



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720006/2019-08
ACÓRDÃO	1301-006.964 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	13 de junho de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	S3 CACEIS BRASIL DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS S.A
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2014, 2015

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 as preliminares de nulidade e de decadência e, no mérito, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Sala de Sessões, em 13 de junho de 2024.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Relator

Participaram da sessão de julgamento os julgadores lagaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão nº 12-113.180, 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\$ 299.410.328,22, anos-calendário de 2014 e 2015, acompanhado da multa de ofício no percentual de 150% e dos juros de mora correspondentes, montando a exigência à época a R\$ 883.645.498,10.

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:

“Na qualidade de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, em conformidade com o disposto nos artigos 898, 902 e 949 do Decreto nº 9.580, de 22/11/2018 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/2018), e como resultado parcial dos trabalhos de fiscalização realizados no sujeito passivo acima identificado, constatei as infrações à legislação tributária a seguir relatadas.

Durante o período fiscalizado, SANTANDER SECURITIES SERVICES BRASILDISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS S.A. (“DTVM” ou “fiscalizada”) administrava 77 Fundos de Investimento em Participações (“FIPs”) que apresentavam Investidores Não Residentes (“INRs”) entre seus quotistas.

Desse universo, 11 FIPs foram selecionados para fiscalização, compreendendo 46 INRs. O BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A. (“BSB”), controlador da DTVM durante boa parte de 2014, custodiava os ativos de todos esses INRs.

No período fiscalizado, a DTVM pagou cerca de R\$ 2 bilhões a título de rendimentos distribuídos por esses 11 FIPs. Em todos os casos, deixou de reter e recolher Imposto de Renda na Fonte. Questionada, invocou o benefício fiscal de que trata o art. 3º da Lei 11.312/06. Entretanto, os INRs quotistas de cada um desses FIPs estavam submetidos a controle comum e detinham a totalidade, ou quase, das correspondentes quotas, fato que torna incabível o benefício invocado.

Ocorre que a inaplicabilidade do benefício fiscal era de seu pleno conhecimento quando deixou de reter e recolher o imposto. A despeito de suas justificativas, seu comportamento primeiramente se explica porque cláusulas contratuais lhe garantiam que eventuais autuações fiscais sobre tais rendimentos não seriam arcadas por ela própria, mas sim pelos correspondentes INRs. Explica-se também porque, assim agindo, auferia lucros com as operações que realizava. Finalmente, explica-se porque, aceitando deixar de reter imposto sobre os rendimentos auferidos por esses seus clientes, fazia crescer – e, portanto, valorizava – a carteira do Grupo a que pertencia, ainda que à custa de violações legais. Deveras, comunicado divulgado em 19/07/2014 pelo BSB informava a “venda do negócio de custódia qualificada, atualmente desempenhado pelo Santander Brasil”, bem como das ações da DTVM, pelo “preço à vista de aproximadamente R\$ 859 milhões”.

No presente lançamento foi aplicada multa de ofício qualificada. Primeiramente porque a conduta foi observada em absolutamente todos os diversos casos selecionados para fiscalização. O comportamento delituoso contumaz da DTVM escancara o dolo, tipificando sonegação.

Ademais, constatou-se conluio. Deveras, além de custodiar seus ativos durante boa parte do período fiscalizado, era o BSB quem detinha efetivo conhecimento a respeito desses clientes em comum com a DTVM. Ainda, foi muitas vezes contratado para operações de câmbio vinculadas aos pagamentos de rendimentos feitos por esta. Dessa forma, ambos foram igualmente responsabilizados pelo crédito tributário ora constituído.

A presente autuação abrange 10 dos 11 FIPs acima mencionados. Devido às suas peculiaridades, um desses casos, identificado adiante, foi autuado separadamente.”

.....

1. SANTANDER SECURITIES SERVICES BRASIL DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A. foi o nome empresarial assumido a partir de 06/06/2014 pela DTVM, que até então era denominada CRV DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A. (doc. 302CA). Em seu Formulário de Referência 2017, a DTVM descreve-se da seguinte forma (doc. 803):

A Santander Securities é integrante do Banco Santander, S.A. (Espanha) e presta os seguintes serviços: (i) administração fiduciária; (ii) gestão de recursos de terceiros; (iii) custódia e controladoria; (iv) distribuição; e (v) representação de investidores não residentes em um único veículo. Atualmente atende gestores independentes, private banks, family offices, clientes institucionais e grandes investidores. (g.n.)

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.

3. Pelo Ato Declaratório nº. 11.015, de 29 de abril de 2010, a DTVM foi habilitada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) a administrar carteiras de valores mobiliários, aí incluídos os Fundos de Investimento em Participações (“FIPs”).

4. Assim como os aqui residentes, os residentes ou domiciliadas no exterior (Investidores Não Residentes - “INRs”) podem investir em Fundos de Investimento brasileiros, inclusive em FIPs. Porém, os não residentes devem, para tanto, cumprir certas exigências legais, algumas das quais são apresentadas na Seção III deste relatório.

