



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 17459.720048/2021-95
Recurso De Ofício
Acórdão nº **1201-006.255 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 21 de fevereiro de 2024
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado LIONS TRUST ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2018

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

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

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jose Eduardo Genero Serra, Fredy Jose Gomes de Albuquerque, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocado(a)), Lucas Issa Halah, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em face do acórdão nº **101-024.338**, proferido pela 9ª TURMA/DRJ01 que, por unanimidade de votos, julgou procedente a impugnação apresentada.

No mérito, trata-se de Auto de Infração lavrado para cobrança de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF, no valor total de R\$ 269.747.225,55, relativamente ao ano-calendário 2018. Extrai-se do relatório fiscal, que o objeto principal da autuação corresponde ao imposto de renda na fonte à alíquota de 15% incidente sobre os rendimentos pagos em 27/11/2018 a beneficiários domiciliados no exterior, chamados de Fundos Investidores, tendo em vista que autoridade fiscal identificou a configuração de regras que excepcionam o gozo da alíquota zero prevista no art. 3º da Lei nº 11.312/2006.

Em sua Impugnação a Interessada arguiu:

Preliminarmente

concomitância da discussão relativa ao cumprimento do requisito previsto no artigo 3º, § 1º, inciso II, da Lei nº 11.312/06 (limite de 5% de títulos da dívida pública nas carteiras do fundo) com ação judicial em curso - Ação Declaratória nº 1025467-51.2018.4.01.3400, ajuizada antes da lavratura do auto de infração, o que impossibilitaria a apreciação deste requisito na esfera administrativa, nos termos da Súmula nº 1 do CARF5 e no artigo 38 da Lei n.º 6.830/806.

Mérito

(i) o fato de a Tarpon All Equities e a Tarpon Gestora exercerem funções de Gestora e Consultora de Investimentos para diversos Fundos Investidores que investiam no FIP Bijupirá no Brasil, jamais poderia ser compreendido como “controle comum”, muito menos subsumido ao conceito de “partes ligadas” previsto na Lei nº 11.312/06 para fins de verificação do Teste dos 40%, única hipótese em que os cotistas poderiam ser considerados conjuntamente;

(ii) é inadmissível a desconsideração da personalidade jurídica individualizada dos cotistas do FIP (Fundos Investidores), para fins de lhes atribuir o status de um único cotista e aferição do Teste dos 40%;

(iii) o Teste dos 40% deve ser direcionado ao cotista titular de cotas do FIP, devendo ser agregadas as participações dos cotistas titulares de cotas que sejam considerados como partes ligadas;

(iv) para esse fim, a definição de partes ligadas expressamente prevista na Lei nº 11.312/06 abrange cotista que seja controlador de outro cotista, cotista que seja controlado por outro cotista ou cotista que tenha participação de coligação em outro cotista, devendo ser aplicados os conceitos de sociedade controladora, sociedade controlada e sociedade coligada previstos no artigo 243 da Lei nº 6.404/76; e

(v) a despeito das alegações da Autoridade Fiscal, a Gestora Tarpon All Equities na condição de Gestora dos Fundos Investidores é agente/prestadora de serviço e não pode ser equiparada à sociedade controladora dos investidores não residentes do FIP Bijupirá em questão, nos termos do artigo 243 da Lei nº 6.404/76.

A r. DRJ ao apreciar a matéria entendeu pela procedência da impugnação em acórdão assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Período de apuração: 2018

CONCOMITÂNCIA. DISCUSSÃO NAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. NÃO CONHECIMENTO DA MATÉRIA DISCUTIDA.

Com relação à matéria tratada no âmbito da Ação Declaratória n.º 1025467-51.2018.4.01.3400 ajuizada pela contribuinte, que discute o cumprimento do requisito previsto no art. 3º, inciso II, deve ser reconhecida a concomitância da discussão nas esferas administrativa e judicial e, portanto, não conhecida a matéria para fins de apreciação no julgamento administrativo.

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

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

A DRJ remeteu o processo ao CARF para apreciação de recurso de ofício, nos termos do art. 34, I, do Decreto n.º 70.235/1972.

Intimada a PGFN apresenta razões ao Recurso de Ofício, após apresentar as características societárias de FIPs em abstrato, alega que regras específicas determinam o tratamento a ser conferido aos investidores não residentes. Veja-se:

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

§ 1º O benefício disposto no caput deste artigo:

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

II - não se aplica aos fundos elencados no art. 2º desta Lei que detiverem em suas carteiras, a qualquer tempo, títulos de dívida em percentual

superior a 5% (cinco por cento) de seu patrimônio líquido, ressalvados desse limite os títulos de dívida mencionados no § 4º do art. 2º desta Lei e os títulos públicos;

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

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

I - pessoa física:

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

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

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

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

§ 3º A alíquota 0 (zero) referida no caput também se aplica aos ganhos de capital auferidos na alienação ou amortização de quotas de fundos de investimentos de que trata este artigo. (g.n.)

