impugnante em razão do exercício de suas atividades empresariais, não havendo qualquer relação com o IR/Fonte supostamente devido sobre os rendimentos distribuídos pelo FIP sob sua administração e não estariam atreladas ao valor do rendimento líquido remetido ao exterior, conforme se comprovaria pelo Regulamento do FIP (fls. 1133 a 1162 dos autos).

- Quanto ao suposto benefício econômico na cessão da carteira de clientes pelo valor de R\$ 859 milhões, tal cessão desse ativo teria se dado entre entidades do Grupo Santander, não havendo qualquer possibilidade de se aventar qualquer benefício financeiro na transação.

- Além disso, a carteira cedida dentro do Grupo Santander conteria diversas outras linhas de negócio, sendo que o valor relativo à administração do fundo analisado nesse processo administrativo seria irrelevante.

- É o que se verificaria da planilha gerencial juntada com a impugnação (Doc. 06 e Doc. 07), que demonstraria que o valor relativo à administração do FIP representaria, aproximadamente, 0,1% do valor do negócio.

- Quanto aos contratos de câmbio, seria importante frisar que, ao celebrar tais contratos, o Banco Santander não estaria nada mais do que exercendo a sua atividade empresarial, sendo inadmissível a alegação de que tais operações evidenciarão a existência de conluio com a Impugnante no caso concreto.

- Seria equivocada a alegação da Autoridade Fiscal no TVF segundo a qual o Banco Santander e a Impugnante teriam atuado em conluio e má-fé com o objetivo de ampliar o volume da receita auferida em razão de remuneração relacionada aos serviços de custódia e representação de investidores não residentes, bem como à administração e gestão de fundos de investimento para fomentar proposta de venda do negócio a terceiro.

- Na esteira de outras operações realizadas pelo Grupo Santander em diferentes jurisdições ao redor do mundo, refletindo uma iniciativa global de reestruturação do grupo, o Banco Santander Brasil pretenderia realizar a venda de 50% (cinquenta por cento) de um negócio a ser formado (i) pela custódia qualificada realizada pelo Banco Santander e (ii) a totalidade das ações de emissão da Santander Securities Services Brasil DTVM S.A. (nova denominação social da CRV Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A.).

- Para tanto, uma reorganização interna para combinação dos negócios em sociedade separada, ainda dentro do mesmo Grupo, precederia o fechamento de qualquer transação. O negócio, nesses exatos termos, teria sido devidamente comunicado ao mercado em 19 de junho de 2014 (conforme comunicado de fato relevante juntado aos autos e referenciado na fl. 75 do TVF).

- O somatório da receita auferida com custódia de contas de investidores não residentes, abertas com o objetivo de investir em cotas de fundos de investimento em participação e com administração fiduciária e gestão de fundos de investimento em participação, não tinha o condão de influenciar de maneira relevante o preço atribuído ao negócio, tal como afirmado pela Autoridade Fiscal, como se verificaria pelo exame dos grandes números sobre a gestão de fundos da DTVM informados no Anuário de Fundos da ANBIMA de 2015 (referente ao ano de 2015), conforme quadro na folha 146 da impugnação (fl. 14.284).

- Não seria razoável imaginar que a DTVM teria agido de forma ardilosa para aumentar o volume de recursos aplicados em fundos de investimento em participação sob a sua gestão, quando os referidos fundos representariam tão pouco da sua atividade.

- Além disso, a transação mencionada acima não teria logrado êxito, tendo as partes desistido da formação da parceria; o negócio de custódia qualificada, administração fiduciária e gestão de recursos, agora combinados, continuaria sendo um negócio 100% detido pelo Grupo Santander.

- Ao longo do TVF, a Autoridade Fiscal teria sustentado também que a Impugnante teria deixado de recolher o IR/Fonte supostamente devido sobre as remessas no exterior não por entender que a alíquota zero seria aplicável, mas, sim, em razão de existirem cláusulas contratuais

que determinariam que o ônus econômico de eventual autuação seria assumido pelo "Grupo Riverwood".

- O não recolhimento do IRRF pela Impugnante teria se dado pelo fato de que, da correta interpretação da legislação fiscal, se extrairia que essas transações estariam efetivamente sujeitas à alíquota zero.

- Não obstante ser isso suficiente para afastar o argumento fiscal, caberia ainda destacar que a existência da cláusula prevendo um direito de regresso da Impugnante não seria algo atípico a indicar a existência sonegação e conluio, como faria crer a Autoridade Fiscal no TVF, mas sim medida plenamente usual em transações entre partes independentes envolvendo a imputação de responsabilidade exclusiva à fonte pagadora pelo recolhimento de tributos devidos por terceiros.

- Considerando-se que na sistemática da retenção na fonte seria imputado a determinado agente econômico o dever de recolher aos cofres públicos tributos que incidem sobre manifestação de capacidade contribuinte de terceiro, seria natural que existissem cláusulas contratuais que, embora não oponíveis ao fisco, nos termos do artigo 123 do CTN, garantiriam que o ônus econômico do tributo fosse repassado àquele que efetivamente teria experimentado um acréscimo patrimonial.

- Não seria razoável imaginar que, em um arranjo contratual entre partes independentes, um agente econômico aceitaria não recolher impostos que seriam potencialmente devidos por terceiros, sem que fosse assegurado que o ônus econômico recairia sobre este último.

- Quando muito, teria ocorrido um erro na interpretação da legislação tributária por parte da Impugnante, que não se confundiria com a prática de conduta dolosa, conforme já assentado pela CSRF (conf. Acórdãos nº 9101-01.402 e 02-02.896) e pelo E. CARF (Acórdão nº 1301-002.158, 1101-000.962, 1401-001.903 e 1201-000.939).

- Segundo Humberto Ávila, não seria possível a exigência de penalidade na hipótese de o contribuinte ter adotado interpretação possível da norma, ainda que a Fiscalização não concordasse.

- Não aceitaria a acusação fiscal de que teria ocorrido um descumprimento consciente da norma fiscal, atrelado a uma conduta típica, pois, quanto muito, teria havido um erro na interpretação da legislação tributária pela Impugnante.

- Quem dissimula, quem simula, perpetrando fraude, ocultaria fatos geradores de tributos; quem quer sonegar tributo certamente não seria aquele que (i) levaria a registro todos os atos societários relacionados à operação; (ii) apresentaria todas as informações ao Fisco Federal, por meio das declarações e obrigações acessórias; (iii) adotaria voluntariamente medidas para aumentar a transparência de seus atos; (iv) prestaria todos os esclarecimentos requeridos pela Fiscalização e (v) ofereceria à Autoridade Fiscal todos os documentos necessários à investigação.