5. O art. 3º da Lei nº 11.312, de 27 de junho de 2006 (“Lei 11.312/06”), instituiu benefício fiscal – alíquota zero – para rendimentos auferidos por INRs com investimentos em FIPs. Entretanto, o mesmo artigo estabeleceu condições para o cabimento desse benefício.

6. Segundo uma dessas condições, conhecida como “teste dos 40%”, se determinado quotista for titular de cotas que, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, represente 40% ou mais da totalidade das cotas emitidas pelo FIP, tal quotista não fará jus ao benefício (art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei 11.312/06).

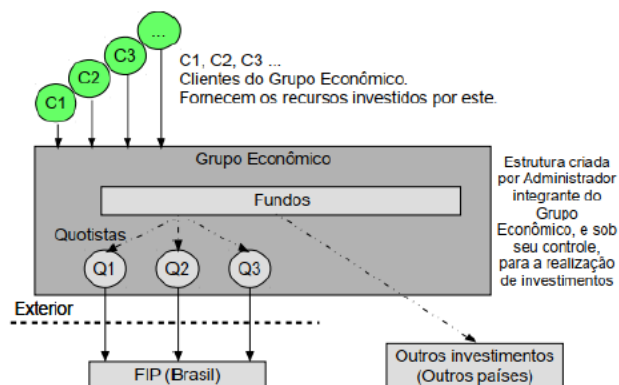
7. Durante o período fiscalizado, a DTVM administrou 77 FIPs que tiveram INRs entre seus quotistas, num total de 296 INRs (doc. 306BA). Um conjunto de 11 desses FIPs, os “FIPs Selecionados”, foram tomados como amostra para auditoria, abrangendo um total de 46 INRs. Eles estão elencados abaixo. A coluna à direita informa o Grupo Econômico a que pertencem os correspondentes quotistas INRs, consoante afirmou a própria fiscalizada (doc. 322A):

Nome do FIP	Forma de referência	#INRs	%Quotas	Grupo
G.A. BRASIL II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES	FIP GA BRASIL II	3+1 ¹	100%	GA (General Atlantic)
G.A. BRASIL III FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES MULTISTRATÉGIA	FIP GA BRASIL III	3+1	100%	
GA BRASIL V FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES	FIP GA BRASIL V	10+1	100%	
FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES MULTISTRATÉGIA BRAZIL CAPITAL GROWTH PARTNERS II	FIP BRAZIL CAPITAL GROWTH	3	>99%	Axon
FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES - BRASIL DE SERVIÇOS	FIP BRASIL DE SERVIÇOS	6	100%	Advent
FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES - BRASIL DE PRIVATE EQUITY MULTISTRATÉGIA	FIP BRASIL DE PRIVATE EQUITY	3	100%	
FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES - BRASIL DE PRIVATE EQUITY II MULTISTRATÉGIA	FIP BRASIL II	3	100%	
FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES - BRASIL DE PRIVATE EQUITY III MULTISTRATÉGIA	FIP BRASIL III	3	100%	
ADVENT VAREJO II - FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES MULTISTRATÉGIA	ADVENT VAREJO II	3	100%	
GRAVITAS FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES	GRAVITAS	4	100%	Alorthon
RW BRASIL FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES MULTISTRATÉGIA	RW BRASIL FIP ⁴	4	100%	Riverwood (RW)

8. Como se pode observar, os INRs quotistas de cada um desses FIPs pertenciam a um mesmo Grupo Econômico e detinham, em conjunto, mais de 40% de suas quotas.

9. Apesar disso, a DTVM não reteve ou recolheu Imposto de Renda sobre os rendimentos que, na condição de Administradora desses FIPs, pagou aos correspondentes quotistas INRs. Questionada a respeito, afirmou, após tecer certas considerações, que “todos os requisitos relacionados no artigo 3º da Lei 11.312/2006 foram devidamente observados e cumpridos”.

10. Entretanto, contrariamente ao assim alegado, em nenhum dos casos estava satisfeita a condição imposta pelo “teste dos 40%”, uma vez que, tratando-se o quotista de pessoa jurídica, o §1º, inc. I c/c o § 2º do referido artigo definem como pessoa ligada “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”, a Lei das SA. Com efeito, com base na documentação obtida no curso da ação fiscal, foi possível verificar que os investimentos nesses FIPs foram feitos por entidades componentes de estruturas de investimento criadas e controladas por integrantes dos correspondentes Grupos Econômicos. A realidade constatada pode ser assim retratada:



11. Em palavras, uma variedade de pessoas físicas e jurídicas, Clientes de Grupos Econômicos especializados na realização de certo tipo de investimento (private equity), coloca parte de seus recursos à disposição destes. Esses Clientes assim procedem porque confiam que a expertise dos gestores desses Grupos propiciará bons lucros num prazo máximo previamente estipulado. Os Clientes não interferem no destino que será dado, pelos Administradores do Grupo Econômico, aos recursos que lhes entregam, que poderão vir a ser utilizados em distintos investimentos ao redor do mundo. E não o fazem não apenas porque seu interesse se limita a que os melhores lucros sejam atingidos no prazo estipulado. Não o fazem por estarem simplesmente impedidos de fazê-lo, nos termos do compromisso que assumem com o Grupo Econômico. Através de estruturas societárias que criam, e que mantêm sob seu controle, esses Administradores, sem qualquer intervenção dos Clientes, realizam investimentos e desinvestimentos, pagam as correspondentes despesas, apuram os lucros, retiram destes a parte que lhes cabe e distribuem o restante aos Clientes.