Defende a PGFN que definição de pessoa ligada relaciona-se com a noção de controle. Seja o controle propriamente dito, que deriva das relações entre controladas e controladoras, seja sua versão mitigada, a influência significativa.

Acresce que ao definir a influência significativa, a legislação se referiu, no aspecto objetivo, ao “poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la”. Já no aspecto subjetivo, elegeu a expressão investidor, vide §§ 1º e 4º do art. 243 e não o acionista, como escolhido no art. 116, sequer exigiu direitos de sócio, como fez no art. 243, §2º.

Nessa linha, sustenta que a partir de interpretação gramatical das disposições da LSA, conclui-se que, para deter influência significativa, exige-se a condição de investidor, não sendo necessária especificamente a condição de sócio, pois a Lei expressamente distinguiu os pressupostos subjetivos para caracterização da influência significativa e do controle em sentido estrito.

Acresce que a desvinculação entre o conceito de controle e participação societária é absolutamente consentânea com as atuais estruturas e arranjos financeiros e empresariais empreendidos em escala global, abrangendo arranjos como *partnerships* e estruturas de investimento em capital baseadas em fundos, os quais podem decorrer de contratos ou de estatutos, possuir personalidade jurídica ou não. Mostra-se, ademais, necessária para que a legislação brasileira possa cumprir seu papel regulatório. Aceitar a interpretação restritiva proposta pelo interessado importaria estagnação da Lei brasileira, que, ancorada no conceito rígido de participação societária, seria inapta a regular as estruturas de investimento (financeiro ou direto) atuais.

Na sequência trata da definição contábil de controle, tal como extraída de diversos Pronunciamentos, mormente o CPC 18 e 36. Segundo ela, dessas regras contábeis, infere-se que as previsões do art. 243 da LSA e as normas contábeis: (i) desvinculam o exercício do controle da participação societária, ao menos na modalidade influência significativa; (ii) admitem o exercício do controle derivado de relação contratual; (iii) admitem que entidade de investimento exerça poder de controle. Quanto aos meios para aferir a existência do poder de controle; (iv) afastam a exclusividade do exercício do voto; (v) enumeram poderes de tomada de decisão oriundos de contrato de gestão e (vi) preveem o intercâmbio de administradores e a participação nos processos de elaboração de políticas, inclusive em decisões sobre dividendos e outras distribuições, como indicativos de influência significativa.

Portanto, deveriam ser rejeitadas as alegações de defesa no sentido de que o exercício do poder de controle (a) exige participação societária e (b) é incompatível com a prestação de serviços de gestão de investimentos. Como visto acima, a primeira exigência não existe para relações de coligação e, quanto à segunda, a legislação contábil não apenas admite o exercício de controle pelo gestor, como prescreve critérios para distinguir o gestor que atua como mero agente e o gestor que atua como principal.

Veicula jurisprudência da justiça do trabalho e do CADE acerca da possibilidade de administradores (que obrigatoriamente são pessoas jurídicas) e os gestores (quando pessoas jurídicas) de fundos de investimento integrarem o grupo econômico do fundo de investimento ao qual se relacionam, tendo em vista que, por decorrência lógica, o dirigem e administram.

Acresce que uma vez respeitada a legislação de regência dos FIPs veículos de investimento, o poder de controle titularizado pelos FIP é exercido pelos administradores e gestores respectivos, pois, ainda que os quotistas detenham o direito de propriedade sobre as quotas, as decisões sobre a política financeira ou operacional ficam a cargo dos administradores.

No caso concreto, examinados os INRs, que são os quotistas dos FIPs brasileiros, o fato de compartilharem o mesmo administrador constitui o primeiro elemento indiciário da existência de controle comum, cuja constatação levou ao afastamento do benefício fiscal.

Em acréscimo à análise da estrutura, que já indica o controle comum pelo administrador e gestor do Grupo Tarpon, a fiscalização observou que (i) os atos constitutivos dos veículos de investimento coletivo conferiam ampla discricionariedade quanto às decisões de investimento e previam hipóteses limitadas de destituição e/ou substituição do administrador/gestor, características indicativas do exercício do poder de controle pelo gestor e (ii) de forma dinâmica, as **decisões de investimento e estratégias negociais eram concertadas entre os diversos quotistas, isto é, efetivamente, atuavam sob mesmo controle.**

A Lei estabelece que a referência para o art. 3º da Lei n. 11.312/2006 é o **quotista** do fundo. O parágrafo §1º, I, restringe o benefício fiscal a estruturas em que haja uma mínima pulverização entre os quotistas do FIP.