- A multa qualificada teria nítido caráter confiscatório, que seria vedado pelo art 150, inciso IV, da Constituição, não devendo prevalecer, conforme entendimento do plenário do Supremo Tribunal Federal, inclusive em sede de Repercussão Geral.

- Em decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI-MC 1075 e ADI 551, em sede de Repercussão Geral, o STF julgou constitucional a cobrança moratória de 20%, nos autos do Recurso Extraordinário nº 582.461, por ser fixada em valor menor que o tributo devido.

- Uma vez que o STF, em sede de Repercussão Geral, teria ratificado seu entendimento de que as multas que superam o percentual de 100% do valor do tributo seriam confiscatórias e, conseqüentemente, inconstitucionais, tal entendimento deverá ser aplicado por esta Turma Julgadora, conforme determinaria o artigo 62, §2º, do atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015.

- Também pelo seu caráter confiscatório, a multa qualificada imposta à Impugnante deve ser cancelada, ou, ao menos, reduzida para 75% do valor do tributo devido.

- Caso assim não se entenda, tendo em vista que a inconstitucionalidade da multa qualificada no patamar de 150%, em razão da acusação fiscal de sonegação, fraude ou conluio, prevista no § 1º c/c o inciso I do caput do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 seria julgada em sede de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 736.090, deveria esta Turma Julgadora determinar o sobrestamento deste processo administrativo, nos termos do artigo 1.037 da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), aplicável ao caso concreto por força do artigo 15 deste mesmo diploma legal.

- Não se poderia exigir multa em caso de dúvida.

Prosseguindo, a impugnante pleiteia, caso reste inequívoca a presença da dúvida quanto à correção da autuação originária do presente processo, que esta Turma Julgadora reconheça, ao menos, a impossibilidade de se manter a multa de ofício, seja ela qualificada ou não, em face da Impugnante.

Ao final, a Impugnante requer o conhecimento e o provimento da Impugnação, seja pela preliminar de nulidade arguida, seja pelas razões de mérito suscitadas, para o cancelamento integral do auto de infração lavrado, extinguindo-se a totalidade do crédito tributário exigido. Requer ainda subsidiariamente, caso não seja determinado o cancelamento integral do lançamento tributário: (i) a redução do montante exigido considerando os alegados equívocos na apuração da base de cálculo indicados na preliminar aduzida; (ii) a exoneração da multa qualificada aplicada no percentual de 150%; (iii) ou, ao menos, que a multa qualificada seja reduzida para o percentual de 75%, de modo que não supere o valor do crédito tributário em questão, na esteira da jurisprudência do STF; e (iv) caso o julgamento não se dê por unanimidade de votos, haja a aplicação do artigo 112 do CTN, afastando-se, da mesma forma, a penalidade imposta.

A IMPUGNAÇÃO apresentada pelo responsável solidário - Banco Santander (Brasil) S.A. (fls. 14.398 a 14.454), acompanhada dos documentos de fls.14.455 a 14. 537), apresenta em suas 84 folhas, em suma, os seguintes argumentos:

- O Termo de Responsabilidade Tributária seria nulo, por conter vício de motivação, já que não possuiria a efetiva subsunção da situação que descreve à hipótese prevista no artigo 124, I, do CTN, porquanto não detalharia os atos praticados pela Impugnante que evidenciariam a existência de interesse comum com os contribuintes do IR/Fonte, isto é, os investidores não residentes, na situação que constitui fato gerador da obrigação tributária, – hipótese descrita no referido art. 124, I, do CTN.

- As alegações do autuante – relativas ao suposto interesse econômico em conjunto, dela e da DTVM – não seriam suficientes para motivar o Termo de Responsabilidade Tributária, já que nesse deveria a Autoridade Fiscal identificar, de forma exata, o dispositivo legal aplicável e as razões de fato e de direito que justificariam a subsunção do caso concreto à norma que se extrai do disposto em referência, o que não teria sido feito pela Autoridade Fiscal no caso concreto.

- Sustentando a sujeição passiva solidária da Impugnante com base em razões que não guardariam qualquer tipo de coerência com o disposto no artigo 124, inciso I, do CTN (capitulação legal do Termo de Responsabilidade Tributária), a Autoridade Fiscal teria incorrido em grave vício de motivação, que tornaria nulo o aludido termo.

- Para a aplicação do disposto no artigo 124, inc. I, do CTN, haveria, necessariamente, que se estabelecer uma relação entre contribuintes – o que não se verificaria – e, principalmente, sobre o fato gerador ensejador da exigência fiscal – o que, igualmente, não teria ocorrido.

- A Autoridade Fiscal teria deixado de realizar a subsunção da hipótese de responsabilidade que buscava atribuir, para, contrario sensu, se restringir à descrição de eventual interesse econômico, sem relação direta com o fato gerador (e com o contribuinte) da obrigação tributária em questão.

- Com efeito, a precária motivação do Termo de Responsabilidade Solidária tornaria esse ato administrativo nulo, conforme já decidido, por diversas vezes, pelo E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. (Vejam-se Acórdãos nº 1401-001.790, nº 3403-003.267 e nº 206-00164).

Prosseguindo, ratifica integralmente os termos da Impugnação apresentada pelo Santander DTVM (sujeito passivo principal) e assevera que a cobrança pretendida no presente processo seria indevida em razão, conforme lá estaria demonstrado, resumidamente dos seguintes fatos: - nulidade do auto de infração, em face da iliquidez e incerteza; - necessidade de observar a correta aplicação do artigo 3º da Lei nº 11.312/06; ausência de controle comum no caso dos autos; - o teste econômico e a confirmação da alíquota zero mesmo sob perspectiva de substância econômica; - equívocos cometidos pela autoridade fiscal na identificação da situação

fática retratada nos autos e outros argumentos lá explicitados; - inaplicabilidade da multa qualificada à vista da inexistência de sonegação e conluio; ad argumentandum, vedação ao confisco e impossibilidade de exigência da multa em caso de dúvida.

Requer, neste sentido, que a Impugnação apresentada pelo Santander DTVM seja considerada parte integrante de sua defesa, de forma que também estaria impugnando todo o crédito tributário exigido nos autos desse processo administrativo.

Solicita que, no caso de a Turma Julgadora entender por manter o auto de infração, sejam analisados os itens da sua Impugnação para que, ao final, seja determinado o cancelamento do Termo de Responsabilidade Tributária, pois, segundo ela, haveria razões autônomas que levariam ao cancelamento do Termo de Responsabilidade, afastando-se a suposta responsabilidade imputada a ela. Apresenta ainda as seguintes alegações:

- Ao contrário do que teria sido defendido pela Autoridade Fiscal no TVF, o interesse comum, previsto no artigo 124, inciso I, do CTN, não se confundiria com o mero interesse econômico.