12. Boa parte da ação fiscal foi dedicada à obtenção dos elementos – documentos, esclarecimentos – que permitiram delinear o cenário acima exposto. Nesse período, diversas das manifestações apresentadas pela DTVM descreviam detalhadamente e davam ênfase às estruturas implementadas pelos Grupos Econômicos que investiram nos FIPs Selecionados. Esses documentos e esclarecimentos, bem como as conclusões que deles se extraem, estão detalhados na Seção V, DA SUBSTÂNCIA ECONÔMICA CONSTATADA NAS ESTRUTURAS DE INVESTIMENTO.

13. Entretanto, quando foi questionada sobre as razões pelas quais não procedeu à retenção do imposto sobre os correspondentes rendimentos, a DTVM passou a defender uma linha de raciocínio que implica na anulação do peso dessas estruturas, tratando os Clientes dos Grupos Econômicos de modo equivalente ao de quotistas dos FIPs. 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.

14. Embora a reconstituição do cenário representado no modelo do parágrafo 10, acima, tenha demandado 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 ditos INRs, era de seu pleno conhecimento a inaplicabilidade, aos mesmos, do benefício fiscal em tela. As provas a tal respeito, abundantes e cabais, são apresentadas e descritas na Seção VI, DAS PROVAS DA PRÉVIA CIÊNCIA DA INAPLICABILIDADE DO BENEFÍCIO.

15. O fato de a DTVM ter ciência da inaplicabilidade do benefício fiscal nos casos em tela e, mesmo assim, ter deixado de reter, recolher e declarar o imposto, escancara o caráter doloso de seu comportamento, tipificando sonegação. Deveras, a mesma conduta repetiu-se em todos os 11 FIPs Selecionados, deixando claro não se tratar de mero equívoco. Tal conclusão é reforçada pelas vantagens que a conduta trouxe ao Grupo SANTANDER, conforme detalha a Subseção VII.3, DAS VERDADEIRAS RAZÕES PARA A NÃO RETENÇÃO.

16. Como afirmado, a mesma conduta repetiu-se em todos os 11 FIPs Selecionados. Entretanto, as constatações relativas à estrutura existente por trás do RW BRASIL FIP revelaram, também, ilícitos de outra natureza, pelo que os correspondentes fatos geradores foram autuados separadamente.

17. Assim, são objeto desta autuação os impostos não recolhidos, incidentes sobre rendimentos pagos aos INRs quotistas dos demais 10 dos 11 FIPs Selecionados, identificados no ANEXO I. Ao longo desta exposição, esses INRs são referenciados coletivamente como INRs AUTUADOS.

18. As Seções II, III e IV oferecem alguns elementos de contextualização para a análise procedida nas Seções V, VI e VII, acima mencionadas. Veja-se:

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

18.2. 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 AUTUADOS moldaram-se a tais controles do ponto de vista formal.

18.3. 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.

19. 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 desses clientes. Revelou, ainda, que o Grupo SANTANDER tinha pleno conhecimento da natureza dos negócios que os Grupos Econômicos desempenhavam em nome dos INRs AUTUADOS. Tal situação

demonstra que o BSB e a DTVM agiram em conluio relativamente aos fatos que dão causa à presente autuação. Diante da constatação de sonegação e conluio, foi aplicada multa de ofício qualificada, conforme detalha a Subseção VIII.2, DA MULTA DE OFÍCIO E DA QUALIFICAÇÃO.

20. Ademais, além de conhecer a realidade e, durante boa parte do período fiscalizado, custodiar os ativos desses clientes em comum, o BSB foi muitas vezes contratado para operações de câmbio vinculadas aos pagamentos de rendimentos realizados pela DTVM. Assim, o BSB foi igualmente responsabilizado pelo crédito tributário ora constituído. Disso trata a Subseção VIII.1, DARESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

21. 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 AUTUADOS, 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:

IMPOSTO	R\$ 299.410.328,22
JUROS DE MORA (Calculados até 02/2019)	R\$ 135.119.677,68
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)	R\$ 449.115.492,20
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 883.645.498,10

Nas folhas seguintes do Termo de Verificação Fiscal, o atuante aborda detalhadamente a ação fiscal; apresenta uma visão panorâmica dos elementos básicos relativos aos investidores não residentes; aborda os atores básicos e seus papéis; discorre sobre os representantes tributários, os representantes e os custodiantes dos INRs autuados. Apresenta, nos itens 75 e 76 do TVF (fl. 29), as panilhas abaixo reproduzidas:

	Entre 1º/01/2014 e 30/11/2014	Entre 1º/12/2014 e 31/12/2015
REPRESENTANTE TRIBUTÁRIO	BSB	DTVM
REPRESENTANTE	BSB	DTVM
CUSTODIANTE	BSB	DTVM
Responsável pelas remessas ao exterior**	BSB / Outros	BSB / Outros
Administração dos FIPs	DTVM	DTVM