O autuado defende que, para aferição do grau de dispersão das quotas, somente poderiam ser analisadas as relações *diretas* entre os quotistas, isto é, se dois quotistas guardam relação de controle ou se dois ou mais quotistas qualificam-se como coligados. Em seu entender, a fiscalização extrapolou o comando legal, admitindo o reconhecimento de ligação em situações em que se configura controle comum.

A interpretação defendida pelo sujeito passivo não pode ser aceita por levar a resultado absurdo. No caso dos autos, a tese de defesa, se aplicada, importaria em negar a incidência da norma no caso concreto, embora os Fundos todos tivessem o mesmo gestor.

Significa que uma simples manobra de divisão dos recursos investidos entre fundos bastaria para burlar a Lei.

Em respeito a basilares regras da hermenêutica e doutrina, a interpretação defendida pelo autuado e encampada pela DRJ deve ser afastada. O exame das relações de controle não deve ser restrito a relações diretas entre quotistas, sob pena de esvaziamento do comando legal. As relações indiretas também devem ser consideradas. Assim, o controle comum deve atrair a incidência do art. 3º, §1º, I, da Lei n. 11.312/06.

E, considerando as relações indiretas, resta claro que os quotistas todos têm o mesmo controlador, a gestora TARPON GESTORA que recebeu amplíssimos poderes de TAE CAYMAN, ambas sociedades do Grupo Tarpon convém ressaltar. Dado que o mesmo gestor com poderes de controle toma decisões pelos onze quotistas, evidente que foi superado o limite legal de 40% (quarenta por cento).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, Relator.

Admissibilidade

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

Mérito

Antes de adentrarmos propriamente no mérito da questão, se tona necessário trazer algumas notas sobre o regime jurídico dos fundos de investimento de participações.

O funcionamento dos fundos de investimento (em sentido lato) é regulado pela Instrução Normativa CVM n.º 409/04. Trata-se de um condomínio de investidores que aportam os seus recursos para serem utilizados em investimentos em *“ativos financeiros admitidos a negociação em bolsa de valores, de mercadorias e futuros, ou registrados em sistema de registro, de custódia ou de liquidação financeira devidamente autorizado pelo Banco Central do Brasil ou pela CVM, nas suas respectivas áreas de competência”*.

Nesse sentido, o fundo de investimento é um condomínio que não detém personalidade jurídica, embora seja exigido o registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) e a escrituração contábil própria, de acordo com as regras do Cosif – Manual de Normas do Sistema Financeiro.

No tocante especificamente ao Fundo de Investimento em Participação (FIP), a regulamentação se deu, inicialmente, pela Instrução CVM n.º 391/2003, que dispôs sobre a constituição, a administração e o funcionamento desse fundo. Depois, sobreveio a Instrução CVM n.º 578/2016. Atualmente, os FIPs são regulados pela Resolução CVM n.º 175/2022 em seu Anexo Normativo IV, incluído pela Resolução CVM n.º 184/2023.

Consoante o referido Anexo, o FIP representa uma comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio fechado, destinada à aquisição de ações, bônus de subscrição, debêntures simples, outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis

em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas. Também visa a adquirir títulos e valores mobiliários representativos de participação em sociedades limitadas (algo autorizado a partir da Instrução CVM n.º 578/2016, desde que observadas algumas regras), cotas de outros FIPs e cotas de Fundos de Ações – Mercado de Acesso¹. Por ser um fundo fechado, as cotas do FIP apenas são resgatadas ao término de sua duração ou quando é deliberado em assembleia de cotistas a sua liquidação.

Justamente por não possuírem personalidade jurídica, os fundos de investimento não sofrem tributação pelas operações que realizam (tributação da carteira), algo que foi mantido na Lei n.º 14.754, publicada em 12 de dezembro de 2023². Há, portanto, isenção do Imposto de Renda para todos os rendimentos e os ganhos de capital auferidos pelos fundos nas operações com títulos, valores mobiliários e aplicações financeiras que compõem a sua carteira.

Os rendimentos auferidos pelos cotistas dos fundos de investimento são, geralmente, tributados pelo Imposto de Renda, no momento do resgate das respectivas cotas ou da liquidação dos fundos, aplicando-se as alíquotas regressivas (15% a 22,5%) de acordo com o tempo de aplicação e com a composição das carteiras. Em relação aos fundos de renda fixa e multimercado, aplica-se o regime de “*come-cotas*”, pelo qual ocorre uma tributação nos meses de maio e novembro pelo Imposto de Renda sobre a valorização das cotas independentemente de seu resgate.