- No caso concreto o Impugnante não possuiria interesse comum com os contribuintes, investidores estrangeiros, na situação que constituiu fato gerador do IR/Fonte.

- Não teria havido qualquer benefício econômico ao Impugnante em decorrência do não recolhimento do IR/Fonte sobre as remessas efetuadas ao exterior.

- O termo interesse comum utilizado pelo legislador no artigo 124, inciso I, do CTN se reportaria ao interesse jurídico dos contribuintes que ocupam o mesmo pólo na situação eleita pelo legislador como hipótese de incidência da obrigação principal e não trataria, portanto, de uma hipótese de responsabilidade em razão de mero interesse econômico, como sustentado pela Autoridade Fiscal.

- Luís Eduardo Schoueri entenderia que somente haveria interesse comum entre pessoas que figurem no mesmo polo da relação que constitui hipótese de incidência de determinado tributo.

- Ainda nesta mesma linha, Ricardo Mariz de Oliveira explicaria que o interesse comum não se confundiria com o interesse econômico, social ou moral, mas decorreria de direitos e deveres compartilhados por pessoas situadas no mesmo polo da situação eleita pelo legislador como fato gerador da obrigação tributária.

- Nesse sentido, haveria o Acórdão nº 1401-002.066 - 17/08/2017, proferido no âmbito do CARF, e o Acórdão nº 1402-001.643, proferido no âmbito da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

- Ademais, no Direito Privado, o instituto da solidariedade estaria previsto no artigo 264 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002): "há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda". A

legislação civil, portanto, determinaria que a solidariedade se caracterizaria a partir de uma pluralidade de devedores relacionados a uma mesma obrigação.

- pelo fato de não existir no Direito Tributário um conceito de solidariedade, o conceito trazido pelo artigo 264 do Código Civil deveria ser aplicado para todas as relações e disposições da legislação tributária, nos termos do artigo 110 do CTN.

- Essa seria a posição defendida pelo E. Superior Tribunal de Justiça (STJ), que teria se manifestado no sentido de que o artigo 124 traria a denominada solidariedade obrigacional, em que a imputação da solidariedade se daria apenas nos casos de pluralidade de contribuintes. Confira-se (REsp nº 859.616-RS, Min. Rel. Luiz Fux, julgado em 18/09/2007).

- O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal ("STF") também teria seguido nesse entendimento quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 562276-PR, julgado em 03/11/2010, com relatoria da Ministra Ellen Gracie.

- O STJ teria voltado ao tema nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 446955-SC, julgado em 09/04/2008, com relatoria do Ministro Luiz Fux, que teria entendido que "a solidariedade tributária não é forma de inclusão de terceiro na relação jurídica tributária".

- Não poderia haver, em relação a uma mesma pessoa e a um mesmo fato, solidariedade e responsabilidade, uma vez que seriam institutos absolutamente distintos.

- Somente seria possível atribuir a solidariedade por interesse comum nas hipóteses em que o sujeito já fosse contribuinte daquela obrigação, em razão da natureza do tributo, por este (tributo) comportar a existência de duas ou mais pessoas coobrigadas, situação que não teria ocorrido no caso em tela.

- No presente caso, inexistiria o necessário interesse comum, advindo de pluralidade de contribuintes concorrendo para o suposto fato gerador dos tributos ora exigidos, do que resultaria a impossibilidade de se aventar a aplicação do artigo 124, inciso I, do CTN.

- Haveria, ao menos, três equívocos cometidos pela Autoridade Fiscal que maculariam o Termo de Responsabilidade Tributária, quais sejam: (i) não haveria a identificação do interesse comum entre a Impugnante e os contribuintes do IRRF, investidores não residentes, na situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária; (ii) haveria uma confusão entre os conceitos de interesse comum e interesse econômico; e (iii) não haveria a identificação do interesse econômico supostamente auferido pela Impugnante.

- Não procederia o entendimento da Autoridade Fiscal de que a Impugnante deveria ser responsável tributário pelo IRRF, por ter interesse comum não com o contribuinte do tributo (no caso, os investidores estrangeiros), mas com o responsável tributário, no caso, o Santander DTVM.

- Tal tipo de responsabilização, com base no disposto no artigo 124, inciso I, do CTN, não seria possível, já que este dispositivo trataria do interesse comum entre contribuintes do tributo.

- Caso se admitisse a premissa indevida de que todo aquele que possui algum interesse na situação que constitui fato gerador deveria ser solidariamente responsabilizado, chegar-se-ia ao absurdo de se responsabilizar tributariamente os empregados de todas as empresas de um grupo econômico, bem como seus credores.

- A acusação fiscal no sentido de que deveria ser imputada à Impugnante a sujeição passiva solidária em razão de sua suposta participação na interposição fraudulenta dos "INRs Ostensivos" não poderia prevalecer.

- Isso porque não teria havido a prática de qualquer ato fraudulento no caso concreto, sendo a desconsideração das entidades de Delaware, supostos "INRs Ostensivos, medida totalmente arbitrária.

- O Parecer Normativo Cosit nº 04, de 10 de dezembro de 2018 – referenciado pela Autoridade Fiscal no TVF ao sustentar a atribuição da sujeição passiva solidária da Impugnante com base na sua alegada participação no suposto ato ilícito – extrapolaria o que dispõe o artigo 124, inciso I, do CTN, buscando sustentar que tal dispositivo permitiria a imputação de responsabilidade a terceiros.

- O artigo 124, inc. I, do CTN não faria qualquer distinção entre a prática de atos lícitos ou ilícitos, pautando-se, exclusivamente, na existência de "interesse comum na situação que constitua o fato gerador".

- Logo, a prática do ilícito, não verificada no caso em foco, não serviria como baliza à aplicação do artigo 124, inc. I, do CTN, simplesmente porque tal dispositivo (e, por conseguinte, o legislador) não se valeria de tal característica como forma de valorar a ocorrência ou não da hipótese de solidariedade que descreve.

- Além disso, o entendimento da Cosit seria no sentido de não ser possível a aplicação desse dispositivo legal quando não comprovado, de forma cabal, o nexos causal da conduta do agente, a quem se busca imputar a responsabilidade, e a configuração do ilícito.

- O Termo de Responsabilidade Tributária seria improcedente, uma vez que não haveria qualquer ilícito imputável ao Santander DTVM, ao Impugnante ou a qualquer outro agente e a Autoridade Fiscal não teria comprovado qualquer nexos causal entre conduta da Impugnante e o suposto ilícito vislumbrado (interposição fraudulenta).

- O suposto interesse econômico apontado pela autoridade fiscal não se confundiria com o interesse comum à que se refere o artigo 124, inciso I, do CTN.

- a situação retratada no TVF não revelaria, e nem poderia revelar, qualquer conduta que ensejasse a aplicação do disposto no artigo 124, I, do CTN.

- quanto à forma de cumprimento do dever de know your customer pelo Santander DTVM e pela Impugnante, essa regra regulatória, além de ter sido estritamente observada por ambas as sociedades, não possuiria qualquer relação com a hipótese de aplicação do artigo 124, inciso I, do CTN.

- a jurisprudência do E. CARF seria pacífica no sentido de que o mero vínculo societário não acarretaria a responsabilização pelo crédito tributário (Acórdão nº 1401-001.513 - Sessão de 22/01/2016; Acórdão nº 1402-002.679 - Sessão de 25/07/2017).

- Não haveria solidariedade da Impugnante com relação ao crédito tributário exigido do Santander DTVM no presente processo, por não restar configurada a existência de interesse comum que justifique a aplicação do artigo 124, inciso I, do CTN.

- Além disso, a Impugnante não possuiria qualquer interesse econômico e não teria auferido qualquer benefício financeiro em decorrência do não recolhimento do IRRF nas transações em questão.

- Ao firmar contratos de câmbio relativos à remessa de rendimentos ao exterior, a Impugnante nada mais estaria fazendo do que exercendo a sua atividade empresarial, sendo inadmissível a alegação de que, em razão da celebração desses contratos, deveria ser responsabilizada pelo crédito tributário constituído em face do Santander DTVM.

- As operações de câmbio não possuiriam qualquer vínculo com a acusação fiscal objeto desses autos, já que, independentemente da aplicação da alíquota zero do IR/Fonte, haveria a necessidade da celebração desses contratos para que fosse possível a remessa dos rendimentos - tributáveis ou não - ao exterior, não sendo razoável, portanto, o argumento utilizado pela Autoridade Fiscal no TVF.

- As transferências dos rendimentos distribuídos pelo FIP às Contas 2689 dos INR, cujos ativos eram custodiados pela Impugnante, decorreriam de uma congruência lógica de fatores (distribuição de rendimentos pelo FIP, direcionados à conta dos INR), em atuação legítima da Impugnante no desenvolvimento de sua atividade, de modo que não se prestariam a sustentar a hipótese de solidariedade descrita no artigo 124, inc. I, do CTN.

- Quanto à cessão de carteira do Banco Santander para a S3, a cessão desse ativo teria se dado entre entidades do Grupo Santander, não podendo existir qualquer benefício financeiro na transação.

- A carteira cedida dentro do Grupo Santander conteria diversas outras linhas de negócio, sendo que o valor relativo à administração do fundo analisado nesse processo administrativo seria irrelevante.

- Seria flagrante a improcedência do Termo de Responsabilidade Tributária formalizado em face da Impugnante, porquanto em nenhuma hipótese se verificaria a efetiva subsunção da hipótese descrita no referido dispositivo às acusações retratadas no TVF, que teriam sido integralmente rechaçadas acima.

Ao final, a Impugnante requer o cancelamento do Termo de Responsabilidade Tributária e defende a inaplicabilidade da multa qualificada, sob o argumento de que não teria havido fraude, sonegação ou conluio. Assevera que não teria havido dolo, elemento indispensável à aplicação da multa de ofício qualificada.

Argumenta ainda que não teria havido interposição fraudulenta de “INR Ostensivos” nem ausência de descumprimento da norma tributária. Defende a ausência de interesse econômico na não retenção, aborda a cessão de carteira do Banco Santander para a S3 e discorre sobre a normalidade e usualidade da cláusula de direito de regresso, segundo seu entendimento. Apresenta ainda outras alegações já suscitadas pela outra impugnante e requer o cancelamento da exigência.

O sujeito passivo principal – Santander DTVM – ainda apresenta posteriormente tradução juramentada de memorando elaborado pelo escritório Simpson Thacher & Barlett LLP, que havia sido apresentado junto com a impugnação (fls. 14.546/14.559).

Ambas impugnações foram julgadas improcedentes pela DRJ no Rio de Janeiro, em decisão que recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2014

NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA

O atendimento aos preceitos estabelecidos na legislação tributária, especialmente a observância do amplo direito de defesa do contribuinte e do contraditório, afastam a hipótese de ocorrência de nulidade do lançamento.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

SUJEITO PASSIVO. SOLIDARIEDADE.

A comunhão de interesses jurídicos entre sociedades integrantes de grupo econômico de fato, materializada na atuação conjunta, sincronizada e coordenada, objetivando primordialmente a execução de atos e negócios destinados a reduzir indevidamente os tributos devidos, pode caracterizar o interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal necessário à imputação da sujeição passiva solidária.

MULTA QUALIFICADA.

É cabível a aplicação da multa qualificada de 150% quando restar comprovado o intento doloso e prática de planejamento tributário abusivo mediante simulação.

MULTA DE OFÍCIO. GRADUAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICATIVA. FRAUDE.

Comprovada a fraude, conduta dolosa do contribuinte de impedir a ocorrência do fato gerador, de forma a reduzir o montante de tributos devidos, impõe-se a duplicação da multa de ofício.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2014

RENDIMENTOS DE APLICAÇÕES EM FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (FIP) PAGOS A RESIDENTES OU DOMICILIADOS EM PARAÍSO FISCAL

Cabível o Imposto de Renda Retido na Fonte à alíquota de 25% sobre os rendimentos decorrentes de aplicações em fundo de investimento em participações por investidor estrangeiro residente em paraíso fiscal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Ainda irresignados, os sujeitos passivos apresentaram recursos voluntários, cujos argumentos são adiante enumerados:

A) SANTANDER SECURITIES

1. Preliminarmente argui a nulidade do auto de infração por ausência de liquidez e certeza.

Enumera os seguintes argumentos:

(i) suposto descumprimento do artigo 20 da Instrução Normativa RFB nº 1.022 de 5 de abril de 2010, que prevê isenção para o repasse direto de dividendos distribuídos pelas sociedades que compõe as carteiras do FIP aos seus cotistas;

(ii) suposto descumprimento do artigo 2º, §2º da Lei nº 11.312/06, regulado pelo artigo 25, §2º da IN RFB nº 1.022/10 e pelo artigo 32, §2º IN RFB nº 1.585/2015, no tocante à determinação da base de cálculo do IR/Fonte no caso de amortização de cotas;

(iii) suposto descabimento da aplicação da regra contida no artigo 725 do Decreto nº 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda - "RIR/99"10), que prevê o reajustamento de base de cálculo do IR/Fonte - gross up - quando o responsável pelo pagamento assume o onus tributário.

2. Ser vedado à administração fiscal investigar artificialidade ou ausência de substância econômica dos quotistas não residentes, ao argumento de que o conceito trazido no artigo 3º, § 1º, III, da Lei nº 11.312/06 não admite qualquer exame que não o formal sobre o domicílio/residência do quotista.

3. Defende encontrarem-se presentes motivos extrafiscais para a inclusão das entidades de Nível I – quotistas do RW BRASIL FIP - na estrutura de investimentos e, portanto, é indevido requalificar os rendimentos para imputá-los diretamente às entidades de Nível II.

4. Subsidiariamente, alega faltar às entidades de Nível II estrutura para que sejam consideradas quotistas efetivos do RW BRASIL FIP.

5. Afirma que a Autoridade Fiscal teria incorrido em erro ao indicar a fundamentação legal para incidência da alíquota de 25%, pois aplicou o artigo 8º da Lei nº

9.779/99, que afirma ser dispositivo genérico sobre a alíquota aplicável ao IR/Fonte incidente nas remessas feitas a beneficiários domiciliados em Jurisdição de Tributação Favorecida.

6. Defende que a previsão do art. 3º, §1º, I, da Lei n. 11.312/06 não obstaría que os quotistas do RW BRASIL FIP usufruíssem do benefício fiscal da alíquota zero, pois, segundo a interpretação que defende somente ‘deve-se entender por pessoas ligadas ao cotista qualificado como pessoa jurídica qualquer outro cotista, pessoa jurídica, que seja seu controlador, seu controlado ou seu coligado “conforme definido nos §§ 1o e 2o do art. 243 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976”.’ sendo “sem qualquer referência aos casos de cotistas sob controle comum”’.

7. A DRJ teria promovido inovação da fundamentação do lançamento ao examinar a aplicação do art. 3º, §1º, I, da Lei n. 11.312/06 que importaria mudança de critério de jurídico e cerceamento do direito de defesa.

8. Subsidiariamente, alega que, ainda que aplicado o posicionamento da autoridade fiscal, no caso concreto, não se afiguraria controle comum apto a atrair a incidência do a art. 3º, §1º, I, da Lei n. 11.312/06.

9. Suscita suposta Incompetência da Autoridade Fiscal para Questionar o Cumprimento do Dever de “Know Your Customer”’.

10. Subsidiariamente, alega Ausência de Descumprimento do Dever de “Know Your Customer”’.

11. Nega existência de simulação, fraude ou conluio e, por conseqüente, inexistir subsunção do fato à norma que prevê a qualificação da multa.

B) SANTANDER BRASIL

1. Nulidade do acórdão recorrido aos argumentos:

1.1 Cerceamento do direito de defesa porque a DRJ não teria examinado sua alegação de nulidade do lançamento porque o art. 124, I, do CTN teria sido indevidamente aplicado com fundamento em interesse econômico.

1.2 Violação aos artigos 142 e 146 do CTN, porque teria a DRJ inovado, determinando a responsabilização com fundamento na existência de grupo econômico.

2. Nulidade do termo de responsabilidade tributária por vício de motivação, pois a aplicação do art. 124, I, do CTN, estaria baseada indevidamente em interesse econômico.

3. Reitera as razões expostas pelo SANTANDER DTVM.

4. Impossibilidade de atribuição de sujeição passiva solidária com base no artigo 124, I, do CTN.

4.1 Não estaria configurado interesse comum.

4.1 Subsidiariamente, aduz que está ausente interesse econômico.

5. Inexistirem os pressupostos legais para qualificação da multa.

6. Por inexistir dolo, fraude ou simulação, a aplicação do ADI 5/2019 impossibilitaria qualificar com investidores não residentes as entidades de Nível II.

7. A multa qualificada não lhe poderia ser exigida em razão do princípio da pessoalidade da pena.

8. Subsidiariamente, alega o caráter confiscatório da multa qualificada.

9. Subsidiariamente, alega que a multa qualificada não pode ser exigida em caso de dúvida.

Consigne-se ainda que a PGFN apresentou contrarrazões aos Recursos Voluntários interpostos, alegando em síntese:

1 Alegação de nulidade na base de cálculo

2 Da tributação dos Fundos de Investimento em Participação. Regra geral e investidores estrangeiros.

3 Do direito ao benefício da alíquota zero previsto no art. 3º da Lei n. 11.312/06.

3.1 Identificação do investidor não residente.

3.1.1 Entidades de Nível I – INRs Ostensivos

3.1.2. Entidades de Nível II

4 A aplicação do critério previsto no art. 3º, §1º, I, da Lei n. 11.312/06

4.1 Coligadas, controladas e o exercício do poder de controle por Fundos de Investimento em Participação

4.2. Da adequada interpretação do art. 3º, §1º, I, da Lei n. 11.312/06.

5 Das alegações concernentes a erro na apuração da base de cálculo

5.1 Da forma de cálculo do tributo sobre a renda na hipótese de amortização das quotas

5.2 Da aplicação do art. 725 do RIR/99

5.3 Da tributação da parcela referente a dividendos

5.4 Do alegado erro na fundamentação legal. Suposta inaplicabilidade da alíquota prevista no art. 8º da Lei n. 9.779/99.

6 Do cabimento da multa qualificada

7 Da responsabilidade de SANTANDER DTVM e SANTANDER BRASIL

7.1 Caracterização do Interesse Comum.

7.2 Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ

7.3 Da jurisprudência do CARF

7.4 Responsabilidade de SANTANDER BRASIL e SANTANDER DTVM

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, Relator.

Os recursos apresentados são tempestivos e reúnem os demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/1972. Portanto, deles conheço.

DA ANÁLISE DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Nulidade. Ofensa ao direito de defesa

Ambos os recursos questionam a nulidade do lançamento.

O Banco Santander Brasil suscita nulidade por cerceamento de defesa, alegando que, em Impugnação, demonstrou em detalhes que a atribuição de responsabilidade solidária não poderia prevalecer, queixando-se que estes argumentos não foram devidamente analisados pela DRJ, vez que afastou tais alegações com argumentos relacionados a um suposto interesse econômico. Alega ainda que a decisão violou os arts. 142 e 146 do CTN, já que, por meio desta decisão, a Turma Julgadora alterou os fundamentos para a atribuição de sua responsabilidade solidária, e que houve vício de motivação do Termo de Responsabilidade Tributária lavrado.

Não assiste razão à Recorrente.

Da leitura do voto, percebe-se que a DRJ analisou os argumentos de defesa, analisando os fatos, fundamentando sua decisão com base na legislação e nas razões jurídicas que declinou. As irresignações apresentadas, em Recurso, dizem respeito ao mérito, revelando-se tão somente discordância quanto ao critério adotado pela decisão recorrida para manter a responsabilidade atribuída pela Autoridade lançadora, ou seja, não se cuida de matérias atinentes a vício na atribuição da Responsabilidade, mas sim ao mérito, que serão examinadas em momento oportuno.

Também não procede a alegação de nulidade do Termo de Responsabilidade Tributária, que, como ato administrativo, apresenta todos os seus elementos essenciais e contém, sim, a descrição detalhada dos fatos imputados ao Banco Santander (Brasil) S.A., com o correspondente enquadramento legal, não havendo qualquer óbice à ampla defesa e ao contraditório.

Por sua vez, a autuada, Santander Securities, alega nulidade, aduzindo que o Auto de Infração carece de liquidez e certeza, por violar o art. 20 da IN RFB 1.022, de 5 de abril de 2010; o art. 2º, § 2º da Lei nº 11.312/06, regulado pelo art. 25, § 2º da IN RFB nº 1.022/10 e pelo art. 32,

§2º da IN RFB nº 1.585, de 31 de agosto de 2015; bem como o art. 725 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99).

Equivoca-se.

Estas alegações, independentemente de serem ou não procedentes, não inquinam de nulidade os autos de infração, não podendo ser confundido, em tese, improcedência da autuação com nulidade. Da mesma forma, elas serão analisadas na apreciação do mérito.

Por conseguinte, as preliminares arguidas devem ser rejeitadas.

Do Mérito

A controvérsia a ser dirimida é determinar se os investidores não residentes – contribuintes de fato – devem usufruir da alíquota zero prevista no art. 3º da Lei nº 11.312/06. A autuada, administradora do fundo RW BRASIL FIP, não realizou a retenção na fonte por entender aplicável o benefício.

A autoridade fiscal, por sua vez, promoveu o lançamento ao afastar a aplicação do benefício fiscal por identificar duas regras que excepcionariam o gozo da alíquota zero.

A primeira delas diz respeito à regra prevista no inciso I do parágrafo 1º do art. 3º da Lei n. 11.312/06, pois, a despeito dos investidores serem residentes fora do País, estariam eles sob controle comum e representariam grupos econômicos. Em suma, esses investidores deteriam em conjunto com pessoas a eles ligadas, 40% ou mais da totalidade das cotas emitidas pelos fundos, além de que suas cotas, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, lhes dariam direito ao recebimento de rendimento superior a 40% do total de rendimentos auferidos pelos fundos (“*teste dos 40%*”).

A segunda regra seria a prevista no art. 3º, §1º, III, da Lei n. 11.312/06, alegando-se que os reais investidores do FIP seriam entidades domiciliadas nas Ilhas Cayman, que teriam promovido uma interposição fraudulenta, com o objetivo de obterem economia tributária indevida (*teste do domicílio*).

Ambos os pontos foram objeto específico das razões da PGFN.

Pois bem.

Veja-se o dispositivo mencionado pelo fisco, vigente à época dos fatos:

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;

Assim, de acordo com este dispositivo, não se aplicaria a alíquota zero quando quotista ou pessoas a ele ligadas detivessem participação superior a 40% (quarenta por cento) das quotas.

Sobre a matéria, o Professor RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA, em parecer confeccionado especialmente para o caso em exame, assim se posicionou:

Vê-se, portanto, que a norma não deixou espaço para a interposição de qualquer critério diferente sobre o que sejam as pessoas ligadas ao titular de cotas dos fundos, pois previu todas as circunstâncias nas quais, e somente nelas, há ligação impeditiva do cabimento da alíquota zero. E a norma somente se ocupou da ligação entre o cotista do fundo e outra ou outras pessoas, e não de ligação entre estas.

Em torno disto, o quesito indaga sobre em qual nível da estrutura de investimento deve-se avaliar o cumprimento do teste dos 40%, se no do cotista direto do FIP ou nos seus sócios indiretos.

Realmente, essa indagação tem a ver com o fato de que, conforme exposto no próprio TVF, há diversas camadas (níveis) de associação entre os investidores residentes no exterior e os fundos nos quais seu recursos foram aplicados.

De fato, investidores pulverizados foram reunidos em limited partnerships e, na maior parte dos casos, estas em limited liability companies, as quais foram as cotistas dos fundos no Brasil. É até possível que, acima dessas duas entidades, houvesse outros tipos de reunião de pessoas, mas o critério legal é voltado para o relacionamento direto (a ligação) entre o titular de cotas do fundo e as pessoas que sejam suas controladoras, ou sejam controladas por ele ou com ele coligadas, todas estas possibilidades segundo as definições dos parágrafos 1º e 2º do art. 243 da Lei n. 6.404, a cujos dispositivos a Lei n. 11.312 faz expressa remissão.

*Para que não haja dúvida, transcrevo novamente a regra legal, *ipsis litteris*:*

*“§ 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.**”*

Então, não há margem para dúvida, eis que o primeiro negrito destaca que a ligação de alguma pessoa é “ao cotista”, e não a qualquer outra pessoa, ou ainda de outra pessoa como terceiros, ainda que uma pessoa ligada ao cotista tenha qualquer tipo de ligação como outrem.

E o segundo negrito destaca que a ligação com o cotista ocorre se a pessoa for controladora dele, ou se for controlada por ele, ou se for coligada com ele, para tanto seguindo-se as definições da Lei n.6.404, em seu art.243.

Neste cenário, pois, é até possível que a pessoa ligada ao cotista tenha outro tipo de ligação como alguma outra pessoa física ou jurídica que não seja o cotista, podendo mesmo haver entre ela e esta outra situação de controle ou de coligação, mas nada disso interfere com a regra legal em apreço.

Isto é, pode haver uma pessoa física ou jurídica que controle uma pessoa jurídica que não detenha cotas do fundo, mas essa situação de controle é irrelevante para a alíquota zero. Ou pode acontecer de uma pessoa controlar a cotista e ter controle ou coligação com outra pessoa que não seja cotista, caso em que apenas a primeira situação de controle interessa para a norma relativa à alíquota zero.

Do mesmo modo, é irrelevante que dois investidores no exterior estejam sob controle comum de uma terceira pessoa física ou jurídica que não seja a cotista do fundo.

Como visto, pode haver outros tipos de ligação entre os participantes das entidades no exterior, sem que isto interfira com a limitação legal à alíquota zero, para a qual somente interessam as relações de controle com o cotista do fundo.

Destarte, se o cotista do fundo não controla um investidor no exterior, o teste de 40% não os considera em conjunto, o que também ocorre se o cotista do fundo não controlar duas ou mais pessoas que sejam entre si controladas por outra pessoa física ou jurídica.

É bom recordar que a figura de duas pessoas participantes de uma entidade que não as controle, e que sejam controladas por uma terceira, já foi definida legalmente como de interligação, sendo claríssimo que pessoas interligadas são distintas de pessoas controladas ou coligadas.

Assim, a propósito da provisão para possíveis perdas no recebimento de créditos, regida pelo art. 9º da Lei n. 9.430, seu parágrafo 6º determina que “não será admitida a dedução de perda no recebimento de créditos com pessoa jurídica que seja controladora, controlada, coligada ou interligada, bem como com pessoa física que seja acionista controlador, sócio, titular ou administrador da pessoa jurídica credora, ou parente até o terceiro grau dessas pessoas físicas”.

Outra norma na qual a interligação foi referida na respectiva hipótese de incidência foi a do art. 21 do Decreto-lei n.2.065, que rezada: “Art. 21 - Nos negócios de mútuo contratados entre pessoas jurídicas coligadas, interligadas, controladoras e controladas, a mutuante deverá reconhecer, para efeito de

determinar o lucro real, pelo menos o valor correspondente à correção monetária calculada segundo a variação do valor da ORTN”.

O conceito de interligação, para este efeito, não constando do Decreto-lei n. 2.065 e sendo desconhecido da Lei n. 6.404 (ao menos expressamente sob este termo), veio a ser definido por ato fazendário, ou seja, pelo Parecer Normativo CST n. 23/93, para o qual:

“5. Finalmente, resta esclarecer que a expressão ‘pessoas jurídicas interligadas’, contida no artigo 21 do mesmo decreto-lei, deve ser entendida como compreensiva das pessoas jurídicas que tenham por controlador o mesmo sócio ou acionista, consoante o perfil legal definido no Decreto-lei n. 1892, de 16 de dezembro de 1981 (art. 2º, parágrafo 2º, letra ‘b’).”

E o parecer fiscal não inventou a definição de interligação, pois adotou a do Decreto-lei n. 1.892, cujo art. 1º concedia isenção do IRPJ nas vendas ou cessões de participações societárias, mas no art. 2º excluía da isenção as realizadas entre a pessoa jurídica controladora e a sua controlada (inciso I), ou entre pessoas jurídicas interligadas (inciso II), ou de sociedade para a pessoa física que a controlasse (inciso

III), e definia no art. 2º:

“Parágrafo 2º Consideram-se: a) controladoras quaisquer pessoas que se enquadrem nas definições contidas nos artigos 116 e 243, parágrafo 2º, da Lei n. 6404, de 15 de dezembro de 1976; b) interligadas as pessoas jurídicas que tenham como controlador o mesmo sócio ou acionista.”

Nota-se, portanto, que esse diploma legal, pioneiro na utilização da expressão “pessoas jurídicas interligadas” e na sua conceituação, as contrastava com as controladoras e controladas, e colocava como ponto comum de interligação a existência de um mesmo sócio ou acionista controlador de duas ou mais pessoas jurídicas.

Faço alusão à noção de pessoas interligadas para demonstrar que se trata de noção distinta da de pessoas controladoras e controladas, e para demonstrar que, como aquelas não foram absorvidas pelo art. 3º da Lei n. 11.312, confirma-se que possíveis ligações entre um investidor e terceiro que não o cotista de um fundo não faz parte da restrição colocada pelo parágrafo 2º desse art. 3º.

Portanto, é interessante observar que pode haver controle fora do controle focado por uma norma, se esta não abarcar a interligação. Com razão, quando uma norma, como a do art. 3º da Lei n. 11.312, alude a controle do cotista do fundo sobre outra pessoa, ou a controle desta sobre aquele, e deixa de lado outras possíveis hipóteses de ligação ou vínculo, inclusive a de dois investidores serem sujeitos a controle comum que não seja do cotista do fundo, ela não tem alcance sobre esta, pois, para ter tal alcance, precisaria no mínimo aludir à hipótese de interligação.

É igualmente relevante notar que a Lei n. 11.312 poderia ter tido abrangência maior, inclusive sobre situações de interligação, se tivesse sido esta sua intenção.

Realmente, para tanto, ao invés de fazer remissão ao art. 243 da Lei n. 6.404, o legislador poderia ter se remitido ao art. 23 da Lei n. 9.430, a qual abrange tanto as hipóteses que estão no art. 243 quanto outras, inclusive as de interligação, e até algumas muito mais abrangentes.

Não há reparos a este entendimento, que deve ser acolhido neste voto, cujos fundamentos também devem ser adotados como razões de decidir.

De fato, o dispositivo mencionado pelo Fisco, traz um conteúdo antielisivo, ao determinar que as participações dos 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 cotas, que fossem parte 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.

No caso dos autos, todos os cotistas não residentes, titulares de cotas, são pessoas jurídicas (as LLC), de modo que o conceito relevante para a discussão somente poderá ser aquele constante no inciso II do referido §2º acima destacado.

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

Assim, 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 empresas.

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

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”

Com efeito, 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.

No caso, analisando-se as estruturas de investimento adotada, conclui-se que a forma jurídica como tais relações são ou foram contratadas, tanto no Brasil como no exterior, em nada altera a natureza da relação entre a Gestora e os Sócios Investidores. Não há qualquer equivalência com uma relação tradicional de sócio controlador e sócios minoritários, ao contrário, ressalte-se a relação em que a Gestora atua como prestador de serviços no âmbito da alocação de capital dos Sócios Investidores que o contratam, à semelhança de gestores de recursos regulados pela CVM no Brasil.

Sendo assim, deve ser afastada a restrição prevista no inciso I do parágrafo 1º do art. 3º da Lei n. 11.312/06, para o aproveitamento do benefício da alíquota zero.

Em relação à restrição prevista no artigo 3º, parágrafo 1º, inciso III, da Lei nº 11.312/2006, que determina o afastamento do Regime Especial ao cotista residente ou domiciliado em país que não tributa a renda ou que a tributa à alíquota máxima inferior a 20% (“Requisito de Domicílio”), a controvérsia dirige-se ao aspecto subjetivo da referida norma, isto é, quem deve cumpri-la: se apenas o cotista (primeiro nível), ou se também demais pessoas da estrutura. E, após isso, deve ser analisado eventual configuração da fraude mencionada pela fiscalização.

Vejamos inicialmente o dispositivo a ser analisado:

*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:

[...]

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).

De sua leitura, com o destaque da parte negritada, há pelo menos duas razões que fundamentam a conclusão de que a regra alcança apenas o cotista de “primeiro nível” .

Primeira, cabe apenas a quem detém diretamente as cotas do FIP, e não as demais pessoas da estrutura, realizar operações financeiras no País, com observância das normas estabelecidas pelo CMN, a exemplo do registro na CVM. Logo, impossível que, para fins do art. 3º da Lei nº 11.312/2006, o beneficiário seja outra pessoa que não o detentor direto das cotas do FIP, no caso, o cotista de primeiro nível. Veja-se que nem a referida Lei, e nem a Resolução nº 4.373/2014, em vigor, se valem das expressões como “grupo”, “beneficiário indireto” ou “beneficiário final”. Aliás, jamais um beneficiário final/indireto ou um grupo de entidades poderia realizar investimentos no País, atendendo, ele mesmo (ou o grupo como tal), os requisitos previstos na referida Resolução CMN.

A segunda razão extrai-se da leitura do dispositivo: “[o] benefício disposto no caput deste artigo [...] não se aplica aos residentes ou domiciliados em país” com tributação da renda a alíquota máxima inferior a 20%. A mensagem é clara: o beneficiário de que ele cuida é justamente a concessão da alíquota ao beneficiário que realizar operações financeiras no País de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. Ou seja, a aplicação da alíquota zero depende de o beneficiário titular das cotas observar a Resolução CMN e não ser residente/domiciliado em jurisdição com tributação da renda a alíquota máxima inferior a 20%. Está se referindo, justamente, ao beneficiário titular das cotas do FIP, no caso, cotista de primeiro nível.

Observe-se que é em relação ao beneficiário titular das cotas do FIP que se verifica qual o regime tributário aplicável. O teste dos 40% parte do “cotista titular das cotas” (e “cotista cujas cotas”) para verificar o limiar dos 40%. A referência para a aplicação do Teste dos 40% é tão somente o beneficiário direto, isto é, aquele que detém as cotas do FIP. Por mais que eventuais participações de pessoas ligadas sejam consideradas, elas somente são somadas à participação que o cotista titular das cotas possui. Aliás, fosse considerado o grupo, então ficaria sem sentido a referência a *peças ligadas* ao cotista: o pressuposto do legislador é a existência de um cotista titular das cotas.

Assim, inevitável a conclusão de que o beneficiário titular das cotas de que trata o art. 3º da Lei nº 11.312/2006 é o cotista, primeiro nível. É essa a pessoa jurídica que precisa satisfazer os requisitos trazidos pela Lei na qualidade de cotista beneficiário, sendo incorreto, a

meu ver, exigir o cumprimento dos requisitos de outras pessoas da estrutura de investimento, que sequer são cotistas do FIP.

Compreendo que este posicionamento, de um certo modo, é compartilhado com a Receita Federal, que se expressou através do Ato Declaratório Interpretativo (ADI) nº 5, de 17 de dezembro de 2019:

ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO RFB Nº 5, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2019
Dispõe sobre a tributação dos rendimentos auferidos por investidor estrangeiro no País.

O SUBSECRETÁRIO-GERAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso da atribuição que lhe confere o Anexo I da Portaria RFB nº 1.098, de 8 de agosto de 2013, e tendo em vista o disposto nos arts. 88 a 98 da Instrução Normativa nº 1.585, de 31 de agosto de 2015, e na Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 4.373, de 29 de setembro de 2014, declara:

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.

Art. 2º Publique-se no Diário Oficial da União.

Com efeito, nos termos da própria regulamentação da Receita Federal, especificamente do ADI 5/19, a origem do investimento deve ser determinada com base na jurisdição do investidor direto no país, salvo hipótese de identificação de dolo fraude ou simulação.

Ou seja, na ausência de dolo, fraude ou simulação, a jurisdição do investidor direto deve ser considerada a “origem do investimento”, para fins de determinação do regime tributário aplicável, sendo irrelevante conhecer o beneficiário final.

A ressalva relativa à alteração dessa regra, ou seja, o residente no exterior não pode ser o investidor direto (beneficiário de rendimentos, titular de cotas) quando houver dolo, fraude ou simulação, deve ser considerada correta, a meu ver, na medida em que, além de ter embasamento no art. 149, inciso VII, do CTN, havendo aquelas ilegalidades, altera-se a realidade do investidor direto nominal, e outra pode ser a situação.

No caso, não restaram configuradas hipóteses de dolo, fraude ou simulação.

Para que se analise eventual configuração de “simulação, um aspecto que considero relevante é verificar se os investidores tinham motivo para simular. No caso, não os encontro. Parece-me que se tivessem aplicado seus recursos diretamente nos FIPs, sem a intermediação das *limited partnerships* e das *limited liability companies*, como ou sem a contratação da *expertise* do *General Partner*, eles fariam jus à alíquota zero, uma vez que não havia qualquer ligação entre eles.

Não há que se falar em simulação sem haver algum interesse em esconder a realidade, o que chega a ser óbvio, pois a realidade precisa ser camuflada para que suas consequências jurídicas não venham a se concretizar perante terceiros. Assim, simula-se uma outra situação que não acarreta as consequências indesejadas, e se dissimula o ato que as produziria, passando-se a ter os resultados desejados. Daí o motivo para simular.

Embora se reconheça que a simulação dificilmente pode ser provada através de provas diretas, admitindo-se, por isso, que seja provada por indícios, mas é fundamental, em regra, a existência de mais de um indício e que tais indícios sejam convergentes. Porém, admitir indícios, não significa a mesma coisa de aceitar suposições.

No caso concreto, sustenta a Fiscalização que teria ocorrido a prática de simulação, que residiria na constituição das *limited partherships* e das *limited liability companies*, com a associação de todos os investidores no exterior.

Porém, inexistente simulação no caso concreto. De fato, não houve quaisquer indícios, ou conjunto deles, que apontassem para o desfazimento dos autos praticados, sendo correta a percepção de que as partes fizeram o que pretendiam fazer, e se submeteram as respectivas consequências. Logo, não há que se falar em contrariedade entre o ato praticado e a intenção das partes. E, também não há que se dizer que as partes não observam as causas dos negócios jurídicos realizados, inclusive perante as Autoridades Fiscais.

Finalmente, não havia intenção de simular, porque a alíquota zero do IR/Fonte estava ao alcance de qualquer dos investidores, mesmo sem as *limited partnerships* e das *limited liability companies*. E se tais investidores teriam acesso à alíquota zero caso investissem diretamente no FIP, conclui-se daí, que os motivos que levaram à estruturação do investimento por meio destas últimas, não teriam caráter fiscal.

Portanto, não cabe falar em simulação da constituição da LLCs, pois não há, como visto, sinais de simulação, assim como não houve fraude ou dolo, cabendo observar, que dolo é elemento subjetivo sempre presente na fraude.

Em razão do decidido, a discussão sobre a responsabilidade solidária e multa qualificada restou prejudicada.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto por rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, voto por dar provimento ao recurso voluntário para cancelar integralmente a exigência.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Erro! Fonte de referência não encontrada.