Grupo	Condição dos correspondentes INRs	Contratos, Cotações à DTVM, Adesões (doc.)
General Atlantic	Passageiros de GENERAL ATLANTIC SERVICE COMPANY, LLC, CNPJ N/D	317, 312JP, 317A, 312JF, 302DB, 302EA, 312KS, 312KI, 312KJ, 312KK, 312KL, 312KM, 312KN
Axxon	Passageiros de AXxon BRAZIL PRIVATE EQUITY FUND II SLP, LLC, CNPJ N/D	320C, 312JN, 320CA, 312JE, 320HA, 320IA, 320JA
Advent	Passageiros de ADVENT INTERNATIONAL CORPORATION, CNPJ 22.866.991/0001-22	316, 316AK, 316A, 316AI, 316AM, 312KA, 312KB, 312KH, 312KQ, 312KR, 312KT, 316BA, 316CA, 316DA, 316EA, 316FA, 316GA, 316JA, 316KA, 316LA, 316MA, 316NA, 316OA, 316PA
Alothon	Passageiros de ALOTHON POWDERED HOLDINGS L.P., CNPJ N/D	319, 312JM, 319A, 312JD, 319CA, 312KO, 312KP, 319FA

Prossegue em seu relato, comentando sobre os aspectos da tributação dos ganhos e rendimentos auferidos com investimento em FIP e do benefício fiscal e condições sobre sua aplicabilidade. Relata a constatação de substância econômica nas estruturas de investimento e enumera, no seu entendimento, as provas da prévia ciência por parte da DTVM e do BSB 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, abordando a responsabilidade tributária e a multa de ofício, bem como sua qualificação, e ainda a questão do cumprimento do prazo decadencial.

O atuante ainda entendeu ter constatado a ocorrência de fatos que configurariam, em tese, crimes contra a ordem tributária, definidos na Lei nº 8.137, de 1990. Por tal razão, a atuação se fez acompanhar, em cumprimento ao disposto na Portaria RFB nº 1.750, de 12 de novembro de 2018, de REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS, formalizada no Processo Administrativo nº 16561.720007/2019-44.

A IMPUGNAÇÃO apresentada pelo sujeito passivo principal - Santander DTVM (fls. 82.630 a 82.764), acompanhada dos documentos de fls. 82.630 a 82.764, traz em suas 135 folhas, em suma, 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; - 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.

- As bases de cálculo atuadas, identificadas no "Anexo II - Apuração do Imposto Devido" (do TVF), conteriam indevidamente valores que se refeririam a dividendos distribuídos pelas sociedades investidas pelo FIP, administrado pela Impugnante no período atuado, contrariando a 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.

- Nesse sentido, deveria ser reconhecido que os valores discriminados a seguir teriam sido indevidamente incluídos na base de cálculo do lançamento:

Fundo de Investimento	Companhia Investida	Dividendos (2014)	Dividendos (2015)
G.A. BRASIL II FIP	LINX	R\$ 1.318.868,00	R\$ -
G.A. BRASIL V FIP	SMILES	R\$ 17.953.526,73	R\$ -
FIP BRAZIL CAPITAL GROWTH II	VEROLME	R\$ 319.924,00	R\$ 2.147.324,00
	AXXON MED	R\$ 973.407,00	R\$ -
	BR MARINAS	R\$ 215.562,00	R\$ 242.902,00
BRASIL DE PRIVATE EQUITY FIP	PARANAGUÁ CONTAINERS REEFERS PA S/A	R\$ 693.361,00	R\$ -
BRASIL DE PRIVATE EQUITY III FIP	PARANÁ LOGÍSTICA PORTUÁRIA PARTICIPAÇÕES S/A	R\$ 68.659,00	R\$ -
ADVENT VAREJO II FIP	ADVT PARTICIPAÇÕES 2 S.A.	R\$ 6.407.000,00	R\$ -
	TVDA PARTICIPAÇÕES 5 S.A.	R\$ 14.196.000,00	R\$ -
	DUDALINA S.A.	R\$ 12.038.000,00	R\$ -

- Com vistas a corroborar o exposto, teria juntado, a título ilustrativo, ata relativa à deliberação de distribuição desses dividendos (Doc. 03).

- Considerando-se que as bases atuadas teriam sido apuradas em desconformidade com o disposto no artigo 22 da IN RFB nº 1.022/10, deveria ser reconhecida a nulidade do lançamento fiscal, em razão de sua iliquidez e incerteza.

- A autuação violaria também 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 atuante teria incluído nas bases de cálculo todo valor referente às amortizações das quotas, majorando indevidamente o suposto crédito tributário exigido.