A tributação do FIP se equipara àquela aplicável aos fundos de investimento em ações, com incidência do IRRF no resgate ou na amortização das cotas à alíquota de 15%³. Contudo, quando o FIP não possui uma carteira de investimento composta por, pelo menos, 67% em ações, debêntures conversíveis em ações ou bônus de subscrição de ações, o investimento no fundo será tratado como investimento em renda fixa, sujeitando-se ao IRRF sob alíquotas progressivas (15% a 22,5%)⁴, dependendo do prazo de duração do investimento.

Houve ainda diversas tentativas de inclusão do regime de “*come-cotas*” para os FIPs, tais como a Medida Provisória n.º 806/2017 e os Projetos de Lei n.º 336/2018 (Senado Federal) e 10.638/2018 (Câmara dos Deputados). No entanto, tais iniciativas foram rejeitadas.

Ocorre que, no final de dezembro de 2023, foi promulgada a Lei n.º 14.754/2023. O referido diploma legal promoveu mudanças significativas na tributação de rendimentos decorrentes de aplicações financeiras no exterior e de fundos de investimento no Brasil. Dentre essas alterações, destaca-se a extensão da sistemática de tributação periódica aos fundos fechados, salvo algumas exceções.

Consoante essa nova legislação, os FIPs, FIDCs, FIAs e ETFs (exceto ETFs renda fixa) não se sujeitarão ao “*come-cotas*”, desde que atendidas duas condições principais⁵. Primeiro, esses fundos devem ser enquadrados como entidades de investimento (salvo os FIAs que não precisam cumprir essa primeira condição). Em segundo lugar, devem observar os demais requisitos legais previstos na Lei n.º 14.754/2023.

No caso dos FIPs, cujos investidores residem no exterior, aplica-se a alíquota zero de Imposto de Renda prevista na Lei n.º 11.312/2006. Sobre esse aspecto, vale destacar a revogação, pela Lei n.º 14.711/2023, de requisitos antes exigidos para a aplicação da alíquota

¹ Esses fundos são regulados pelo Anexo Normativo I da Resolução CVM n.º 175/2022, podendo ser dos seguintes tipos: (i) Fundos de Investimento em Ações; (ii) Fundos de Investimento Cambial; (iii) Fundos de Investimento Multimercado; e (iv) Fundos de Investimento em Renda Fixa.

² Artigo 16, parágrafo único.

³ Artigos 24, da Lei n.º 14.754/2023 e 32, da IN n.º 1.585/2015.

⁴ Artigo 32, § 5º, da IN n.º 1.585/2015.

⁵ Artigo 18.

zero, como o chamado “*teste dos 40%*”⁶ e a composição de carteira (carteira composta de, no mínimo, 67% de ações de sociedades anônimas, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição).

Afora a revogação desses pontos, a Lei nº 14.711/2023 estabeleceu que apenas se aplica a alíquota zero nos casos de FIPs enquadrados como entidades de investimento, de acordo com regulamentação do CMN, o que está em linha com a Lei nº 14.754/2023. A alíquota zero também passa a ser aplicada aos investidores não residentes em Fundos de Investimento em Participações em Infraestrutura (FIP-IE) e aos fundos soberanos.

Com efeito, a partir da Lei nº 14.754/2023, o exame das características do FIP se tornou indispensável tanto para os residentes fiscais brasileiros quanto para aqueles que residem no exterior e investem em FIPs no Brasil. É importante, assim, verificar se o fundo se classifica como entidade de investimento e se cumpre com os requisitos de alocação exigidos pela CVM. Somente cumpridas essas condições, esses fundos estarão livres da tributação pelo “*come-cotas*”. Caso contrário, ele estará sujeito ao IRRF à alíquota de 15% (fundos de longo prazo) ou de 20% (curto prazo) no último dia útil dos meses de maio e novembro ou, se ocorrer primeiro, na data da distribuição dos rendimentos, amortização, resgate ou alienação de cotas.

Feitas as considerações gerais sobre o regime jurídico dos FIPs e sua evolução histórica até os dias atuais, vale contextualizar o caso concreto à luz das normas aplicáveis ao tema no ano-calendário de 2018.

Conforme consta no relatório do presente acórdão, 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 n. 11.312/06. A autuada, administradora do BIJUPIRÁ FIP, não realizou a retenção na fonte por entender aplicável o benefício.

A autoridade fiscal, por sua vez, promoveu o lançamento ao afastar a aplicação do benefício fiscal por verificar que os quotistas guardavam relação entre si de forma de que a concentração de quotas superava o limite de 40% admitido pela legislação (desrespeito ao art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 11.312/2006), ponto que foi objeto específico das razões da PGFN.