- Parcela relevante do custo de aquisição associado às cotas do FIP Brasil de Serviços e Gravitas FIP não teria sido considerada no cálculo da base tributável pela Autoridade Fiscal, em razão de não observar o custo médio de integralização das cotas nos referidos fundos, resultando numa desconsideração de aproximadamente R\$ 27,7 milhões de custo de aquisição arcado pelos respectivos cotistas para aquisição das cotas (Doc. 04), como se inferiria da tabela abaixo:

	FIP Brasil de Serviços	Gravitas
(A) Custo de Aquisição Total Integralizado	R\$ 40.229.145,26	R\$ 25.016.892,01
(B) Custo de Aquisição considerado no TVF	R\$ 17.240.935,00	R\$ 21.308.885,77
(C) = (A) - (B) Custo de Aquisição Não Considerado	R\$ 22.988.210,26	R\$ 4.708.006,24

- Ao realizar o cálculo do valor dos rendimentos das amortizações realizadas no período atuado, correspondente ao ano-base de 2014, a Autoridade Fiscal teria deixado de excluir valores reconhecidos a título de AVJ (Doc. 5) pela carteira de alguns FIP - o Brasil de Private Equity FIP, Brasil de Private Equity II FIP e Brasil de Private Equity III FIP.

- O valor representativo de ganho de AVJ não deveria constituir base para apuração do IRRF, não podendo ser considerado no cálculo dos rendimentos

distribuídos aos cotistas, sob pena de resultar em tributação de rendimento potencial, não realizado.

- No caso dos autos, o valor proporcional objeto de amortização teria sido artificialmente inflado, ocasionando alocação proporcional de custo inferior àquela que corresponderia aos ganhos efetivamente realizados.

- Planilha juntada (Doc. 06), indicaria que eventual valor de IRRF devido seria de apenas R\$ 4.175.917,51; ou seja, o valor após a exclusão do montante de AVJ seria, portanto, uma pequena fração do valor constante do TVF, aproximadamente 10,27% do valor em cobrança.

- A lógica de expurgar o ganho de AVJ nos cálculos de rendimentos passíveis de distribuição estaria presente na Instrução CVM nº 579, de 30 de agosto de 2016 ("ICVM nº 579/16"), que em seu art. 2º, § 3º, determinaria que "o montante do ajuste a valor justo dos investimentos do fundo somente integrará a base de distribuição de rendimentos aos cotistas quando da ocorrência da sua realização financeira".

- A Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, determinaria o diferimento da sua tributação para o momento da realização do ativo ou passivo correspondente, encampando a ideia de que esses valores são meras expectativas de ganho enquanto não realizados.

- Uma vez que as bases auçadas não equivaleriam ao acréscimo patrimonial auferido pelos cotistas dos FIP, auto de infração seria nulo, em razão da iliquidez e incerteza do crédito tributário nesse consubstanciado, ao violar o art. 2º, § 2º da Lei nº 11.312/06, regulamentado pelo art. 25, §2º da IN RFB nº 1.022/10 e o art. 32, §2º da IN RFB nº 1.585/15, bem como a ICVM nº 579/16, a Lei nº 12.973/14 e o art. 43 do CTN.

- 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 n° 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 n° 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.

- 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 n° 281 de 15 de fevereiro de 2006, convertida na mencionada Lei n° 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 n° 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 n° 4.373/14, que teria substituído a Resolução CMN n° 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.

- *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.*
- *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.*
- *O conceito de sociedade controladora 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).*
- *Todos os Gestores estariam claramente enquadrados na hipótese do cenário base do item 14, ou na hipótese específica do 14A do CPC 36, atuando, portanto, como agentes dos Sócios Investidores, não havendo que se falar em controle comum pelos Gestores.*
- *Nas estruturas de investimento tratadas nos autos, haveria casos nos quais os Gestores sequer possuiriam participação na condição de general partner, conforme documentos juntados na fase de fiscalização (fls. 4.550/4.588, 41.677/41.693, 41.767/41.772, 43.251/43.255, 45.679/45.681, 60.401/60.410 e 81.198/81.200).*
- *Tal fato poderia ser inferido do quadro analítico constante das fls. 82.684 a 82.686, que traria maior detalhamento sobre as estruturas sob análise, com base na documentação juntada por ela durante a fiscalização e que teria sido ignorada pela Autoridade Fiscal.*
- *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 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.*
- *Não haveria delegação ao Gestor de todos os poderes relativos aos processos de tomada de decisão.*

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

- O Gestor cumpriria mandato muito específico que o qualificaria como agente, nos termos previstos pelo CPC 36, norma contábil incorporada ao 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; 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 atuação dos Gestores nas estruturas de investimento em análise não se amoldaria ao conceito de controle conforme previsto no § 2º do artigo 243 da Lei nº 6.404/76, no qual se pauta o artigo 3º da Lei nº 11.312/06, e sim estaria baseada numa relação de prestação de serviços, por meio da qual os Gestores atuariam por conta e ordem de seus clientes.

- O fato de uma mesma pessoa física ter poderes de representação outorgados pelos Gestores, cujos poderes, por sua vez, lhes teriam sido delegados pelos Sócios Investidores, não revelaria qualquer vício e muito menos se prestaria a reforçar a tese fiscal; se trataria de autorização assinada pelos cotistas com o único objetivo de facilitar sua representação, o que, por óbvio, não denotaria qualquer característica de controle.

- A autorização para que a mesma pessoa faça a representação das entidades, como seria de praxe em estruturas de investimento com configuração semelhante, seria uma decorrência natural do mandato outorgado aos Gestores, não se podendo imaginar que a gestão e administração das entidades se faça sem o correspondente poder de representação.

Especificamente com relação aos investidores representados pela Axxon, o Sr. Agente Fiscal teria pretendido relacionar no parágrafo 226 do TVF o fato de uma mesma pessoa física representar tanto o Gestor quanto à gestora de investimentos estabelecida no Brasil (Axxon Private Equity Gestão Ltda.), a um suposto reforço à tese do controle comum exercido pelo Grupo Axxon sobre as estruturas sob a sua gestão.

- Não se poderia imaginar que gestoras de carteiras de valores mobiliários, como asas de fundos de investimento, sejam entendidas como controladoras dos fundos sob sua gestão.

- A tentativa da Autoridade Fiscal de, com base nos endereços e denominações sociais dos cotistas dos FIP, justificar seu entendimento dos fatos, igualmente não prosperaria, porquanto tais circunstâncias claramente não se prestariam a caracterizar a existência de controle comum no caso em análise.

Às fls. 99/101, 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.

- 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.

- 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.

- O fundamento adotado pela Autoridade Fiscal na formalização do lançamento decorreria da adoção de premissas totalmente incorretas, quais sejam a de que a regra de exceção contida no artigo 3º, § 1º da Lei nº 11.312/06 contemplaria a hipótese de cotistas sob o mesmo controle e que, ainda, a Lei nº 6.406/76 poderia reconhecer a existência de controle decorrente do exercício de poder administração dissociado do direito de sócio.

- 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.

- 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 seriam totalmente improcedentes.

- A multa qualificada não seria aplicável, pois inexistiria sonegação ou conluio.

Segundo De Plácido e Silva, para ficar caracterizado o dolo, elemento indispensável para a configuração da sonegação e conluio, seria necessário que se verificassem os seguintes requisitos: o ânimo de prejudicar ou fraudar; que a manobra ou artifício tenha sido a causa da feitura do ato ou do consentimento da parte prejudicada; uma relação de causa e efeito entre o artifício empregado e o contrato por ele conseguido; a participação intencional de um dos contraentes no dolo.

- No dolo, o vício seria provocado, ou, em outras palavras, seria praticado intencionalmente por uma das partes com o objetivo de prejudicar terceiro.

- Nesse contexto, a qualificação da multa de ofício seria cabível quando a Autoridade Fiscal comprovasse, de forma cabal, que o contribuinte, de forma intencional, teria buscado prejudicar ou fraudar o fisco.
- 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 houvesse 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.
- Não teria havido descumprimento consciente da norma tributária.
- A regra de exceção prevista no §1º do inciso I do artigo 3º da Lei nº 11.312/06 não trataria de entidades sob o mesmo controle.
- 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.
- A planilha gerencial juntada com a impugnação (Doc. 09 e Doc. 10) demonstraria que o valor relativo à administração do FIP representaria, aproximadamente, 1,3% do valor do negócio.

- Quanto aos contratos de câmbio, a maior parte deles teria sido celebrada com outras instituições; além disso, 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 evidenciariam 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 nas folhas 123/124 da impugnação (fls. 82.752/82.752).

- 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 pelos gestores.

- 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.

- A sonegação somente se configuraria quando o contribuinte, de forma dolosa, agisse com o objetivo de impedir ou retardar o conhecimento da Fiscalização acerca da ocorrência do fato gerador, o que, conforme demonstrado, não teria ocorrido no caso concreto.

- *Quem age com intuito de fraude, sonegação ou conluio realizaria operações proibidas e não as escrituraria em seus registros comerciais e fiscais e, quando fiscalizado, não entregaria a documentação solicitada, procurando sob todas as formas ocultar essas operações; e mais, adulteraria documentos, se utilizaria de documentos calçados e paralelos, pessoas inexistentes ou "laranjas" e de documentos falsos e inidôneos.*

- *Deveria ser reconhecida a decadência parcial do direito de a Fazenda lançar o crédito tributário exigido, em relação aos fatos geradores anteriores a 08/02/2019.*

- *na hipótese de não ser cancelado integralmente o lançamento fiscal no julgamento, deveria ser, ao menos, determinada a redução da multa de ofício para o patamar de 75%, eis que não teria havido a prática de qualquer ato doloso pela Impugnante ou pelo Banco Santander e, em decorrência disso, deveria aplicada a regra decadencial prevista no art. 150, §4º do CTN, reconhecendo-se a DECADÊNCIA do direito do fisco de questionar os fatos geradores anteriores 08/02/2014 (i.e. remessas ocorridas em 06/02/2014).*

- *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 teria julgado 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. 82.471 a 82.521), acompanhada dos documentos de fls. 82.522 a 82.627), apresenta em suas 50 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 buscaria 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 a Impugnante não possuiria interesse comum com os contribuintes, investidores estrangeiros, na situação que constituiu fato gerador do IRRF.

- 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 polo 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. Rei. 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.
- O Termo de Responsabilidade Tributária seria improcedente, uma vez que não haveria qualquer ilícito imputável ao Santander DTVM, à Impugnante ou a qualquer outro agente.
- 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, por não restar configurada o interesse comum que justificasse a aplicação do artigo 124, inciso I, do CTN.