O art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 11.312/2006, na redação vigente ao tempo dos fatos geradores, estipulava que não se aplicaria a alíquota zero quando quotista ou pessoas a ele ligadas detivessem participação superior a 40% (quarenta por cento) das quotas:

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

⁶ Antes da revogação desse teste, a alíquota zero era afastada quando o cotista fosse titular de cotas que, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, representasse 40% ou mais da totalidade das cotas emitidas pelos fundos ou cujas cotas, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, lhe dessem direito ao recebimento de rendimento superior a 40% do total de rendimentos auferidos pelos fundos.

ele ligadas, lhe derem direito ao recebimento de rendimento superior a 40% (quarenta por cento) do total de rendimentos auferidos pelos fundos;

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

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

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

I - pessoa física:

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

b) empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o 2º (segundo) grau; (Revogado pela Medida Provisória n.º 1.137, de 2022) Produção de efeitos Vigência encerrada

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 n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Da leitura do referido dispositivo, verifica-se a existência de requisitos de ordem objetiva e subjetiva para aplicação da referida redução:

Aspecto objetivo – FIP cuja carteira:	observe os limites de diversificação estabelecidos pela CVM (art. 3º, <i>caput</i> , c/c art. 2º, §3º, da Lei n.º 11.312/2006)
	seja composta de, no mínimo, 67% de ações de sociedades anônimas, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição (art. 3º, <i>caput</i> , c/c art. 2º, §4º, da Lei n.º 11.312/2006)
	não possua percentual superior a 5% de títulos de dívida, salvo os títulos públicos e as debêntures conversíveis em ações (art. 3º, §1º, II, da Lei n.º 11.312/2006)
Aspecto subjetivo – Cotista que:	seja residente ou domiciliado no exterior, exceto em jurisdição com tributação da renda a alíquota máxima abaixo de 20% (art. 3º, §1º, III, da Lei n.º 11.312/2006)
	observe as normas do CMN – Resolução CMN n.º 4.373/2014 (art. 3º, <i>caput</i> , da Lei n.º 11.312/2006)
	detenha, isolada ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, menos de 40% das cotas do FIP (art. 3º, §1º, I, da Lei n.º 11.312/2006)
	tenha, isolada ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, direito ao recebimento de rendimentos não superior a 40% do total obtido pelo FIP (art. 3º, §1º, I, da Lei n.º 11.312/2006)

Tabela 1 – Resumo dos requisitos para a fruição da alíquota zero

De sua parte, o §2º, II, do dispositivo legal se reportava expressamente ao conceito de pessoas ligadas estatuído pelo art. 243 da LSA:

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

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

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

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

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

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

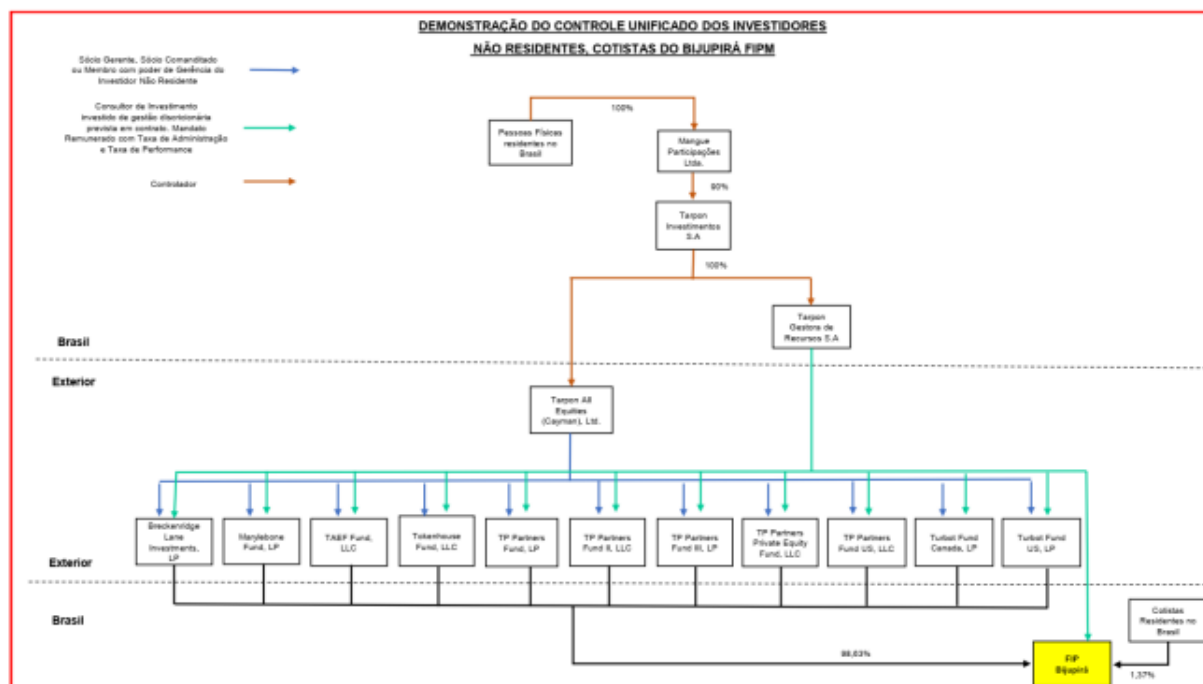
Sobre a questão em análise assim se manifestou a DRJ, em excelente voto da relatora Giana Hahn Prates:

O presente julgamento restringir-se-á, portanto, à apreciação da alegação, pela autoridade fiscal, de que a impugnante teria descumprido o requisito previsto no art. 3º, §1º, inciso I da Lei nº 11.312/06 (“Teste dos 40%”), para fins do gozo da redução a zero da alíquota de imposto de renda na fonte incidente sobre rendimentos auferidos por investidores não residentes em Fundo de Investimento em Participações brasileiro, matéria cuja discussão prevalece na esfera administrativa.

A acusação fiscal fundamenta a alegação de descumprimento ao “Teste dos 40%” em dois elementos principais: a existência de vinculação entre os Fundos Investidores, os quais seriam os investidores estrangeiros diretos no Bijupirá FIP (fundo brasileiro), em razão de aqueles estarem sob administração e controle comum de empresas pertencentes ao grupo Tarpon; e a unicidade de operação dos Fundos Investidores, o que os caracterizariam, junto com as demais empresas e sócios integrantes do grupo Tarpon, como um “grupo econômico de fato”. Tais fundamentos restariam demonstrados em diversos documentos e acordos relativos à constituição e operação dos fundos, conforme excertos reproduzidos pela autoridade fiscal, e pelo próprio organograma da cadeia de investimentos, já reproduzido anteriormente, sob diferentes perspectivas, no Relatório do presente voto.

De fato, a partir das evidências destacadas pela autoridade fiscal, é inequívoca a constatação de vinculação entre os Fundos Investidores, os

quais se submetem a uma gestão e controle comum exercidos por um mesmo grupo de entidades. O organograma que demonstra a estrutura da cadeia de investimentos, o qual reproduzo abaixo novamente, bem como os elementos destacados pela fiscalização constantes dos contratos/acordos relativos aos Fundos e suas operações, conforme descrito no Relatório do presente voto, deixam clara a configuração de um grupo que atua de maneira coordenada, sob controle de empresas do grupo Tarpon, as quais, em última análise, são geridas pelos mesmos sócios pessoas físicas.



Entretanto, o tipo de vinculação constatada não é abrangido pela Lei 11.312/2006 dentre as hipóteses do que se considera “partes ligadas” para fins de desenquadramento do benefício de redução a zero da alíquota de imposto de renda na fonte concedido pelo art. 3º desta Lei. Nos termos do §1º, inciso II, conjugado com o § 2º do artigo 3º, tem-se o seguinte:

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;

(...)

§ 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 n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Ou seja, a Lei 11.312/2006 remete-se aos conceitos de controladora, controlada e coligada do art. 243 da Lei 6.404/1976 (Lei das S.A.), os quais presumem uma relação de participação direta (ou indireta, no caso da relação de controle) entre investidora e investida, senão vejamos:

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

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

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

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

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

Dessa maneira, não se verifica, a partir do disposto na Lei 11.312/2006, espaço para que se enquadre no conceito de pessoas ligadas previsto para seus fins as hipóteses de “controle comum” ou “grupo econômico”.

Não se discorda, no presente julgamento, de que se está diante de entidades sob controle comum e que compõem um mesmo grupo. Tais fatos foram muito bem caracterizados e evidenciados pela autoridade fiscal. O que ocorre é que a Lei 11.312/2006 não os prevê expressamente nem deixa qualquer margem para que esses cenários de vinculação identificados se configurem nos conceitos de pessoas ligadas ali previstos.

Dessa maneira, ainda que o presente julgamento acolha a constatação da autuação fiscal a respeito da existência de vínculo entre os investidores do fundo brasileiro Bijupirá FIP (Fundos Investidores), verifica-se que tal vínculo não se amolda às hipóteses previstas pelo diploma legal capazes de desconfigurar o gozo do benefício concedido pelo art. 3º da Lei 11.312/2006. Portanto, acolho a impugnação da Lions Trust, para cancelar a autuação fiscal.

Em minha visão, não há como se afastar das conclusões alcançadas pela DRJ no sentido de que não é possível caracterizar a situação em comento como uma das exceções previstas no artigo 3º, §2º, da Lei n. 11.31/06.

Embora tal concordância de minha parte já fosse o bastante para não dar provimento ao recurso de ofício, destaco que diferentemente do acórdão recorrido, entendo que não há como caracterizar a autuada e os FIPs por ela geridos como entidades sob controle comum, uma vez que inexistente relação societária entre elas.

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

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

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

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

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

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

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

“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”

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

No caso, ao analisar as estruturas adotadas pela Interessada, verifica-se que a forma jurídica como tais relações são ou foram contratadas, tanto no Brasil como no exterior, não 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, mas sim uma relação em que a Gestora atua como agente/prestador de serviços no âmbito da alocação de capital dos Sócios Investidores que o contratam para prestar tais serviços, à semelhança de gestores de recursos regulados pela CVM no Brasil.

A Gestora e a Consultora, conforme o caso, possuem relação que em nada se assemelha à do sócio controlador de sociedade anônima, o que se vislumbra pela inexistência de quaisquer dos direitos essenciais de sócio, acima elencados, o que se infere da tabela comparativa entre direitos da Gestora (aí considerados os poderes delegados à Consultora de Investimentos) e dos Sócios Investidores abaixo:

Direitos essenciais de acionistas vs. Direitos da Gestora/Consultor e Sócios Investidores		
Dispositivo da Lei das S.A. (artigo 109)	Direitos como Gestora/Consultora	Direitos como Sócio Investidor
I - participar dos lucros sociais	Não ³⁰	Sim
II - participar do acervo da companhia, em caso de liquidação	Não ³¹	Sim
III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais	Não aplicável ³²	Sim
IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172;	Não aplicável ³³	Não aplicável
V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei (...).	Não ³⁴	Sim ³⁵

Ademais, a Gestora (e tampouco a Consultora) não possui qualquer participação nas entidades sob a sua gestão (ou possui participação nominal e simbólica na entidade), bem como os seus parâmetros de remuneração variável, os quais não superam os percentuais mencionados nos exemplos do CPC 36 que conferiram à Gestora (e, por conseguinte, à Consultora) papel de principal e não agente.

Tais constatações, a meu ver, também são suficientes para afastar a alegação de que existiria influência significativa. Até porque o art. 243 supratranscrito indica claramente a

necessidade de a coligada ser investidora, o que pressupõe participação societária. Em outras palavras, como posso ser investidor sem possuir participação?

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

A Lei das Sociedades por Ações define coligadas como “as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa” (art. 243, § 1o) e considera que existe tal influência quando “a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la” (art. 243, § 4o). A lei dispõe ainda que a influência significativa é presumida “quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la”. Essas definições tiveram sua redação dada pelas Leis nos 11.638/2007 e 11.941/2009 e estão em linha com as normas internacionais e, portanto, com o CPC 18 (R2) – Investimento em Coligada, em Controlada e em Empreendimento Controlado em Conjunto.

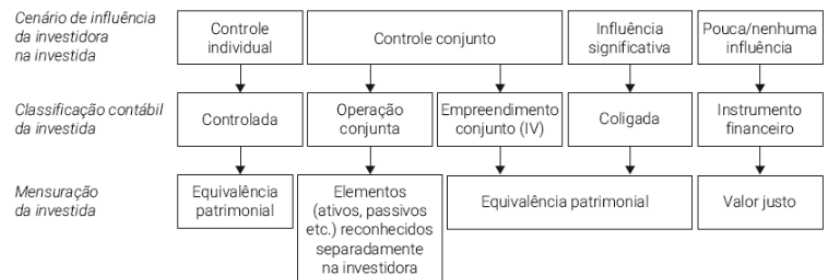


Figura 6.1 Critérios para avaliação de investimentos.

Cabe notar que a lei, na definição de coligada, não especifica o tipo de sociedade, o tipo de título patrimonial ou, ainda, a proporção da participação na investida (exceto pelo conceito presumido de influência), abrangendo todos os tipos de sociedades (sociedades por ações, limitadas ou outro tipo), bem como não faz menção sobre participações indiretas. Existindo influência, portanto, é coligada, mesmo que a participação seja indireta, já que há sempre a predominância da essência sobre a forma.

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

(...)

Visando à caracterização da influência significativa, o CPC 18 (R2) exige ainda que se considere o direito de voto potencial. Conforme dispõe o referido pronunciamento, uma entidade pode possuir valores mobiliários

prontamente conversíveis em ações com direito a voto, tais como bônus de subscrição, opções de compra de ações, debêntures e outros instrumentos (de capital ou de dívida) conversíveis em ações com poder de voto, os quais, se exercidos ou convertidos, conferem à entidade um poder de voto adicional ou reduzem o poder de voto de outras partes sobre as políticas financeiras e operacionais de outra entidade (ou seja, constituem-se em direitos de voto potenciais).

A existência e o efeito dos direitos de voto potenciais devem ser considerados quando da avaliação da influência significativa de uma entidade sobre outra. Isso implica dizer que o percentual de participação a ser considerado quando da análise da influência significativa deve ser recalculado assumindo-se que as partes convertam ou exerçam seus direitos potenciais de voto (somente aqueles prontamente exercíveis ou conversíveis), independentemente da intenção ou da capacidade financeira das partes para exercê-los ou convertê-los (CPC 18 (R2), item 7).

Não destoam o entendimento do Professor Luís Eduardo Schoueri, consignado no parecer juntado pela contribuinte:

No caso da relação entre o GP e o COTISTA INR, a presunção opera em desfavor da coligação, pois a participação indireta do GP no COTISTA INR é, normalmente, de 2% e não 20%. É dizer, conforme já decidido pelo CARF⁸⁶, compete ao Fisco demonstrar a presença de influência significativa nas situações em que a participação seja menor que 20%.

De qualquer modo, fato é que não se constata qualquer influência significativa do GP no COTISTA INR. Para que isso fique claro, é importante que sejam repisados tanto o papel do GP quanto o conceito de influência significativa.

De um lado, o GP atua como um agente fiduciário dos LPs, como um mandatário, *i.e.*, “por conta e ordem dos investidores”⁸⁷. Apesar de possuir uma participação diminuta na *partnership* e, por consequência, indiretamente no COTISTA INR, os poderes de gestão decorrem do mandato outorgado pelos LPs consoante os termos do LPA e não em virtude de direitos de sócio. Prova disso é, em primeiro lugar, o fato de que o plano de investimento apresentado pelo GP na fase de captação de investimentos não passa de proposta, que pode inclusive não contar com qualquer adesão; são os LPs que, individualmente, aceitam (contratam) a partir do que foi proposto no plano de

diminuta na empresa⁹⁰. Por exemplo, imagine que uma empresa contrate outra para a auxiliar nos investimentos a serem realizados atuando como mandatária da primeira. Apesar de a empresa consultora de investimentos atuar na qualidade de mera prestadora de serviços, respeitando as diretrizes fixadas pela mandante, ela seria considerada como “coligada”.

É evidente que esse raciocínio conduz a uma noção de *coligação* discrepante da prevista pelo atual art. 243 da Lei das S.A. Ora, o conceito de coligação prescrito pela Lei das S.A. volta-se a uma sociedade que é titular de direitos de sócio na investida, revelando também o poder de se imiscuir nas decisões *políticas*, de sorte a impactar os planos financeiro ou operacional da investida e não meramente a tomada de decisão financeira ou operacional. Caso contrário, qualquer terceiro (*e.g.*, consultor) com a menor conexão com a empresa poderia ser enquadrado como coligado.

Em síntese, é irrelevante para caracterizar a coligação se é o GP que oferece um programa de investimentos aos LPs. São estes que tomam a decisão política ao aderirem. Caberá ao GP seguir o curso conforme pactuado. Ora, poderá o GP não ter adesão do LP a quem ofereceu o programa de investimento. Ou ainda, caso o GP se enverede por outros caminhos, estará sujeito a ser destituído pelos LPs, nos termos do LPA. Assim, ao aderirem ao programa de investimentos, os LPs tomam a decisão *política* operacional, ao passo que o GP tomará meras decisões operacionais.

Tendo isso em vista, entendo que o GP não pode ser considerado *pessoa ligada* do COTISTA INR. Seja qual for o sentido de controle ou de coligação escolhido pelo intérprete, fato é que o GP atua como mero agente fiduciário. Por isso, o Teste dos 40% é observado ao se levar em conta a relação entre o COTISTA INR e o GP.

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

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

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

Código Civil.

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

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

Neste aspecto, registra-se desde logo que a jurisprudência atinente ao direito trabalhista e ao direito concorrencial indicados pela PGFN não podem ser considerados na análise do caso concreto. Primeiro pela ausência de maior precisão quanto aos fatos discutidos nos respectivos casos concretos, o que per se impede a análise da pertinência das conclusões alcançadas naqueles casos aos fatos aqui discutidos.

Segundo, porque a análise naqueles âmbitos leva em consideração aspectos específicos, que muitas vezes se afastam dos conceitos adotados no âmbito tributário. Basta pensar no amplo conceito de grupo econômico adotado na jurisprudência trabalhista que muito se afasta do conceito adotado inclusive pela administração no Parecer Normativo n. 4/2018.

A meu ver, portanto, acertada a decisão que, por unanimidade, cancelou o auto de infração, desonerando o débito tributário. Não tendo sido convencido pelas razões expostas no Termo Fiscal ou pela PGFN, entendo pela manutenção da decisão recorrida.

Diante do exposto, voto por conhecer e negar provimento ao Recurso de Ofício.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

ALEXANDRE EVARISTO PINTO