- 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 vínculo com a acusação fiscal, pois, independentemente da aplicação da alíquota zero do IR/Fonte, haveria a necessidade da celebração desses contratos para que fosse possível a remessa dos rendimentos.

- 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.

Ressalta que não teria havido descumprimento da norma tributária e que não haveria interesse econômico na não retenção, discorre sobre a normalidade e usualidade da cláusula de direito de regresso, segundo seu entendimento, e apresenta alegações já suscitadas pela outra impugnante.

Ao final, a impugnante requer o reconhecimento da inexistência da responsabilidade solidária e o cancelamento do Termo de Responsabilidade Tributária e subsidiariamente, - a exoneração da multa qualificada aplicada no percentual de 150%; - 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 - 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

Representante do Banco Santander (Brasil) S.A. pediu e recebeu cópia do processo (fls. 83.063/83.075).

O sujeito passivo principal – Santander DTVM – ainda apresenta posteriormente tradução juramentada de documentos que corresponderiam a memorandos elaborados pelos escritórios Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison LLP e Morris, Nichols, Arsht & Tunnell LL que haviam sido apresentados junto com a impugnação (fls. 83.080/83.105).

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, 2015

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.

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA

Na hipótese de inexistência de pagamento antecipado ou de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN. Nesta hipótese, demonstrado que o lançamento foi formalizado dentro do prazo de cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em decadência.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

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

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2014, 2015

RENDIMENTOS DE APLICAÇÕES EM FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (FIP) PAGOS A RESIDENTES OU DOMICILIADOS NO EXTERIOR. INOBSERVÂNCIA DAS CONDIÇÕES PARA REDUÇÃO A ZERO DA ALÍQUOTA

O benefício correspondente à redução a zero da alíquota do imposto de renda incidente sobre os rendimentos auferidos nas aplicações em fundos de investimento em participações creditados, entregues ou remetidos a beneficiário residente ou domiciliado no exterior não se aplica ao cotista titular de cotas que, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, represente 40% ou mais da totalidade das cotas emitidas pelos fundos ou cujas cotas, isoladamente ou em

conjunto com pessoas a ele ligadas, lhe derem direito ao recebimento de rendimento superior a 40% do total de rendimentos auferidos pelos fundos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

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

A) SANTANDER DTVM

1. Preliminarmente argui a nulidade do auto de infração por ausência de liquidez e certeza. Enumera os seguintes argumentos:

1.1 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;

1.2 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;

1.3 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 ônus tributário.

2.1 Defende a nulidade do acórdão recorrido, porque a DRJ teria promovido inovação da fundamentação do lançamento ao examinar a aplicação do art. 311, §111, I, da Lei n. 11.312/06 que importaria alteração de critério de jurídico e cerceamento do direito de defesa.

2.2 Subsidiariamente, e adentrando o mérito, 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. 311, §111, I, da Lei n. 11.312/06.

3. As estruturas de investimento adotadas mostram-se por completo aderentes aos objetivos que nortearam a edição da Lei n. 11.312/06.

4.1 Defende que a fiscalização interpretou de forma incorreta a previsão do art. 311, §111, I, da Lei n. 11.312/06, - que estabelece o teste de pulverização de 40% (quarenta por cento)-extrapolando o conceito legal de parte ligada "de forma a adicionar nova hipótese não prevista no texto legal, assumindo como premissa que cotistas titulares de cotas sob suposto controle comum de uma pessoa jurídica (que não é cotista, titular de cotas)", sejam considerados partes ligadas para fins do cumprimento do teste dos 40% (quarenta por cento).

4.2 Subsidiariamente, defende ainda que se aplica a previsão do art. 311, §111, I, da Lei n. 11.312/06 de acordo com a interpretação empregada pela autoridade lançadora, estaria atendido o pressuposto para gozo do benefício legal da alíquota zero.

4.3 Defende, ademais, que “ainda que houvesse menção a cotistas sob controle comum na legislação em questão, ou mesmo que se admitisse que interpretação teleológica do conceito de pessoas ligadas deveria considerar que pessoas ligadas para fins de aplicação do Teste dos 40% são também aqueles cotistas sob controle comum – o que se admite, tão somente, a título argumentativo - não há que se falar em exercício de controle comum pelos Gestores no caso em referência, como se passa a demonstrar.”

5. A fiscalização teria incorrido em erro de premissa fática quanto às estruturas dos fundos de investimento, que, destaca, variavam entre si.

6. A fiscalização teria incorrido em erro de premissa quanto às hipóteses de remoção dos Gestores.

7. A fiscalização teria incorrido em erro de premissa quanto ao período de investimento.

8. A fiscalização teria incorrido em erro de premissa quanto à forma de remuneração do Gestor.

9. Insubsistência das supostas provas do controle comum.

10. Suscita suposta incompetência da autoridade fiscal para questionar o cumprimento do dever de “Know Your Customer”.

11. Subsidiariamente, alega “ausência de descumprimento do dever de “Know Your Custo-mer”.

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

13. Subsidiariamente, suscita a vedação ao confisco.

14. Impossibilidade de exigência de multa em caso de dúvida.

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:

I – SÍNTESE DO FEITO

II - RAZÕES PARA MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA

II.1 Alegação de nulidade na base de cálculo

II.2 Descabimento da alegação de nulidade da decisão de primeira instância. Inexistência de inovação no acórdão proferido pela Delegacia Regional de Julgamento.

II.3 Da tributação dos Fundos de Investimento em Participação.

II.3.1 Das características dos Fundos de Investimento em Participação

II.3.2 Da tributação dos Fundos de Investimento em Participação: regra geral e investidores estrangeiros.

II.4 Do direito ao benefício da alíquota zero previsto no art. 3º da Lei n. 11.312/06 - A aplicação do

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

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

II.4.1.1 Definição de controladas e coligadas

III.4.1.2 Sobre o Poder de Controle

III.4.1.3 Fundos de Investimento em Participação e Poder de Controle.

III.4.1.4 Descabimento das alegações recursais quanto ao exercício do Poder de Controle

a) Quanto ao exercício do poder de controle pelos Fundos

b) Inexistência de fundamento para exigir exposição ao retorno variável do investimento

c) Critérios para exercício de poder de controle por Administrador de Fundo – Pronunciamento CPC 36.

II.4.2 Exame do caso concreto. Existência de controle.

II.4.2.1 Elementos colhidos pela fiscalização que evidenciam o exercício do controle pelos Administradores das entidades quotistas.

II.4.2.2 Do descabimento das alegações recursais quanto aos aspectos fáticos

a) Do suposto erro quanto às hipóteses de destituição dos Administradores

b) Do suposto erro quanto ao uso dos recursos disponíveis

c) Do suposto erro quanto ao período de investimentos

d) Do suposto erro quanto à remuneração dos Gestores e lógica de apuração de resultados dos Clientes

II.4.3 Identificação do quotista conforme previsto no art. 3º, §1º, I da Lei n. 11.312/06 II.4.4. Da adequada interpretação do art. 3º, §1º, I, da Lei n. 11.312/06.

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

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

III.5.1.1 Inexistência de ofensa à liquidez. Descabimento da alegação de descumprimento da previsão do art. 11 da IN RFB n. 1022/2010. Venire contra factum proprium.

II.5.1.2 Do descabimento da alegação de erro de cálculo e necessidade de expurgo do AVJ.

II.5.2 Da aplicação do art. 725 do RIR/99

II.5.3 Da tributação da parcela referente a dividendos

II.6 Da responsabilidade de SANTANDER DTVM e de SANTANDER BRASIL

II.6.1 Do interesse comum. Interpretação do art. 124, I, do CTN

II.6.2 Exame do caso concreto. Identificação da responsabilidade de SANTANDER DTVM e de SANTANDER BRASIL

II.7 Do cabimento da multa qualificada

III-PEDIDO

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.**Decadência**

A Recorrente alega que houve decadência do direito do fisco de questionar os fatos geradores anteriores a 08/02/2014 (ciência em 08/02/2019 - fls. 148/152; remessas ocorridas em 06/02/2014). Alega haver ausência de dolo, bem como a existência de recolhimento parcial, e por essas razões, deve ser aplicada a regra decadencial prevista no artigo 150, §4º do CTN.

Ao analisar a questão, a DRJ assim se manifestou:

Na hipótese de inexistir pagamento antecipado ou restar caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN, segundo o qual o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso ora apreciado, não houve pagamento antecipado. Além disso, resta caracterizado o dolo, como se verá adiante. Tendo isso em mente, cabe considerar que o fato gerador mais antigo corresponde a 06/02/2014. Nos termos do art. 173, inciso I, do CTN, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado corresponde a 01/01/2015, ensejando a possibilidade de o Fisco constituir o crédito tributário até 31/12/2019.

Deste modo, não ocorreu a decadência do direito do Fisco de constituir o crédito tributário objeto do auto de infração impugnado.

Em recurso, o contribuinte alega realizou recolhimento parcial dentro deste período (i.e primeiro decêndio de fevereiro de 2014), fazendo referência ao documento 2 do Recurso Voluntario. Compulsado o referido documento, verifico que não se trata de documento de arrecadação, trata-se de planilha excel. Portanto, não se faz prova da existência de recolhimento no período, ainda que parcial.

Assim, na hipótese de inexistir pagamento antecipado, a contagem do referido prazo decadencial rege-se pelo art. 173, I, inciso I, do CTN, nos termos em que previsto no entendimento vinculante do STJ sobre a matéria no REsp nº 973.733/SC, o que enseja o cancelamento da respectiva cobrança.

No caso ora apreciado, considerando que o fato gerador mais antigo corresponde a 06/02/2014, e que o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado corresponde a 01/01/2015, o Fisco constituir o crédito tributário até 31/12/2019. Logo, não ocorreu a decadência alegada, devendo ser rejeitada.

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 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, diz 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 atuada 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 partnerships* 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 a alegação de decadência e, no mérito, voto por dar provimento ao recurso voluntário para cancelar integralmente a exigência.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza