



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	17459.720049/2023-00
ACÓRDÃO	1202-001.678 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	31 de julho de 2025
RECURSO	DE OFÍCIO
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	LIONS TRUST ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 2019

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

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%”. Recurso de ofício ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Assinado Digitalmente

Maurício Novaes Ferreira – Relator

Assinado Digitalmente

Leonardo de Andrade Couto – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Andre Luis Ulrich Pinto, Fellipe Honorio Rodrigues da Costa, Jose Andre Wanderley Dantas de Oliveira, Liana Carine Fernandes de Queiroz, Mauricio Novaes Ferreira, Leonardo de Andrade Couto (Presidente)

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de ofício interposto pela 12ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ) 09, que considerou procedente a impugnação apresentada por LIONS TRUST ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA. O julgado restou assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 2019

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

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%”.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDARIEDADE.

Acolhidas as razões de mérito apresentadas pelo contribuinte para cancelar o auto de infração, e estas serem as mesmas apresentadas pela empresa apontada como responsável, afasta-se, como consequência, a imputação de responsabilidade solidária.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado

O processo administrativo fiscal (PAF) foi constituído visando exigir Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF) da Contribuinte autuada que seria, no entender da autoridade fiscal, responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda decorrente do ganho auferido em 2019 por investidores domiciliados no exterior. O fato gerador decorreria da alienação dos investimentos realizados em Fundo de Investimento em Participações (FIP).

Por bem retratar os fatos processuais ocorridos até a data da sua prolação, adoto o relatório do acórdão recorrido, complementando-o em seguida com os eventos subsequentes:

RELATÓRIO

Trata-se de julgamento de impugnação contra Auto de Infração referente ao seguinte tributo, apurado relativamente ao ano-calendário 2019: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF, no valor total de R\$ 1.173.909.695,37, aí incluídos multa proporcional e juros de mora calculados até 11/2023.

I - DO RELATÓRIO FISCAL

Conforme Termo de Verificação Fiscal (fls. 3164-3256), o objeto principal da autuação corresponde ao imposto de renda na fonte à alíquota de 15% incidente sobre os ganhos e rendimentos pagos no decorrer do ano de 2019 a beneficiário domiciliado no exterior (chamado de Fundo Investidor na autuação), dado que a autoridade fiscal teria constatado que a fiscalizada e o citado Fundo Investidor, na qualidade de cotista do Fundo de Investimento em Participações (FIP) situado no Brasil e ora analisado (GA BRASIL IV FIP), são pessoas ligadas.

Dessa maneira, as cotas do Fundo Investidor representariam mais de 40% da totalidade das cotas emitidas e teriam recebido ganhos e rendimentos superiores a 40% do total de rendimentos auferidos pelo FIP, o que infringe diretamente o gozo da alíquota zero de imposto de renda na fonte prevista no art. 3º da Lei nº 11.312/2006.

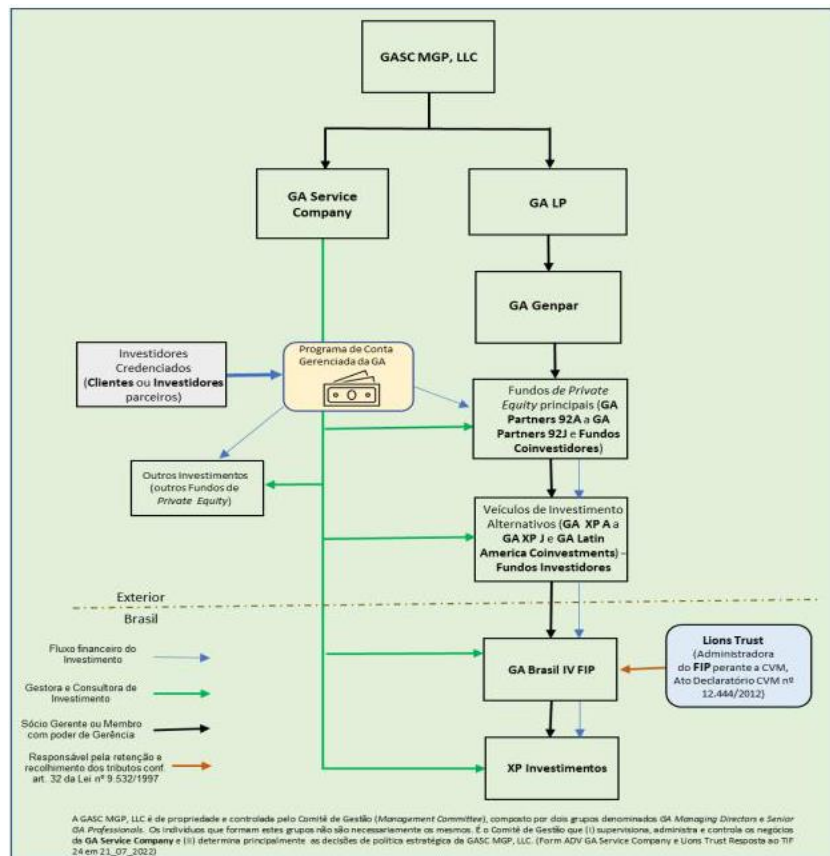
Nesse sentido, a fiscalizada, na condição de administradora do FIP e, portanto, responsável pelo recolhimento do imposto incidente, teria deixado de efetuar o recolhimento do tributo devido. A autoridade fiscal sintetiza o caso ora discutido da seguinte maneira:

4 – ESTRUTURA DO FUNDO GA BRASIL IV FIP E EMPRESAS MENCIONADAS NESTE

Os fatos que dão causa à presente autuação dizem respeito a operações de resgates de valores ocorridos em 2019 no fundo denominado GA Brasil IV - FIP denominado G. A. BRASIL IV FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES MULTISTRATÉGIA – CNPJ nº 17.305.273/0001-47 (GA Brasil IV FIP).

Este fundo foi constituído no Brasil sob uma complexa estrutura internacional de investimentos controlada pelo Grupo General Atlantic, conforme demonstrado na figura apresentada na página seguinte.

O objetivo principal do fundo GA Brasil IV FIP era manter e gerenciar ações da empresa XP Investimentos SA, tendo sido verificado, durante 2019, o desinvestimento do fundo e a distribuição a seus cotistas da totalidade dos resultados remanescentes da operação de Private Equity.



Conforme a figura acima, são mencionadas neste Termo as seguintes entidades:

☐ LIONS TRUST ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA. – CNPJ nº 15.675.095/0001-10 (Lions Trust) ou fiscalizada. Sociedade brasileira. Administradora fiduciária² de Fundos de investimento em Participações (FIPs), entre eles, GA Brasil III FIP, GA Brasil IV FIP, GA Brasil VI FIP e GA Brasil VIII FIP;

☐ GENERAL ATLANTIC SERVICE COMPANY, LP (GA Service Company). Anteriormente denominada GENERAL ATLANTIC SERVICE COMPANY, LLC, em 27/12/2017, passou por processo de transformação societária (conversion) de limited liability company para limited partnership. Gestora e consultora de investimentos, especializada no setor de private equity, registrada na SEC3. Integrante do grupo General Atlantic⁴, grupo americano que fornece capital e suporte estratégico para empresas em fase de crescimento (growth equity). Junto com a sua afiliada GA LP levantam capital de terceiros para o Programa de Conta Gerenciada da GA (GA Managed Account Program). Sociedade limitada sediada em Delaware – EUA;

☐ GENERAL ATLANTIC LP (GA LP). Anteriormente denominada GENERAL ATLANTIC, LLC, em 30/07/2021, passou por processo de transformação societária (conversion) de limited liability company para limited

partnership. É o sócio geral (general partner) final nas peças societárias dos fundos de private equity do grupo General Atlantic aqui analisados. Afiliada da gestora GA Service Company. Sociedade limitada sediada em Delaware – EUA;

☐ GENERAL ATLANTIC GENPAR, L.P. (GA Genpar). Veículo de propósito específico formado para atuar como sócio geral (general partner) intermediário de alguns dos fundos de private equity do grupo General Atlantic5. Na presente ação, dos GA Partners 91A a 91C, GA Partners 92A a 92J, GA Partners 97A a 97J e GA Partners 99A a 99J. Constituído como sociedade limitada sediada em Delaware – EUA;

☐ GAPCO MANAGEMENT GMBH (Gapco Management). Veículo de propósito específico formado para atuar como sócio geral (general partner) de alguns dos fundos de private equity do grupo General Atlantic. Na presente ação, do Gapco GmbH. Constituído como sociedade limitada sediada na Alemanha;

☐ Investidores Credenciados (Accredited Investors) domiciliados no exterior (Clientes ou Investidores, individualmente, Cliente ou Investidor). São os investidores parceiros da GA Service Company e GA LP que participam do Programa de Conta Gerenciada da GA. Após celebrarem Contratos de DJ Compromisso (Commitment Agreements) individuais, terão seus recursos alocados nos fundos de private equity principais;

☐ Fundos de private equity principais como o GENERAL ATLANTIC PARTNERS 92A, L.P. (GA Partners 92A), Managing Member do Investidor não Residente (INR) GENERAL ATLANTIC XP A, LLC (GA XP A). Veículos de investimento que receberam os recursos financeiros advindos dos Investidores parceiros e, por intermédio de veículos de investimento alternativos, os investiram indiretamente nas empresas investidas dos FIPs da GA. Sediados em Delaware – EUA e constituídos como sociedades de responsabilidade limitada;

☐ Fundos de private equity coinvestidores como o GAP COINVESTMENTS III, LLC (Gapco III) (Fundos Coinvestidores). Veículos de investimento que sempre investem em conjunto com os demais fundos de private equity principais e agregam parte dos recursos financeiros captados junto aos membros da GA Service Company, seus funcionários ou outros prestadores de serviços. Coadministradores (Managing Member) do INR GA Latin America Coinvestments, por intermédio deste, investiram indiretamente em todas as empresas investidas dos FIPs da GA. Sediados em Delaware – EUA (quatro) e em Düsseldorf – Alemanha (um) foram constituídos como sociedades de responsabilidade limitada;

☐ Veículos de Investimento Alternativos como o GA Latin America Coinvestments e o GENERAL ATLANTIC XP A, LLC (GA XP A) (Fundos Investidores). Cada um, um INR cotista dos FIPs da GA. Em inglês,

“Alternative Investment Vehicle”. Comumente chamado de AIV, que, por uma variedade de razões fiscais, legais ou regulatórias, fará uma carteira de investimento no lugar do fundo de private equity principal. Assemelhamse a um "subfundo" onde o fundo é o único sócio, ou seja, eles não possuem sócios limitados (limited partners), que são os Investidores parceiros;

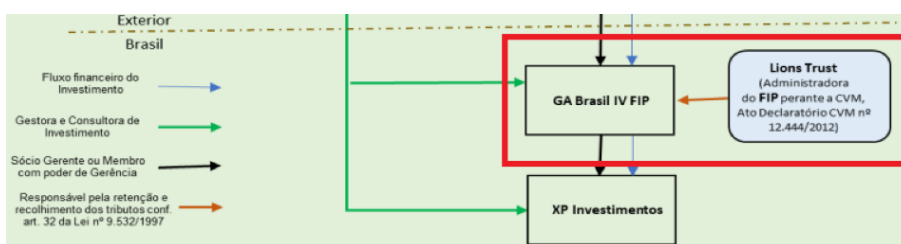
☐ GA LATIN AMERICA COINVESTMENTS, LLC – CNPJ nº. 29.304.567/0001-33 (GA Latin America Coinvestments). Veículo de Investimento Alternativo (Alternative Investment Vehicle – AIV). Cotista de 6,22% do GA Brasil III FIP, 7,79% do GA Brasil IV FIP, 7,36% do GA Brasil VI FIP e 9,08% do GA Brasil VIII FIP;

☐ GAP-W INTERNATIONAL, LLC (Gap-W). Fundo de private equity sediado em Delaware – EUA e constituído como uma sociedade de responsabilidade limitada. É Member do INR GA Aceco A, este, cotista do GA Brasil III FIP;

☐ G. A. BRASIL IV FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES MULTISTRATÉGIA – CNPJ nº 17.305.273/0001-47 (GA Brasil IV FIP); ☐ XP Investimentos S.A. - CNPJ sob o nº 16.838.421/0001-26, empresa investida sediada no Brasil cujas ações constituíram, em 2019, a quase totalidade da carteira de investimentos do Fundo GA Brasil IV FIP.

☐ BEM DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS LTDA. – CNPJ nº 00.066.670/0001-00 (Bem DTVM). Representante legal e tributário dos Fundos Investidores, nos termos do artigo 653 do Código Civil Brasileiro, artigo 79 da Lei nº 8.981/1995 e para os efeitos da Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 4.373, de 29/09/2014.

5 - CARACTERIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA FISCALIZADA



Consiste a fiscalizada em uma pessoa jurídica de direito privado constituída sob a forma de sociedade limitada, registrada na Jucesp sob o NIRE nº 3522670520-9, em sessão de 06/06/2012, e autorizada a prestar os serviços de Administrador de Carteira de Valores Mobiliários pelo Ato Declaratório CVM nº 12.444, de 20 de julho de 2012.

Na condição de administradora dos FIPs ora analisados, a fiscalizada se reveste na qualidade de responsável pelas implicações tributárias decorrentes dos ganhos e rendimentos distribuídos aos cotistas dos fundos, nos termos do artigo 32 da Lei nº 9.532/1997, abaixo reproduzido:

“Art. 32. O imposto de que tratam os arts. 28 a 31 será retido pelo administrador do fundo de investimento na data da ocorrência do fato gerador e recolhido até o terceiro dia útil da semana subsequente.” A mais recente reforma do Contrato Social obtida por esta fiscalização foi realizada em 30/06/2021, registrada na Jucesp sob o nº 343.965/21-5, em sessão de 22/07/20218 .

De acordo com a cláusula 1.3 do Contrato Social Consolidado, a fiscalizada tem por objeto social:

“a) a controladoria, a distribuição e a administração de fundos de investimento e de carteiras de valores mobiliários; b) a assessoria na estruturação e implantação de fundos de investimento; e c) a participação, sob qualquer forma, no capital de outras sociedades, no país ou no exterior, como sócia ou acionista.” Consta na cláusula 2.1 da peça societária, que o Capital Social, totalmente subscrito e integralizado, é de R\$ 100.000,00, dividido em 100.000 cotas com valor nominal de R\$1,00 cada, distribuídos entre os sócios abaixo:

Sócios	CPF	Qte. Cotas	Valor (R\$)	%
Francisco Sanchez Neto	226.685.208-60	49.998	49.998,00	49,998
Marco Antonio Biagiotti	262.628.078-02	49.997	49.997,00	49,997
Daniel Ferraz de Andrade	328.590.838-63	1	1,00	0,001
Diogo Ferraz de Andrade	294.443.708-95	1	1,00	0,001
Luis Chebl Massud Filho	183.561.908-86	1	1,00	0,001
Gleyson dos Santos	077.467.308-76	1	1,00	0,001
Castoamor Simões	041.942.668-03	1	1,00	0,001
Total		100.000	100.000,00	100

[...]

O que são fundos de private equity?

Fundos de private equity são veículos de investimento que investem normalmente em empresas não listadas na bolsa, participando ativamente de sua gestão com o objetivo de desenvolvê-las para posteriormente realizar o desinvestimento com ganhos. Tais fundos possuem um horizonte de investimento de longo prazo e buscam retornos superiores ao do mercado acionário ao final desse período.

Os investimentos de private equity são conhecidos por se concentrarem em empresas com alto potencial de crescimento, pois somente a perspectiva de obtenção de elevados retornos pode justificar os altos riscos, a baixa liquidez e os grandes custos envolvidos na realização e acompanhamento dos investimentos típicos.

[...]

Como se processa o investimento no setor de private equity

Também conhecido como indústria de private equity, o setor é composto por quatro agentes imprescindíveis: as organizações gestoras, os fundos de

private equity (os veículos de investimentos propriamente ditos), os investidores estrangeiros (fundos de pensão, family offices, seguradoras, organizações beneficentes, fundos soberanos, high net worth individuals – pessoas físicas com elevado patrimônio pessoal, etc.) e as empresas investidas (inovadoras, com necessidade de capital para crescimento, com demanda de reestruturação e até a necessidade de um parceiro com alguma experiência específica na condução de um processo de IPO).

Os fundos recebem recursos dos investidores e – somados a uma parcela menor de capital próprio do gestor – são administrados pelas organizações gestoras, enquanto as empresas investidas, em geral não listadas em bolsa de valores, mas com grande potencial de crescimento, constituem o destino do capital amealhado. Os investimentos de private equity caracterizam-se por serem temporários, de longo prazo e usualmente ocorrem por meio da compra de ações, bônus de subscrição, debêntures conversíveis em ações e outros instrumentos financeiros.

Investimentos em private equity são importantes nas mudanças positivas ocorridas nas empresas investidas, permitem o crescimento e expansão dos negócios, trazem melhorias operacionais, a profissionalização da gestão e dos processos, a melhora dos padrões de governança, bem como a atração de talentos como executivos e conselheiros, por exemplo.

Após as mudanças na cultura organizacional das investidas, e decorrido o tempo desejado, as participações adquiridas via private equity são colocadas no mercado, e são vendidas com lucro. Os investidores de private equity participam desses lucros.

[...]

Pesquisas públicas envolvendo a gestora de fundos de private equity General Atlantic

Vejamos algumas notícias vinculadas na imprensa especializada:

Fundo General Atlantic compra 31% da XP por R\$ 430 milhões

O fundo de private equity General Atlantic (GA) acertou nesta quarta-feira os termos para a compra de 31% da XP Investimentos por R\$ 430 milhões. “Entre nós o negócio está fechado. A partir de agora esperamos apenas pela aprovação do Banco Central”, afirma Guilherme Benchimol, sócio fundador da XP. A companhia foi avaliada na operação em R\$ 1,38 bilhão.

Em 2010, a XP já havia trazido outro sócio estratégico, o Actis, que comprou 20,5% da companhia por R\$ 100 milhões, avaliando, naquela época, a XP em cerca de R\$ 500 milhões.

Benchimol não revela quanto dos R\$ 430 milhões ingressará no caixa da XP, mas informa que a operação será parte primária e

parte secundária — tanto os sócios-fundadores da XP quanto o Actis vão vender parte de suas ações e serão também diluídos para a entrada do GA.

Na nova estrutura da XP, a fatia do Actis cai de 20,5% para 10%; a dos atuais sócios da XP sai de 79,5% para 58,5% e a GA fica com 31%. Benchimol diz que a empresa chegou a iniciar uma preparação interna para a abertura de capital. Nesse mesmo momento foi procurada pela General Atlantic. “Hoje a GA agrega mais valor à XP do que o mercado. Mesmo se o cenário para os IPOs estivesse muito aquecido, teríamos preferido fechar negócio com a GA em vez de abrir capital”, afirma Benchimol.

O sócio-fundador da XP diz que a GA será um sócio importante pelo conhecimento que possui sobre instituições financeiras e sobre o mercado de corretoras e plataformas de distribuição pelo mundo.

“Abrir o capital agora nos obrigaria a mudar toda a nossa estrutura, uma vez que teríamos que dar toda a atenção aos nossos novos sócios. Com a GA e também a Actis poderemos manter o nosso foco fechado internamente na operação e no crescimento orgânico”, afirma Benchimol.” “17/05/2014

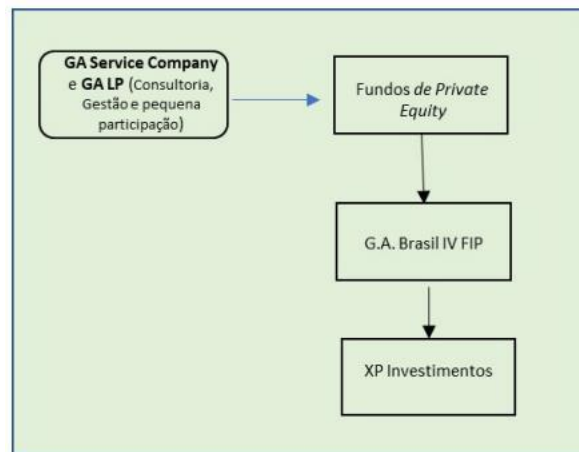
Diante do acima reproduzido, constata-se o fato de que a notícia descreve operações de aquisições societárias envolvendo a empresa nacional XP Investimentos e a gestora americana de fundos de private equity General Atlantic.

Entretanto, ao nos depararmos com a composição societária da empresa brasileira XP Investimentos, não encontramos os fundos de private equity (constituídos e coordenadamente geridos pela General Atlantic) como coproprietários, mas sim, o FIP administrado pela Lions Trust denominado GA Brasil IV FIP. A seu turno, como se verá, os fundos de private equity apresentam-se indiretamente como cotistas deste FIP.

FIP	EMPRESA INVESTIDA
GA Brasil IV FIP	XP Investimentos

Pela leitura da notícia, vê-se que os compradores de parcelas das participações societárias da XP Investimentos são fundos de private equity sob gestão do grupo General Atlantic, havendo, porém, entre eles e seus ativos, veículos de investimento intermediários: o FIP GA Brasil IV.

A composição societária pode ser retratada graficamente da seguinte maneira, resumidamente:



No entanto, não restam dúvidas para os vendedores, empresa investida, imprensa especializada e mercado financeiro, que os fundos de private equity geridos pelo grupo General Atlantic são os compradores nas notícias acima reproduzidas, onde os proprietários iniciais reconhecem os fundos de private equity da General Atlantic como novos sócios.

5.2 - Das Operações Econômicas analisadas

As operações econômicas aqui analisadas decorrem dos resultados obtidos com a propriedade indireta de participações societárias em empresas brasileiras, por parte de fundos estrangeiros de private equity, constituídos, geridos e administrados pela GA Service Company e sua afiliada GA LP. A operação objeto de interesse direto neste Termo se insere no contexto da verificação do correto cumprimento das obrigações tributárias em decorrência das amortizações e resgates de cotas do Fundo GA Brasil IV FIP da GA distribuídas a seus cotistas, especificamente em relação aos ganhos e rendimentos auferidos por estes cotistas estrangeiros (INRs) no ano-calendário de 2019.

5.2.1 Do contexto operacional dos Fundos de Investimentos

5.2.1.1 Dos investimentos em private equity efetuados pela GA Service Company e GA LP no exterior.

No site <https://adviserinfo.sec.gov/>, esta auditoria fiscal teve acesso aos formulários de registros “Part 2A of Form ADV” 13, “FORM ADV” 14 e “Form Part 3 Relationship” 15, entregues à SEC americana, em 27/03/2020, 31/03/2022 e 30/06/2020, respectivamente, pela GA Service Company, neles denominada como GASC.

Resumidamente, a finalidade destes papéis é fornecer aos investidores, em potencial ou não, um resumo dos tipos de serviços fornecidos pela gestora de recursos, uma visão panorâmica de suas atividades, quais são as entidades e pessoas ligadas a ela, quais são os fundos de private equity por ela gerenciados e quem são seus prestadores de serviços especializados

(custódia e auditoria, por exemplo). A análise destes relatórios permitiu as informações a seguir.

[...]

Com respeito às pessoas relacionadas, e dedaradas como sobre controle comum, dentre muitas informadas, encontramos as GA LP, GA Genpar e Gapco Management. Conforme informações complementares, estas três são “veículos de propósito específico formados para atuar como sócios gerais de alguns fundos privados” da GA Service Company.

[...]

Como se vê, para participar do Programa de Conta Gerenciada da GA, os Investidores celebram Contratos de Compromisso individuais e ingressam nas Sociedades Limitadas da GA como sócios limitados, ao passo que a GA LP (e/ou afiliadas) figura como sócio geral.

Utilizando parte dos recursos próprios e dos levantados com terceiros, GA Service Company e GA LP, formaram os fundos de private equity aqui analisados, constituídos como limited partnerships, para atuar como veículos de investimento.

No presente caso, exemplificando, com base nos dados informados à SEC, para operacionalização do investimento na XP Investimentos, a GA LP constituiu os fundos de private equity GA Partners 92A até GA Partners 92J. Nestes, cerca de 19% de cada fundo, é detido pela GASC e pessoas relacionadas.

Por sua vez, cada fundo de private equity instituiu um veículo de investimento alternativo. Ainda no exemplo, os GA XP A até GA XP J, cotistas do GA Brasil IV FIP. Já a GA Service Company coube executar os serviços de gestão de investimentos.

Conseqüentemente, não há dúvidas de que os fundos de private equity constituídos lá fora como limited partnerships (Sociedades Limitadas da GA) pertencem a GA Service Company e GA LP.

Tal fato tem explicação muito simples: GA Service Company e GA LP são as verdadeiras responsáveis pela viabilização dos negócios que gerarão os lucros que remunerarão seus próprios trabalhos e o capital aplicado por seus sócios Investidores. Seu verdadeiro valor não consiste na simples administração dos Fundos Investidores, mas na sua capacidade de identificar, negociar e concretizar oportunidades de negócios que permitem multiplicar os recursos investidos por elas e pelos seus sócios Investidores. Essas capacidades são o verdadeiro “produto” que “vendem” a seus Investidores parceiros.

Os Investidores, por sua vez, aderem ao programa como meros fornecedores da matéria-prima a ser trabalhada pelo Grupo Econômico:

capital financeiro. Comprometem-se a contribuir com recursos para a realização de investimentos que, via de regra, sequer foram identificados e/ou tiveram negociações concluídas quando desse comprometimento.

Assim, os Fundos Investidores, peças de estruturas montadas pela GA LP para acolhimento de seus investimentos e de seus Investidores parceiros, são essencialmente seus, ainda que boa parte dos recursos que permitem à GA LP cumprir a função a que se destinam esteja apenas temporariamente em sua posse.

E note-se que se fez destaque a boa parte dos recursos e não à totalidade deles. Isso porque, conforme visto anteriormente, através de fundos de coinvestimento agrupados (os “Fundos de Coinvestimento Patrocinadores”), membros e funcionários (e ex-membros e ex-funcionários) da GA Service Company e suas afiliadas também participam.

Os sócios Investidores (limited partners) das sociedades constituídas podem aderir ou não às regras dessas estruturas. Respeitadas certas restrições, podem até mesmo retirar-se – por exemplo, alienando suas participações (com aprovação do sócio geral). Todavia, a sobrevivência da própria GA LP depende de manter-se no domínio da estrutura.

[...]

5.2.1.2 Dos investimentos em private equity efetuados pela GA Service Company e GA LP no Brasil

[...]

Relatamos a seguir, os grupos de fundos de private equity relacionados com cada um dos FIPs da GA analisados, seus correspondentes Veículos de Investimento Alternativos e os aspectos principais dos FIPs, tais como, cotistas, empresas investidas e amortizações parciais e/ou resgates ocorridos no ano de 2019.

GA Brasil IV FIP:

Fundo brasileiro registrado na CVM como Fundo de Investimento em Participações (FIP), constituído em 05/12/2012²³, entrou em operação em 22/02/2013, administrado pela Lions Trust desde 25/10/2017.

O Fundo tem prazo de duração previsto de 15 anos, contados de 22.02.2013, podendo ser prorrogado mediante aprovação da Assembleia Geral de Cotistas.

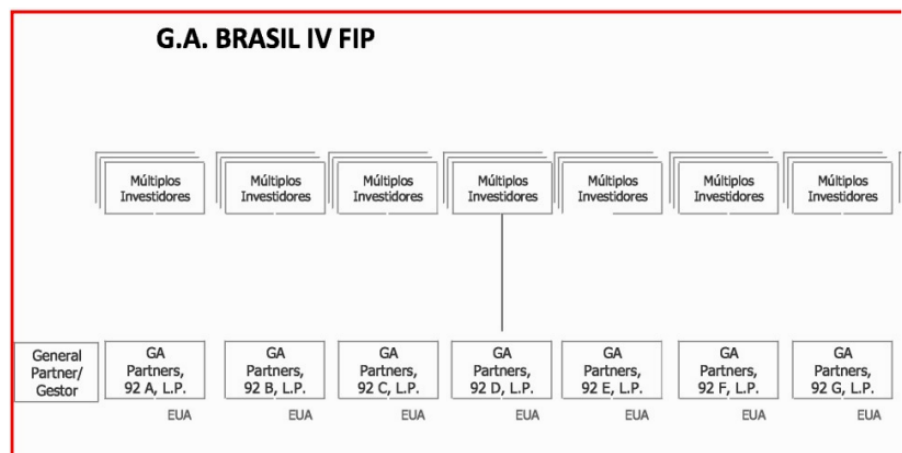
Fundos de Private Equity correspondentes

À exceção dos fundos coinvestidores, foram constituídos em 13/11/2012, poucos dias antes da constituição do FIP, como sociedades limitadas isentas sediadas em Delaware – EUA. Em 08/02/2013, dias antes da entrada em operação do FIP, seus contratos sociais²⁴ foram alterados para refletir a

entrada dos sócios Investidores. Cada fundo de private equity é o Único Membro (Sole Member) e Administrador²⁵ de um Veículo de Investimento Alternativo²⁶, cotista do FIP, que efetuou o investimento no lugar do fundo principal.

Cotistas do FIP

Em atendimento a intimação fiscal para apresentar o organograma dos veículos de investimentos ou grupo econômico ao qual pertence cada cotista do GA Brasil IV FIP, incluindo entidades domiciliadas no país e no exterior, indicando os percentuais de participação de cada entidade, a Lions Trust apresentou a representação gráfica abaixo:



Conforme anteriormente relatado, os cotistas do GA Brasil IV FIP – os Fundos Investidores – são Veículos de Investimento Alternativos (AIV) dos correspondentes fundos de private equity.

Foram constituídos em 13 e 15/11/2012²⁷, poucos dias antes do FIP, como sociedades de responsabilidade limitada isentas sediadas em Delaware – EUA, à exceção do INR GA Latin America Coinvestments, constituído em 22/10/2007, detido pelos fundos coinvestidores e cotista de todos os FIPs da GA.

Releva notar que o nome do FIP guarda relação com a gestora internacional e o dos cotistas com a empresa investida.

[...]

Empresa Investida XP INVESTIMENTOS S.A. – CNPJ nº 16.838.421/0001-26 (XP Investimentos).

Aquisição ocorrida em 26/02/2013. Em 2019, o Fundo obteve rendimentos de R\$ 3.234.398.749,97 provenientes da alienação parcial das participações da XP Investimentos, além de outros investimentos (Anexo 1).

Comitê de Investimentos do FIP

[...]

A realização de investimentos e desinvestimentos em companhias pelo Fundo deve ser precedida de aprovação do Comitê de Investimentos do Fundo. Analisando as atas das reuniões do comitê, constatamos que as decisões foram aprovadas por unanimidade e que todos os membros do Comitê de Investimento do Fundo integram o quadro de executivos da GA Service Company e/ou afiliadas.

Os membros do comitê do fundo indicados pelos cotistas em 26/10/2017 são: Mark Francis Dzialga, William Edward Ford, David Charles Hodgson, Jonathan Craig Korngold, Anton Jonathan Levy e René M. Kern, todos na posição de Titulares.

5.2.2 Do enquadramento legal O artigo 78 da Lei nº 8.981, de 20/01/1995, equiparou os investidores não residentes no país aos investidores nacionais em relação a diversos investimentos, estando ambos sujeitos às mesmas normas de tributação.

No entanto, para fomentar investimentos estrangeiros em nosso país, a legislação brasileira instituiu um regime próprio para os não residentes que invistam nos mercados financeiro e de capitais de acordo com as normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), previstas inicialmente na Resolução nº 2.689, de 26/01/2000, revogada pela Resolução CMN nº 4.373, de 29/09/2014.

[...]

Assim, o residente ou domiciliado no exterior que realiza investimentos nos mercados financeiro ou de capitais brasileiros deve observar tanto a legislação tributária quanto as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional por meio da RCMN nº 4.373/2014, a qual é complementada pelas normas expedidas e pelas medidas adotadas pelo Banco Central do Brasil e pela CVM em suas respectivas esferas de competência.

[...]

[...] consoante o inciso I do art. 5º da RCMN nº 4.373/2014, os fundos ou outras entidades de investimento coletivo, com residência, sede ou domicílio no exterior, podem qualificar-se como investidores não residentes, ainda que não constituídos como pessoas jurídicas.

A partir da concessão de benefícios fiscais a investidores não residentes, contida na Medida Provisória nº 281, de 15/02/2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.312, de 27/06/2006, cresceu a aplicação de recursos em empresas brasileiras por intermédio de FIPs, criados pela Instrução nº 391, de 16/07/2003, da CVM.

Os investimentos em FIPs se classificam como investimentos no segmento de capital de risco vez que “Tais recursos, geralmente organizados via

fundos, são captados junto a investidores qualificados e institucionais para investir em empresas de pequeno porte com ideias inovadoras, na maioria das vezes associadas ao desenvolvimento de tecnologia de ponta, as quais apresentam um forte potencial de crescimento, porém com elevado risco” 31 .

[...]

5.2.2.3 Da tributação de ganhos e rendimentos auferidos pelos cotistas com investimento em FIP

Assim como os Fundos de Investimento em geral, os FIPs são isentos do imposto de renda relativamente: a) aos rendimentos e ganhos líquidos auferidos na alienação, liquidação, resgate, cessão ou repactuação dos títulos, aplicações financeiras e valores mobiliários integrantes de suas carteiras; e b) aos juros de que trata o art. 9º da Lei nº 9.249, de 1995 (Juros sobre o Capital Próprio), por eles recebidos. É o que determina o art. 28, § 10, da Lei nº 9.532/1997.

Entretanto, se o próprio Fundo não é tributado em seus ganhos e rendimentos, o mesmo não ocorre, em geral, com ganhos e rendimentos com ele auferidos por seus investidores. Particularmente no que diz respeito aos FIPs, a tributação desses ganhos e rendimentos foi disciplinada, conforme já mencionado, pela MP nº 281/2006 e, a partir de sua conversão, pela Lei nº 11.312/2006.

Quanto à tributação de ganhos e rendimentos auferidos com Investimento em FIP, o fato gerador ocorre no momento do pagamento ou crédito do rendimento ou ganho ao cotista, sendo responsável pela retenção e recolhimento do imposto o Administrador do FIP.

5.2.2.4 Da instituição dos Benefícios Fiscais. Alíquotas de 15% e 0%. Finalidade

A Lei nº 11.312/2006, em relação aos investimentos em FIPs que cumprirem os limites de diversificação e as regras de investimento constantes da regulamentação estabelecida pela CVM, instituiu duas alíquotas de imposto de renda mais benéficas do que aquelas aplicadas aos rendimentos de renda-fixa, a saber:

a) alíquota de 15%. Aplicável aos ganhos e rendimentos distribuídos aos cotistas de modo geral, desde que a carteira do fundo seja composta de, no mínimo, 67% de ações de sociedades anônimas, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição. (Art. 2º, § 4º);

b) alíquota 0%. Em adição aos critérios gerais, aplicável aos rendimentos distribuídos aos cotistas estrangeiros registrados na forma da Resolução CMN nº 4.373/2014, expedida pelo Banco Central do Brasil, desde que estes obedeçam às seguintes condições:

b.1) o Investidor estrangeiro não poderá deter, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, cotas que representem (i) 40% ou mais da totalidade das cotas do fundo; ou (ii) 40% ou mais dos rendimentos totais gerados pelo fundo. Essa condição é conhecida como “Teste dos 40%” ou “Teste de Dispersão”; (Art. 3º, § 1º, I)

b.2) o fundo não detenha em sua carteira, a qualquer tempo, títulos de dívida em percentual superior a 5% de seu patrimônio líquido, ressalvados desse limite os títulos públicos e as debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição; (Art. 3º, § 1º, II)

b.3) o Investidor estrangeiro não resida ou seja domiciliado em país considerado como paraíso fiscal pela legislação brasileira. (Art. 3º, § 1º, III)

[...]

Com a redução a zero da alíquota do imposto de renda incidente sobre rendimentos auferidos em fundos de capital risco, o Governo Brasileiro pretendeu fomentar investimentos em negócios com forte capacidade de crescimento, mas que, por serem incipientes, encontram uma série de obstáculos para a captação de recursos. Além disso, tendo em vista a obrigatoriedade de referidos fundos observarem boas práticas de governança corporativa, a maior alocação de recursos a investimentos em capital de risco poderá propiciar um choque de gestão em empresas brasileiras.

Em vista do exposto, não é possível avaliar o cabimento dos benefícios fiscais acima dispensando-se uma análise completa do FIP e dos cotistas.

5.2.3 Da Condição Imposta pelo “Teste dos 40%”

Cumprido observar que o legislador, no art. 3º, §1º, I, da Lei nº 11.312/2006, estabeleceu um teste formal, o poder de controle, e um teste econômico, o retorno do valor investido: 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;

5.2.3.1 Da definição de controladas e coligadas

Aspecto a ser destacado na condição imposta pelo art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 11.312/2006, reside em que ela não leva em conta o cotista isoladamente, mas o considera em conjunto com pessoas a ele ligadas.

[...]

Como visto, no “Teste dos 40%”, se determinado cotista 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 ou lhe deem direito ao recebimento de rendimento superior a 40% do total de rendimentos auferidos pelo FIP, tal cotista não fará jus ao benefício (art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 11.312/2006). Essa análise deve considerar inclusive a propriedade indireta de cotas, de forma a evitar que o benefício tributário seja indevidamente utilizado em um esquema societário que burle artificialmente o “limite dos 40%”, estrutura esta que torna a empresa A titular indireta de 100% das cotas do FIP, fazendo dele um Fundo Exclusivo, o que viola o espírito da isenção em questão.

A partir das previsões contidas no art. 243 da Lei nº 6.404/1976, tem-se que pessoas ligadas são controladoras, controladas e coligadas.

Controladoras são as sociedades titulares de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, (a) preponderância nas deliberações sociais e (b) o poder de eleger a maioria dos administradores das respectivas controladas, o que, ressalte-se, reflete o conceito de controle estabelecido no art. 116 da Lei nº 6.404/1976.

Já coligadas são sociedades que detêm influência significativa, definida como a situação em que a sociedade detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la, o que se presume quando o acionista for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida.

Deflui dos conceitos legais que a definição de pessoa ligada se relaciona com a noção de controle. Seja o controle propriamente dito, que dimana das relações entre controladas e controladoras, seja sua versão mitigada, a influência significativa.

Fica claro, portanto, que a avaliação da aplicabilidade do benefício fiscal instituído pelo art. 3º da Lei nº 11.312/2006 depende, inclusive, de serem conhecidos os estatutos – Contrato Social, Acordo de Acionistas etc. – e, a depender do caso, os sócios de cada uma das pessoas jurídicas cotistas do FIP, bem como, dos elos existentes na cadeia societária acima de cada um deles, até que se possa concluir acerca da existência ou não de eventuais controladas, coligadas e controladoras em comum com os demais cotistas. Não é possível avaliar o cabimento do benefício fiscal dispensando-se tal análise.

Não atendidas estas condições, o investidor residente ou domiciliado no exterior fica sujeito às mesmas regras estabelecidas para os residentes ou domiciliados no País.

5.3 Da Estrutura empregada e do não atendimento ao “Teste dos 40%”

Neste tópico, trataremos de analisar os motivos que levaram esta auditoria fiscal a considerar as empresas GA Service Company e GA LP, os fundos de private equity, seus correspondentes Fundos Investidores, e o Fundo GA

Brasil IV FIP da GA como participantes de um mesmo grupo econômico e, portanto, ligados entre si e submetidos a controle comum. Neste caso, a empresa GA LP é cotista indireta de 100% das cotas do Fundo GA Brasil IV FIP, uma vez que, considerado o conjunto de suas empresas controladas, as participações de todas estas empresas ligadas somam os 100% de cotas do Fundo.

[...]

Ao mesmo tempo, o fato de os Fundos Investidores deterem 100% da totalidade das cotas dos GA Brasil IV FIP da GA, consolidando na GA LP a totalidade indireta de 100% das cotas do Fundo, torna incabível o benefício fiscal de alíquota de imposto de renda reduzida a zero previsto no art. 3º da Lei nº 11.312/2006.

[...]

5.3.1.2 Dos objetivos comuns dos Fundos Investidores. Da realização de Investimentos de forma unificada

[...]

[...] existem evidências de que os cotistas estrangeiros de cada um dos FIPs da GA operam em blocos, agem como se fossem um só, eis que atuam de maneira conjunta e sincronizada na realização dos investimentos e desinvestimentos, se veem como Veículos de Investimento Paralelo e/ou entidades ligadas em relação uns aos outros, foram constituídos em série pela GA Service Company, em datas próximas às aquisições das empresas investidas³⁶ e das constituições dos FIPs e possuem como sócio geral, direta ou indiretamente, a GA LP.

Conforme esclarecido pela fiscalizada, os Fundos Investidores não investem em outros países ou jurisdições. O que sugere que a “quebra” das cotas dos FIPs entre vários cotistas, evidencia o objetivo de se mostrar pulverizadas, artificialmente, no território nacional, a titularidade destas cotas para se obter a alíquota zero. Reforça esta reflexão, o fato dos fundos de private equity existirem apenas no período do correspondente FIP, consoante análise efetuada no subitem “5.2.1.1 Dos investimentos em private equity efetuados pela GA Service Company e GA LP no exterior”.

[...]

5.3.2 Da Impossibilidade de se atribuir aos Sócios Limitados da GA LP o papel de Investidores quanto aos Investimentos feitos nos FIPs da GA

Os sócios Investidores da GA LP não investiram nos FIPs da GA. Investiram, isso sim, nas "Sociedades Limitadas da GA", os fundos de private equity (Gapco III e GA Partners 92A, por exemplo) formados pelo grupo General Atlantic no exterior.

A titularidade das cotas dos sócios Investidores não concede a estes propriedade direta sobre o Fundo GA Brasil IV FIP da GA, de modo que os sócios Investidores possuem direito sobre a carteira de investimento dos fundos estrangeiros como um todo, proporcionalmente ao número de cotas detidas por cada um deles.

Embora seja esta uma obviedade, é necessário deixá-la absolutamente explícita. Isso porque se tem observado, no âmbito do contencioso, o apelo a um discurso que, distorcendo os fatos, procura induzir à interpretação de que, para aferição do enquadramento no benefício fiscal instituído pelo art. 3º da Lei nº 11.312/2006, dever-se-ia tomar por base os sócios Investidores da GA LP – no caso, os “Múltiplos Investidores” do organograma reproduzido no subitem “5.3.1 Da Estrutura dos Investidores Estrangeiros dos FIPs da GA” deste Termo. E, uma vez dado esse passo enganoso, o discurso defende que a pluralidade destes, e a presumida independência de cada um relativamente aos demais, garantiria o atendimento às condições impostas pelo referido dispositivo legal, inclusive quanto ao teste dos 40%.

[...]

Assim, embora desprovidos de personalidade jurídica, o Fundo GA Brasil IV FIP assume o papel de investidor na companhia investida (XP Investimentos), ao passo que os sócios Investidores (limited partners) são investidores não daquele, mas sim dos fundos de private equity estrangeiros.

Deve-se notar que a previsão se coaduna com o entendimento esposado no ADI RFB nº 5/2019, que dispõe sobre a tributação dos rendimentos auferidos por investidor estrangeiro no País:

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.

O ADI fixa o critério para identificação do INR, esclarecendo ser o investidor direto. Assim, a interpretação no sentido de que se deveria considerar os sócios Investidores deve ser rejeitada por faltar-lhe supedâneo legal, o que é corroborado pelo próprio Ato Declaratório.

Raciocínio contrário levaria à carência de sentido da norma. Isso porque, prevalecendo tal entendimento, nos casos, as relações entre os FIPs da GA e os Fundos Investidores deveriam ser ignoradas, estabelecendo-se relação direta entre os FIPs e os sócios Investidores. Importaria negar a autonomia patrimonial dos fundos estrangeiros e demais veículos de investimentos.

Significaria raciocinar que, por exemplo, uma empresa aberta em Bolsa, embora fosse efetivamente controladora de outra sociedade, não deveria

ser considerada pessoa ligada pelo fato de suas ações serem pulverizadas entre os diversos acionistas.

O Investidor Não Residente é o investidor direto/cotista (salvo prática abusiva), e os referenciais da análise acerca do limite dos 40% são a participação do cotista do FIP brasileiro, a existência de pessoas ligadas e os rendimentos recebidos.

Acrescente-se que, se por força do disposto no art. 28, § 10, da Lei nº 9.532/1997, um Fundo de Investimento constituído no Brasil não está sujeito a imposto de renda sobre os rendimentos e ganhos líquidos que auferir com os ativos integrantes de sua carteira, os rendimentos e ganhos auferidos no Brasil por investidor não residente estão sujeitos a disciplina diversa, ainda que o investidor não residente seja constituído, no exterior, à semelhança dos Fundos de Investimentos brasileiros e, como estes, desprovido de personalidade jurídica.

Os sócios Investidores do grupo General Atlantic não investiram no Fundo GA Brasil IV FIP da GA. Investiram, isso sim, indiretamente, nos Fundos Investidores – os INRs cotistas dos FIPs da GA. Assim procedendo, cumpriram seu papel nas relações que estabeleceram com a GA Service Company e a GA LP a partir da celebração dos Contratos de Compromisso individuais.

[...]

5.3.3.1 Dos Grupos Econômicos de direito e de fato

Evidentemente, a Lei nº 6.404/1976, cuida dos denominados grupos econômicos de direito, que preenchem os elementos de fato e as formalidades estabelecidas na legislação. Os demais, que atendem apenas os requisitos materiais são os grupos econômicos de fato. A referida lei, em seus artigos 265 a 278, prescreve, ao disciplinar grupo de sociedades, a necessidade de formalização de convenção, sujeita a registro público, por meio da qual estas se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetivos sociais; ou se obrigam a participar de atividades e empreendimentos comuns, estabelecendo-se ainda requisitos para constituição, registro e publicidade, administração do grupo, demonstrações financeiras e prejuízos resultantes de atos contrários à convenção.

Contudo, no caso concreto, trata-se de situação jurídica distinta da indicada na Lei nº 6.404/1976, seja porque envolve a caracterização de grupo econômico de fato, cuja definição obviamente não se cogita encontrar na referida lei, seja pelo fato de se tratar de entidades constituídas fora do território nacional.

Passeando sobre o conceito legal de grupo econômico de sociedades e visando englobar as situações que surgem na prática societária, a doutrina

apresenta as bases para identificação do denominado “grupo econômico de fato”, como se vê no trecho reproduzido abaixo (TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial):

“... é a direção única o elemento caracterizador de um grupo de sociedades, isto é, para se vislumbrar a existência de um grupo econômico, é necessário que haja uma reunião de sociedades sujeitas a uma ingerência constante e comum na condução dos seus negócios, e essa ingerência pode ser realizada por uma sociedade de comando, ou por um órgão colegiado com representante dos vários membros do grupo.” (Grifou-se)

Nesse contexto, surge claramente a caracterização de um grupo de sociedades, abstraindo-se da existência de qualquer ato formal que revele o acordo de vontades das entidades envolvidas, a exemplo da convenção prevista na legislação societária, quando se identifica uma ingerência constante e comum na condução irrestrita dos negócios de duas ou mais sociedades, marcada pela existência de uma atuação quase que unificada na condução dos negócios, de modo sincronizado e coordenado, onde cada sociedade se comporta como peça de um “quebra-cabeças”.

Na caracterização do grupo econômico de fato, portanto, se observa o caráter funcional das sociedades, sendo mais importante a função a que corresponde cada uma delas na “engrenagem” formada pelo grupo de empresas do que seus objetivos sociais e atos negociais formais. Deste modo, a funcionalidade de cada sociedade se apresenta quando unida pelo interesse comum, que representa, em verdade, o interesse do grupo, e não o interesse de cada sociedade isoladamente. Somente a reunião delas revela o real interesse negocial e a razão da existência destes negócios, os quais, isoladamente considerados, não têm significado e importância.

[...]

Também o direito concorrencial, para fins de cálculo de faturamento que visam determinar a necessidade de notificação obrigatória de transação ao Cade, considera a possibilidade de os fundos de investimento serem integrantes de um mesmo grupo econômico, independente de não possuírem personalidade jurídica e comportarem investidores pulverizados.

É o que se verifica na Resolução Cade nº 02, de 29/05/201249, que reconhece que os fundos de investimento se mostram aptos a constituir grupos econômicos:

“Art. 4º Entende-se como partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos.

§1º Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11,

cumulativamente: I – as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e II – as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de cálculo do faturamento de que trata este artigo, cumulativamente:

I – O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas; e II – As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

§3º A definição de grupo econômico deste artigo aplica-se apenas para fins de cálculo do faturamento com vistas à determinação do atendimento dos critérios objetivos fixados no artigo 88 da Lei 12.529/11, e não vincula decisões do Cade com relação à solicitação de informações e à análise de mérito dos casos concretos.” Verifica-se, portanto, que, segundo o Cade, os fundos de investimento são suscetíveis de constituir grupos econômicos e devem ser considerados para definir as relações de controle.

Nesse sentido, ao se examinar o caso concreto, é possível confirmar a existência do grupo econômico formado pelas empresas do grupo General Atlantic, os Fundos Investidores e os FIPs da GA, ao se constatar que havia a condução dos negócios/investimentos por meio de uma ingerência constante e comum do GA LP e/ou afiliada, evidenciando a reunião de sociedades em torno de uma gestão permanente e comum.

Com base na documentação obtida no curso da ação fiscal é possível comprovar que os investimentos nos FIPs da GA foram feitos por entidades componentes de estruturas de investimentos criadas e controladas por integrantes do correspondente grupo econômico, para realização dos investimentos em cada um dos FIPs analisados.

A GA Service Company, GA LP e GA Genpar, integrantes do grupo econômico de fato, possuíam prerrogativas exclusivas quanto à administração e quanto às decisões relativas aos investimentos a serem feitos pelos Fundos Investidores, tendo de observar, evidentemente, as diretrizes e o perfil de investimentos estabelecido pelo grupo e respeitar as regras de governança pactuadas por meio dos Contratos de Compromisso e demais documentos.

É pela iniciativa do grupo econômico, posta em prática por meio de Administradores que designa como responsáveis pela execução do Programa de Conta Gerenciada, que são criadas, ao longo do tempo e de acordo com as necessidades, todas as entidades que compõem a estrutura voltada para a consecução de seus objetivos. Essa montagem se faz apenas à medida que cada investimento é efetivamente realizado, após identificada a oportunidade de negócio e acertadas, pelos executivos do grupo General Atlantic, as condições do investimento (por exemplo, preço e condições de pagamento na aquisição de participação societária numa investida). Por essas razões, a celebração dos Contratos de Compromisso individuais precede, no tempo, a criação de boa parte das entidades que terminarão por compor a estrutura de cada um dos FIPs.

Os Contratos de Compromisso – ou seus documentos complementares – garantem ao Administrador dos correspondentes fundos de private equity a possibilidade de “alocar” cada Cliente subscritor como Sócio Limitado da entidade que bem entender. Assim, na medida em que são criadas as entidades componentes de cada estrutura, GA LP e/ou afiliadas se torna Sócio Geral, e os Clientes são distribuídos entre elas e feitos seus Sócios Limitados.

Além disso, como o controle se estende até os FIPs da GA, no caso concreto, evidentemente, as empresas investidas do FIP, em alguns casos, também ficam sobre o comando do grupo General Atlantic.

[...]

5.3.4 Da Conclusão. Não atendimento ao “Teste dos 40%”

Como analisado, há, efetivamente, o controle comum sobre os Fundos Investidores, que não decorre da mera prestação de serviços, mas sim da orientação do grupo econômico na captação e no direcionamento dos ativos financeiros obtidos. Resta patente a vinculação dos cotistas estrangeiros ao comando unificado do grupo General Atlantic por ocasião da captação dos recursos, montagem dos fundos de private equity, rateio das despesas incorridas para obtenção dos rendimentos, conciliação dos diversos rendimentos e custos e, após ser descontados os gastos e a parcela devida ao próprio grupo econômico, distribuição dos resultados líquidos aos sócios Investidores.

Os poderes do grupo General Atlantic sobre os Fundos Investidores não derivaram de uma concessão feita ao grupo econômico por seus sócios Investidores (Limited Partners ou Members), numa suposta relação de “prestação de serviços”. Se assim fosse, esses sócios Investidores poderiam remover livremente as empresas do grupo General Atlantic de suas funções relativamente aos Fundos Investidores. Entretanto, como se demonstrou, isso não seria viável.

[...]

Os poderes destas sobre os Fundos Investidores foram autoconcedidos nos correspondentes acordos societários. Isso se deu pelo simples fato de que os Fundos Investidores lhe pertenciam. Eram, de fato e de direito, seus. Estavam todos sob seu controle.

Ao aderirem aos termos do Programa de Conta Gerenciada da GA e respectivos Contratos de Compromisso individuais, os Clientes, aceitando a condição passiva que esses documentos lhes reservavam, investiram indiretamente nos Fundos Investidores constituídos pelo grupo General Atlantic. A este, e não aos Clientes, coube fazer os investimentos com os recursos assim arrecadados.

Em síntese, os investimentos nos FIPs da GA foram feitos pelos Fundos Investidores – os cotistas estrangeiros – todos eles submetidos ao controle comum das empresas do grupo General Atlantic. Foram feitos, portanto, por pessoas ligadas.

5.3.4.1 Do desrespeito ao disposto no inciso I, § 1º do art. 3º da Lei nº 11.312/2006 – Limite de 40%

Em decorrência da ação fiscal em andamento na administradora Lions Trust, constatou-se que os cotistas estrangeiros do Fundo GA Brasil IV FIP da GA, considerados a controladora GA LP em conjunto com todas as suas controladas cotistas do Fundo, todas pessoas ligadas entre si, não observaram a regra legal que determina que o cotista não pode deter mais de 40% da totalidade das cotas emitidas pelo fundo, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligadas ou cujas cotas, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, lhe derem o direito ao recebimento de rendimento superior a 40% do total de rendimentos auferidos pelo fundo.

Assim, resta demonstrada a impossibilidade de reconhecimento da alíquota zero aos rendimentos distribuídos pelo Fundo GA Brasil IV FIP da GA aos seus cotistas estrangeiros – os Fundos Investidores – vez que inobservados os requisitos previstos no art. 3º, §1º, I da Lei nº 11.312/2006.

5.4 Da Conclusão Fiscal da Operação

Como fartamente exposto, esta auditoria fiscal constatou que os Fundos Investidores são sujeitos a controle comum e, considerando a controladora GA LP em conjunto com suas controladas cotistas do Fundo, compõem um conjunto de pessoas ligadas que representam mais de 40% da totalidade das cotas emitidos pelo FIP da GA (aliás, representam 100% das cotas) e receberam rendimentos superiores a 40% das amortizações parciais ou resgate de cotas (aliás, receberam 100% dos valores distribuídos).

A análise quanto a aplicação das alíquotas benéficas de 15% ou reduzida a zero previstas na Lei nº 11.312/2006, relativamente à amortização ou

resgate de cotas de fundos de investimento em participação efetuada para investidor estrangeiro, deve compreender todos os aspectos contidos nos artigos 2º e 3º sob pena de violação ao contido na norma legal, pela falta da aplicação panorâmica dos requisitos neles existentes.

Portanto, os rendimentos distribuídos aos Fundos Investidores pelos FIPs da GA devem ser tributados à alíquota benéfica de 15%, como calculados a seguir.

6 - INFRAÇÃO 6.1 Dos Ganhos e Rendimentos auferidos pelos Fundos Investidores com os Investimentos feitos no Fundo GA Brasil IV FIP da GA

Os ganhos e rendimentos aqui analisados, foram demonstrados em planilhas efetuadas pela fiscalizada, constantes deste processo, e estão demonstradas no Anexo 1 - DEMONSTRATIVO DE RESGATES E AMORTIZAÇÕES DO FUNDO GA BRASIL IV FIP deste Termo de Verificação Fiscal.

Note-se que para cada um dos pagamentos efetuados aos Fundos Investidores, o total pago foi decomposto, pela própria fiscalizada, em parcelas correspondentes a “Amortização” Bruta distribuída pelo FIP aos Cotistas em 2019 e “Rendimento” contido nas respectivas distribuições efetuadas pelo FIP em 2019.

Os quadros abaixo foram elaborados com base no Anexo 1. Abaixo são transcritos os totais de cada amortização ocorrida no Fundo GA Brasil IV FIP durante 2019, já identificando as parcelas correspondentes a rendimentos que constituem base de cálculo original do IRRF.

Totais	Principal	Rendimento	Total
26/11/2019	992.797,90	9.397.976,69	10.390.774,59
29/11/2019	347.777.441,74	3.216.090.400,53	3.563.867.842,27
13/12/2019	981.816,26	8.910.372,75	9.892.189,01
Total	349.752.055,90	3.234.398.749,97	3.584.150.805,87

A base de cálculo sobre a qual incide a alíquota de 15% deve observar o disposto no art. 5º da Lei nº 4.154, de 1962, assim retratado no art. 725 do RIR/99:

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

Com base nesses dados e dispositivos, no Anexo 2, apuram-se os impostos devidos.

Descrição	Data	Valor Rendimento	Base de Cálculo (Reajustada)	Alíquota (%)	IRRF
Amortização 17	26/11/2019	9.397.976,69	11.056.443,16	15%	1.658.466,47
Amortização 18	29/11/2019	3.216.090.400,53	3.783.635.765,33	15%	567.545.364,79
Amortização 19	13/12/2019	8.910.372,75	10.482.791,47	15%	1.572.418,72
Total		3.234.398.749,97	3.805.174.999,96	15%	570.776.249,98

Em vista do disposto no art. 70, inc. I, alínea a.1, da Lei nº 11.196, de 2005, o prazo para o recolhimento dos impostos assim apurados vence na data da ocorrência de cada um dos fatos geradores.

6.2 Do Imposto de Renda incidente sobre os Ganhos e Rendimentos auferidos pelos Fundos Investidores

No presente caso, a incidência do IRRF sobre os ganhos e rendimentos auferidos pelos cotistas não residentes é regulada pelo inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 11.312/2006 cabendo ao responsável – administrador do fundo – promover o recolhimento de acordo artigo 32 da Lei nº 9.532/1997:

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

A previsão legal é de que os rendimentos ou ganhos de capital, além de outros rendimentos, entregues, empregados ou remetidos por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica existente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte, no caso, a cargo do administrador do fundo de investimentos.

Trata-se de hipótese de tributação exclusiva e definitiva, não de mera antecipação. Como administradora, a Lions Trust foi eleita como responsável tributário em substituição, de acordo com a autorização conferida pelos arts. 121, II e 128 do CTN.

Cabe recordar que a previsão do Código Tributário Nacional permite que, apesar de não ser beneficiário do rendimento, o que o caracterizaria como contribuinte, por manter relação com o fato gerador e com o contribuinte de fato, o responsável ostenta legitimidade para figurar como sujeito da obrigação tributária.

[...]

7. DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA DA BEM DTVM

7.1 Da Necessidade de constituição de Representante Legal e Tributário pelos Fundos Investidores

É franqueada a residentes ou domiciliados no exterior a realização de investimentos nos mercados financeiro e de valores mobiliários brasileiro. Entretanto, por força do disposto no caput do art. 79 da Lei nº 8.981/1995, para realizar tais operações o investidor estrangeiro deve, previamente, nomear representante legal para fins tributários (“REPRESENTANTE TRIBUTÁRIO”), o qual fica responsável, nos termos do art. 128 do CTN, pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado.

[...]

7.2 Dos documentos formalizados entre os Fundos Investidores e a Bem DTVM

É prática comum que a designação do REPRESENTANTE TRIBUTÁRIO de investidor não residente que seja Passageiro de conta coletiva seja formalizada por um único instrumento que, ao mesmo tempo, também designa seu REPRESENTANTE e seu CUSTODIANTE e, ainda, satisfaz certas exigências da Instrução CVM nº 560/201557. Trata-se de documento que combina as funções de Termo de Adesão e de ficha cadastral. No caso da Bem DTVM, tal documento é denominado “Portfolio Application Form”, ou PAF.

Firmando os PAFs, os Fundos Investidores aderiram à conta coletiva de titularidade de LIONS ALTERNATIVE INVESTMENTS LIMITED (Lions Alternative) e, por tal via, assim como esta, designaram como REPRESENTANTE LEGAL e TRIBUTÁRIO, a Bem DTVM, e como CUSTODIANTE, o BANCO BRADESCO S.A. – CNPJ nº 60.746.948/0001-12 (Bradesco). Os Contratos de Representação, os Contratos de Custódia e os Termos de Adesão (PAFs) foram apresentados pela fiscalizada no curso da ação fiscal.

[...]

Portanto, ao firmar o PAF, o Fundo Investidor GA XP A formaliza a designação da Bem DTVM como REPRESENTANTE LEGAL e TRIBUTÁRIO, e o Bradesco como CUSTODIANTE, nos termos dos Contratos de Representação e de Custódia celebrados com o titular da correspondente conta coletiva.

7.3 Da Responsabilidade tributária solidária da Bem DTVM

[...]

Assim, a responsabilidade da fiscalizada quanto à retenção e recolhimento do Imposto de Renda incidente sobre os rendimentos pagos aos Fundos Investidores deriva diretamente do que, com fundamento no art. 121, parágrafo único, inciso II, do CTN, dispôs o art. 32 da Lei nº 9.532/1997.

Entretanto, tal responsabilidade não se limita à pessoa da fiscalizada. É o que revela a análise dos fatos apurados no procedimento fiscal e em face do disposto no art. 124 do CTN, abaixo reproduzido:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem. (g.n.)

Observa-se, portanto, que pelo inciso I do art. 124 do CTN, são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

O interesse comum entre a Lions Trust e a Bem DTVM é absolutamente claro no presente caso. Ambas tiveram participação ativa nas situações constitutivas dos fatos geradores ora autuados, e desempenharam as funções de responsável pela retenção e recolhimento e responsável legal e tributário dos Fundos Investidores, respectivamente. Veja-se:

A partir de 13/12/2017, a representação legal e tributária dos Fundos Investidores, que até então era efetuada pelo Bradesco, passou para a Bem DTVM, portanto, antes mesmo da Lions Trust assumir a administração dos FIPs da GA, já cabia a Bem DTVM a tarefa de conhecer seus próprios representados. Entretanto, aparentemente, não dedicou maiores esforços para conhecê-los, limitando-se ao “cadastro simplificado” deles.

Portanto, a Bem DTVM é igualmente responsável pelo crédito tributário ora constituído.

Devidamente cientificadas do lançamento, a Lions Trust e a Bem DTVM apresentaram impugnações tempestivas que constam dos, respectivamente, às fls. 3274-3366 e 3908-3933.

Impugnação apresentada pela Lions Trust

A impugnante iniciou sua peça de defesa descrevendo os fatos que motivaram o presente lançamento e informando que a acusação fiscal que deu origem ao presente processo administrativo já havia sido formulada nos autos do Processo Administrativo nº 17459.720001/2023-93, em que houve a lavratura de auto de infração para a exigência de IR/Fonte sobre os rendimentos distribuídos no ano-calendário de 2018 por quatro fundos de investimento em participações (entre eles o GA IV FIP), por supostamente estarem sob controle comum das entidades pertencentes ao grupo General Atlantic.

Sobre o tema, assim se manifestou a impugnante, fls. 3278-3281:

10. Diante dessa identidade entre as acusações fiscais, a Impugnante apresenta (i) o parecer jurídico do I. Professor Ricardo Mariz de Oliveira (“Parecer Jurídico” – Doc. 02) e (ii) o parecer contábil do I. Professor Eduardo Flores (“Parecer Contábil” – Doc. 03), os quais, apesar de elaborados para o Processo Administrativo nº 17459.720001/2023-93, aplicam-se perfeitamente ao caso ora em análise.

11. Note-se, desde já, que a conclusão dos professores nos referidos pareceres foi a de que, tanto sob a perspectiva jurídica, quanto sob a perspectiva contábil, não há como prosperar a acusação fiscal formulada, tendo em vista que foi cumprido o Teste dos 40% na estrutura de investimento relativa ao GA IV FIP.

12. Além disso, importante destacar que, ao analisar a Impugnação apresentada nos autos do Processo Administrativo nº 17459.720001/2023-93, a DRJ 01, por meio do Acórdão nº 101-025.661 (Doc. 04), proferido em sessão realizada em 21/09/2023, reconheceu, por unanimidade de votos, que a acusação fiscal formulada não encontra respaldo na legislação.

13. De fato, no entendimento da DRJ 01, a acusação de suposta existência de controle comum ou “grupo econômico de fato”, indevidamente formulada pela Autoridade Fiscal nos autos do Processo Administrativo nº 17459.720001/2023-93 e repetida no presente caso, é irrelevante para a caracterização de “pessoas ligadas” para fins do cumprimento do Teste de 40%, nos termos da Lei nº 11.312/2006.

14. Nesse sentido, confira-se abaixo a ementa da referida decisão:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Período de apuração: 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%”.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDARIEDADE.

Acolhidas as razões de mérito apresentadas pelo contribuinte para cancelar o auto de infração, e estas serem as mesmas apresentadas pela empresa apontada como responsável, afasta-se, como consequência, a imputação de responsabilidade solidária.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado (Acórdão nº 101-025.661 – g.n.)

[...]

➤ Outras Decisões de DRJ Sobre o Tema

16. Não bastasse esse pronunciamento específico da DRJ 01 quanto à improcedência da acusação fiscal formulada no Processo Administrativo nº 17459.720001/2023-93 e repetida nestes autos em relação ao GA IV FIP (como reconhecido pela própria Autoridade Fiscal no TVF), relevante frisar que não se trata de posicionamento isolado.

17. Muito pelo contrário, as DRJ têm concluído, de forma reiterada, pela improcedência de acusações fiscais de descumprimento do Teste dos 40% por cotistas de FIPs pautadas na suposta existência de controle comum ou “grupo econômico de fato”, uma vez referidas hipóteses não se amoldam ao conceito de “pessoas ligadas” da Lei nº 11.312/2006.

18. Com efeito, nos exatos termos do mencionado Acórdão nº 101-025.661, a DRJ 01 proferiu também o Acórdão nº 101-026.209, de 20/11/2023 (Doc. 05 – Processo Administrativo nº 17459.720013/2023-18), o Acórdão nº 101-025.381, de 17/08/2023 (Doc. 06 – Processo Administrativo nº 17459.720004/2023-27) e o Acórdão nº 101-024.338, de 23/03/2023 (Doc. 07 – Processo Administrativo nº 17459.720048/2021-95), nos quais reconheceu, também por unanimidade de votos, que “[a] possível existência de controle comum ou ‘grupo econômico de fato’ não se amolda às hipóteses previstas pela Lei 11.312/2006”, de modo que “[n]ão há que se falar, portanto, em descumprimento do ‘teste dos 40%’”.

19. Frise-se, inclusive, que o Acórdão nº 101-025.381 restou definitivo, estando os autos do Processo Administrativo nº 17459.720004/2023-27 arquivados desde 20/09/2023 :

[...]

20. Nesse mesmo sentido, destaca-se, ainda, o Acórdão nº 12-116.677, de 27/05/2020 (Processo Administrativo nº 15586.720351/2019-92), no qual a DRJ do Rio de Janeiro, ao analisar auto de infração envolvendo o tema do suposto descumprimento do Teste dos 40%, determinou o seu cancelamento, reconhecendo que os vínculos societários estabelecidos pela Lei nº 6.404/1976 (controle e coligação), aos quais faz referência a Lei nº 11.312/2006, pressupõem relações societárias de investidora-investida, não sendo o mero mandato para exercício de funções de gestão elemento suficiente para a sua configuração:

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

A relação de coligação entre sociedades, nos termos da Lei 6.404/1976, pressupõe existência de relação investidora-investida.

A existência de grupo econômico ou influência significativa isoladamente não caracterizam o vínculo de coligação entre sociedades. (Acórdão nº 12-116.677 – g.n.)

21. Sendo assim, já com base nessas decisões, pode-se perceber a improcedência da acusação fiscal formulada nestes autos, a qual carece de base legal, como reiteradamente reconhecido pelas DRJ.

A seguir, a impugnante tratou de delimitar a controvérsia, afirmando que o cerne do presente litígio se restringe à questão da qualificação ou não dos cotistas do GA IV FIP como partes ligadas, o que, na argumentação desenvolvida pela Autoridade Fiscal, decorreria do fato de que tais entidades estariam sob controle comum da General Atlantic.

A partir deste ponto, teceu considerações tendentes a demonstrar: (a) a ausência de controle comum e (b) a impossibilidade de qualificação dos cotistas do GA IV FIP como partes ligadas.

Adentrando as questões jurídicas que premeia o presente litígio, a impugnante discorreu sobre a finalidade da desoneração fiscal prevista no art. 3º da Lei nº 11.312/2006 (v. fls. 3293-3296). A seguir, abordou os contornos regulatórios dos FIPs e o tratamento tributário dos seus cotistas (v. fls. 3296-3299). Por fim, expendeu extensa argumentação acerca do “teste dos 40%”, de que trata a Lei nº 11.312/2006 (v. fls. 3300-3308), para ao final concluir o seguinte (fls. 3308):

126. Diante do exposto, conclui-se que a Autoridade Fiscal extrapolou os limites da norma de desoneração fiscal, ao buscar incluir no conceito de cotistas pessoas ligadas àqueles cotistas que se encontrem sob controle comum ou que integrem grupo econômico de fato, conceitos não previstos na Lei nº 11.312/2006 para a fruição da alíquota zero de IR/Fonte potencialmente aplicável pelos cotistas não residentes, razão pela qual não merece prosperar a presente acusação fiscal.

Na sequência, a impugnante procurou demonstrar o cumprimento do Teste dos 40% no caso concreto.

Às fls. 3313-3314 apresentou uma tabela comparativa entre os direitos do gestor de um fundo de private equity e os direitos atribuíveis aos sócios investidores destes mesmos fundos, reproduzida a seguir:

Direitos essenciais de acionistas vs. Direitos do gestor e dos sócios investidores		
Artigo 109 da Lei nº 6.404/1976	Direitos como gestor	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	Ao gestor não cabe fiscalizar a gestão dos negócios sociais, mas conduzi-los nos limites do mandato que lhe é outorgado, tal como membros da diretoria de uma companhia. Logo, não há um direito de fiscalizar, e sim um dever de gestão nos termos do mandato outorgado.	Sim , o sócio investidor tem o direito de exigir que o gestor atue nos limites do mandato que lhe foi outorgado.
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; (<u>Vide Lei nº 12.838, de 2013</u>)	Não aplicável ³²	Não aplicável
V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei (...).	Não ³³	Sim ³⁴

Com base nesta tabela comparativa, apresentou os seguintes argumentos (fls. 3314-3315):

149. Ora, se o artigo 243 da Lei nº 6.404/1976 que trata do conceito de sociedade controladora pressupõe de forma expressa que tal figura seja titular de direitos de sócio, há evidente necessidade de que a sociedade controladora seja titular dos direitos essenciais de sócio, acima descritos, e exerça o controle sobre a investida por meio do exercício de tais direitos, o que, como visto, não ocorre no caso do gestor de fundos de private equity.

150. Assim, desde já fica evidente a impossibilidade de caracterização do gestor de fundos de private equity como sociedade controladora das estruturas de investimento sob sua gestão, uma vez que não é titular dos direitos essenciais de sócio, muito menos exerce controle sobre as estruturas por meio do exercício de tais direitos.

Apresentou, ainda, extensa argumentação sobre a definição de controle societário, nos termos do que dispõe o art. 243, §§ 1º e 2º da Lei nº 6.404/1976

(v. fls. 3310-3323), bem como a sua interação com as regras contábeis previstas no CPC 36.

Esgotado este tópico, a contribuinte procurou demonstrar a ausência de controle societário por parte das entidades da General Atlantic no caso concreto (v. fls. 3323-3353), para ao final concluir o que se segue: (v. fls. 3353)

308. [...] os rendimentos da General Atlantic estão atrelados única e exclusivamente à prestação de serviços, sendo que parte substancial de sua remuneração está baseada na entrega de retornos financeiros aos Sócios Investidores, tal como se verifica no caso da gestão realizada por gestores locais: são fixadas taxas de gestão com componente fixo e variável, esse último vinculado ao retorno do capital investido e uma expectativa de retorno acordada entre as partes.

309. Portanto, o que se condui é que se os Sócios Investidores / Clientes tivessem alocado capital diretamente em fundos de investimento constituídos no Brasil, eles estariam sujeitos a termos e condições muito semelhantes àqueles observados no caso em análise e, nesse caso, parece bastante evidente que não haveria qualquer motivo para se buscar afirmar que seriam partes ligadas ou que estariam sob controle comum exercido pelo gestor.

310. Assim, também a partir de uma análise comparativa dos papéis desempenhados pela General Atlantic e por gestores locais de fundos de investimento de private equity, conclui-se que a tese da Autoridade Fiscal de que os cotistas do GA IV FIP estariam submetidos a um controle comum é totalmente improcedente. A impugnante também se insurgiu contra a alegação da autoridade fiscal, no sentido de que, no caso sob análise, ter-se-ia verificado a existência de um “grupo econômico de fato” entre as “empresas do grupo General Atlantic, os Fundos Investidores e os FIPs da GA”.

Neste sentido, afirmou que o conceito de grupo econômico não se encontra na legislação aplicável ao presente caso, inexistindo qualquer menção seja no artigo 3º da Lei nº 11.312/2006, seja no artigo 243 da Lei nº 6.404/1976. Acrescentou que, com base no ordenamento jurídico brasileiro, não seria possível extrair um conceito claro e unívoco do que seja considerado um grupo econômico, muito menos um grupo econômico de fato. Ao final deste tópico, concluiu que (v. fls. 3357):

328. Diante do exposto, resta demonstrada a improcedência da alegação fiscal quanto à existência de grupo econômico de fato no presente caso, seja porque impertinente para fins do Teste dos 40%, seja porque referido conceito não encontra guarida na legislação pátria, seja porque inexistente grupo econômico de fato no caso em análise

Por fim, a impugnante procurou demonstrar a confirmação da alíquota zero, sob a perspectiva da substância econômica, ao sustentar que os Sócios Investidores não têm direito, direta ou indiretamente, a mais de 40% dos rendimentos distribuídos pelo GA IV FIP. Neste sentido, apresentou as seguintes considerações, fls. 3358-3359:

338. [...] seguindo uma abordagem econômica, é necessário esdarecer que a remuneração recebida pela General Atlantic em contrapartida aos serviços de gestão prestados, ainda que somada à participação detida no GA IV FIP por seus funcionários, ex-funcionários e indivíduos com os quais mantêm relação profissional ou de negócios por meio do veículo de investimento, não se aproximou e, muito menos, ultrapassou o limite de 40%.

339. Ante o exposto, o que se verifica é que, mesmo que fosse possível adotar uma abordagem econômica, extrapolando-se os limites da regra contida na Lei nº 11.312/2006, a exigência do IR/Fonte não teria fundamento, pois, não há em qualquer nível da estrutura de investimento um investidor que detenha, isoladamente ou em conjunto com pessoas ligadas, participação no GA IV FIP igual ou superior a 40% ou direito a recebimento de 40% ou mais dos valores distribuídos por esses fundos.

[...]

342. Logo, a Impugnante comprova que, não apenas numa perspectiva formalística restaram cumpridos os requisitos para alíquota zero do IR/Fonte a que se refere a Lei nº 11.312/2006, mas igualmente na perspectiva de substância econômica

Ad argumentandum, na hipótese de ser mantido o lançamento, arguiu a aplicação indevida da regra de reajustamento da base de cálculo, afirmando que a assunção do ônus do imposto de fonte deriva da vontade das partes e não pode ser presumida pela simples falta de retenção, ante a ausência de autorização legal nesse sentido, consoante precedente da Câmara Superior de Recursos Fiscais (Acórdão nº CSRF/01-02.257).

Por fim, arguiu a impossibilidade de exigência de multa de ofício, em caso de dúvida quanto à ocorrência da infração, com fundamento no art. 112 do CTN.

Impugnação apresentada pela Bem DTVM

Em sede de preliminar, a impugnante requereu a nulidade do lançamento, por entender pela existência dos seguintes vícios: a) não participação da impugnante no processo fiscalizatório – preterição do direito de defesa; b) ausência de fundamentação.

No que tange à não participação da impugnante no procedimento de fiscalização, argumentou que todas as ilações/conclusões foram desenvolvidas sem a participação da Impugnante no processo de fiscalização, com base em alegações

genéricas construídas pela Autoridade Fiscal. Nesse sentido, afirmou não ter recebido qualquer intimação para que prestasse esclarecimentos acerca das matérias discutidas nesses autos.

Como a Impugnante não participou do procedimento fiscalizatório, entende que restou prejudicada sua possibilidade de fornecer informações e esclarecimentos e, em razão disso, com fundamento no artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/725, concluiu que o Termo de Responsabilidade Tributária lavrado em decorrência desse procedimento é nulo por preterição ao direito de defesa da Impugnante.

No tocante à alegada ausência de fundamentação legal da exigência, afirmou que a autoridade fiscal não demonstrou, ao longo do TVF, de forma clara e precisa, a razão pela qual conduziu que a Impugnante teria “interesse comum” que justificasse a imputação da responsabilidade tributária com base no artigo 124, inciso I, do CTN.

Neste sentido, sustentou que a Autoridade Fiscal se limitou a alegar, de forma genérica, que seria clara a necessidade de responsabilização da Impugnante, sem demonstrar, no entanto, qual o fundamento jurídico necessário para tanto.

Neste sentido, a impugnante considerou que a Autoridade Fiscal buscou aproximar as figuras da Administradora dos FIPs e da Impugnante, como se ambas, em conjunto, tivessem uma participação ativa nas situações constitutivas dos fatos geradores autuados; e responsabilizar a Impugnante com base na sua qualidade de responsável legal e tributária dos INR, por “aparentemente” não ter dedicado maiores esforços em conhecer os investidores e ter se limitado ao “cadastro simplificado deles”.

Além disso, a impugnante afirmou que a Autoridade Fiscal não teria apontado qualquer ato praticado ou conduta (omissiva ou comissiva) que pudesse levar à conclusão de uma participação “ativa” em conjunto, ou numa comunhão de esforços, com o sujeito passivo principal, nas situações constitutivas dos fatos geradores autuados.

Enfatizou que “a mera indicação da qualidade de representante legal e tributário jamais poderia servir de fundamento para a atribuição de responsabilidade tributária à Impugnante e a presunção de que a Impugnante não teria dedicado maiores esforços para conhecer seus clientes.

Desse modo, entendeu que a Autoridade Fiscal tinha plena ciência das normas que determinam que a responsabilidade pelo recolhimento do IR/Fonte é do administrador do fundo de investimento, mas, com intuito de prosseguir com a atribuição da responsabilidade solidária à Impugnante, seguiu com uma descrição genérica, a qual, no entanto, torna o Termo de Responsabilidade nulo, por ausência de devida fundamentação, indevida presunção, e, conseqüente, cerceamento do direito de defesa.

Nestes termos, afirmou: (v. fls. 3918-3919)

37. Ante o exposto, cabe concluir que a ausência de motivação clara, explícita e congruente da imputação de responsabilidade também resulta em prejuízo ao direito de defesa do contribuinte, na medida em que esse fica impedido de ter o devido entendimento da acusação que lhe está sendo imposta e que está resultando na exigência fiscal, o que leva à necessidade de se reconhecer a nulidade do Termo de Responsabilidade Tributária também em razão do disposto no inciso II do artigo 59 do Decreto nº 70.235/197211 .

38. Portanto, tendo em vista que a Autoridade Fiscal atribuiu responsabilidade tributária solidária à Impugnante com fundamentação deficiente, o que acarretou grave prejuízo ao seu direito de defesa, deve essa C. Turma Julgadora reconhecer a nulidade do Termo de Responsabilidade Tributária, por vício de motivação e preterição do direito de defesa, conforme acima exposto.

No mérito, a impugnante detalhou os argumentos expostos na preliminar de nulidade, com relação à ausência de demonstração, por parte da autoridade fiscal, de interesse comum que pudesse justificar a responsabilização com base no art. 124, inciso I, do CTN.

Em síntese, a impugnante apresentou os seguintes argumentos:

- a) o termo interesse comum previsto pelo legislador no artigo 124, inciso I, do CTN, reporta-se ao interesse jurídico dos contribuintes que ocupam o mesmo polo na situação eleita pelo legislador como hipótese de incidência da obrigação principal;
- b) não se trata de hipótese de responsabilidade tributária, em que existe a possibilidade de se atribuir a terceiro o cumprimento da obrigação tributária; no campo da solidariedade por interesse comum, tratada no art. 124, I, do CTN, os tributos somente podem ser cobrados daqueles que praticarem o fato gerador, ou seja, dos contribuintes propriamente ditos, nos casos de pluralidade no campo da sujeição passiva;
- c) não houve a configuração de interesse comum entre a Impugnante e a Administradora dos FIPs, embora isso sequer fosse elemento apto a autorizar a aplicação da regra contida no artigo 124, inciso I, do CTN, já que o interesse comum a que faz referência a norma é entre contribuintes e não entre terceiro e o responsável tributário;
- d) não há demonstração de qualquer prática de atos pela Impugnante, que possam ser identificados como uma participação ativa em conjunto com o sujeito passivo principal, nos fatos geradores apurados objeto deste auto, de forma que não merece prosperar a alegação feita no TVF de que restaria demonstrado o “interesse jurídico” da Impugnante.
- e) há regra específica que prevê responsabilidade diversa. Ou seja: ainda que fosse legítima a presente atuação, o que se alega a título meramente

argumentativo, ela apenas poderia ser direcionada ao administrador dos FIPs, por previsão expressa em lei, neste sentido.

É o relatório.

Conforme acima demonstrado, o Colegiado *a quo* houve por bem considerar procedente a impugnação e exonerou o crédito tributário constituído e recorreu a este Conselho nos seguintes termos:

Por força do inciso I do artigo 34 do Decreto nº 70.235/1972, RECORRO DE OFÍCIO (remessa necessária) ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), posto que o valor exonerado do sujeito passivo é superior ao valor previsto no artigo 1º e no seu § 2º da Portaria MF nº 02, de 17 de janeiro de 2023.

Cientificada do acórdão de impugnação, a devedora solidária aviou a petição de fls. 4.028 a 4.032 pleiteando a manutenção da decisão recorrida ou, alternativamente, caso o recurso de ofício seja provido, que se acatem as preliminares suscitadas e se remetam os autos para a DRJ a fim de que sejam apreciadas as matérias não enfrentadas pelo acórdão recorrido.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), cientificada do acórdão de impugnação em 27/08/2024 (fl. 4.084), apresentou em 26/09/2024 as razões recursais de fls. 4.085 a 4.159 por meio das quais defende a autuação fiscal, fundamentando suas conclusões essencialmente no que considera como caracterização de ligação entre as pessoas jurídicas investidoras dos FIP, motivo pelo qual deveria incidir o IRRF na operação de desinvestimento. Ao final, pleiteia o provimento do recurso de ofício.

Posteriormente, em 18/10/2024, a Contribuinte autuada apresenta petição (fls. 4.164 a 4.169) indicando julgados que trataram da mesma matéria e que culminaram por cancelar as respectivas autuações fiscais.

Submetidos os autos a sorteio, coube-me a relatoria do feito.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Maurício Novaes Ferreira**, Relator

1 – ADMISSIBILIDADE

O recurso de ofício foi promovido nos termos previstos no art. 34 do Decreto nº 70.235/1972 e atende ao limite previsto no Portaria NF nº 2/2023, motivos pelos quais deve ser conhecido.

2 – MÉRITO

Trata-se de autuação fiscal visando exigir o IRRF do ano-calendário 2019 da Contribuinte autuada, na condição de responsável tributária, o valor devido pelos investidores não residentes (INR) decorrentes dos ganhos auferidos quando do desinvestimento em Fundos de Investimentos em Participações (FIP).

A matéria está regulada pelo art. 3º da Lei nº 11.312/2006, que ostentava à época dos fatos a seguinte redação (com destaques ora acrescentados):

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 nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.**

Portanto, a Lei exclui o benefício da alíquota zero do imposto de renda sobre os ganhos auferidos em aplicações em FIP se o cotista possuir 40% ou mais das cotas do fundo, isoladamente ou conjuntamente com pessoas a ele ligadas.

E, no caso de cotista pessoa jurídica, a Lei faz expressa remissão ao art. 243, §§ 1º e 2º da Lei nº 6.404/1976 para que se defina quem deve ser considerada pessoa jurídica a ela ligada. Os dispositivos mencionados possuem a seguinte redação (com destaques ora acrescentados):

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.

A autoridade fiscal considerou que os investidores não fariam jus à alíquota zero por entender que eles incidiram na condição que afastaria o benefício fiscal, já que, no seu entender, estaria configurada a ligação entre os investidores. Eis os termos da conclusão expressos no TVF:

5.4 Da Conclusão Fiscal da Operação

Como fartamente exposto, esta auditoria fiscal constatou que os Fundos Investidores são sujeitos a controle comum e, considerando a controladora GA LP em conjunto com suas controladas cotistas do Fundo, compõem um conjunto de pessoas ligadas que representam mais de 40% da totalidade das cotas emitidos pelo FIP da GA (aliás, representam 100% das cotas) e receberam rendimentos superiores a 40% das amortizações parciais ou resgate de cotas (aliás, receberam 100% dos valores distribuídos).

A análise quanto a aplicação das alíquotas benéficas de 15% ou reduzida a zero previstas na Lei nº 11.312/2006, relativamente à amortização ou resgate de cotas de fundos de investimento em participação efetuada para investidor estrangeiro, deve compreender todos os aspectos contidos nos artigos 2º e 3º sob pena de violação ao contido na norma legal, pela falta da aplicação panorâmica dos requisitos neles existentes.

Portanto, os rendimentos distribuídos aos Fundos Investidores pelos FIPs da GA devem ser tributados à alíquota benéfica de 15%, como calculados a seguir.

Portanto, para o fisco, o fato de haver controle comum entre os investidores, ainda que tal controle seja exercido por não cotista do fundo, implicaria em incidência da tributação nos termos da Lei nº 11.312/2006.

Aqui cabe uma apertadíssima síntese de como se organizou no exterior a operação que culminou com os investimentos em FIP no Brasil, conforme seguinte excerto do TVF:

Com a convicção da obtenção programática dos recursos necessários aos investimentos, o grupo General Atlantic, por intermédio das afiliadas GA Service Company, GA LP e GA Genpar, constituiu, no exterior, como sociedades limitadas, um conjunto de fundos de private equity, e correspondentes veículos de investimento alternativos – os Fundos Investidores –, para investimentos no Brasil, que, resumidamente, pode ser assim exemplificado:

[...]

Portanto, é no “Programa de Conta Gerenciada da GA”, gerido pela GA Service Company e GA LP, que os sócios investidores investem seus recursos que, segundo previsão contida nos Contratos de Compromisso, podem ser distribuídos em um ou mais dos fundos de private equity, as Sociedades Limitadas da GA, fato indiferente a estes investidores credenciados.

Além de ter poderes absolutos sobre as decisões relativas aos investimentos feitos com os recursos assim captados, o grupo General Atlantic não se sujeitava à perda desses poderes por livre iniciativa de seus parceiros Investidores – nem mesmo de todos eles conjuntamente. Os fundos, de fato, lhe pertenciam, como perfeitamente observável em documentos que produziu e que comprovam o seu controle.

Característica marcante dos vários fundos criados pelas empresas do grupo General Atlantic encontra-se em seu altíssimo grau de coordenação. Particularmente quanto aos investimentos de private equity que realizavam no Brasil, operavam como um só, apesar de aparentemente diversos.

Adiante, como se verá, esta auditoria fiscal constatou a existência de grupo econômico de fato, materializada na atuação conjunta, sincronizada e coordenada, objetivando primordialmente a execução de atos e negócios destinados ao controle das empresas investidas dos FIPs da GA e posteriores ganhos de capital por ocasião de suas alienações.

Portanto, a General Atlantic (GA), por intermédio de afiliadas (GA Service Company e GA LP) constituiu outras sociedades limitadas (*private equity*) onde aportaram capital a fim de que essas últimas investissem em FIP no Brasil.

Ainda no entender do fisco, como a GA (incluindo a GA Service e a GA LP), embora não cotistas dos fundos, controlavam as *private equity*, que eram as investidoras diretas nos FIP, não cabia a alíquota zero do imposto de renda já que, ao fim, todas as investidoras possuíam uma controladora comum, de modo que detinham 100% das cotas de investimento e dos rendimentos auferidos.

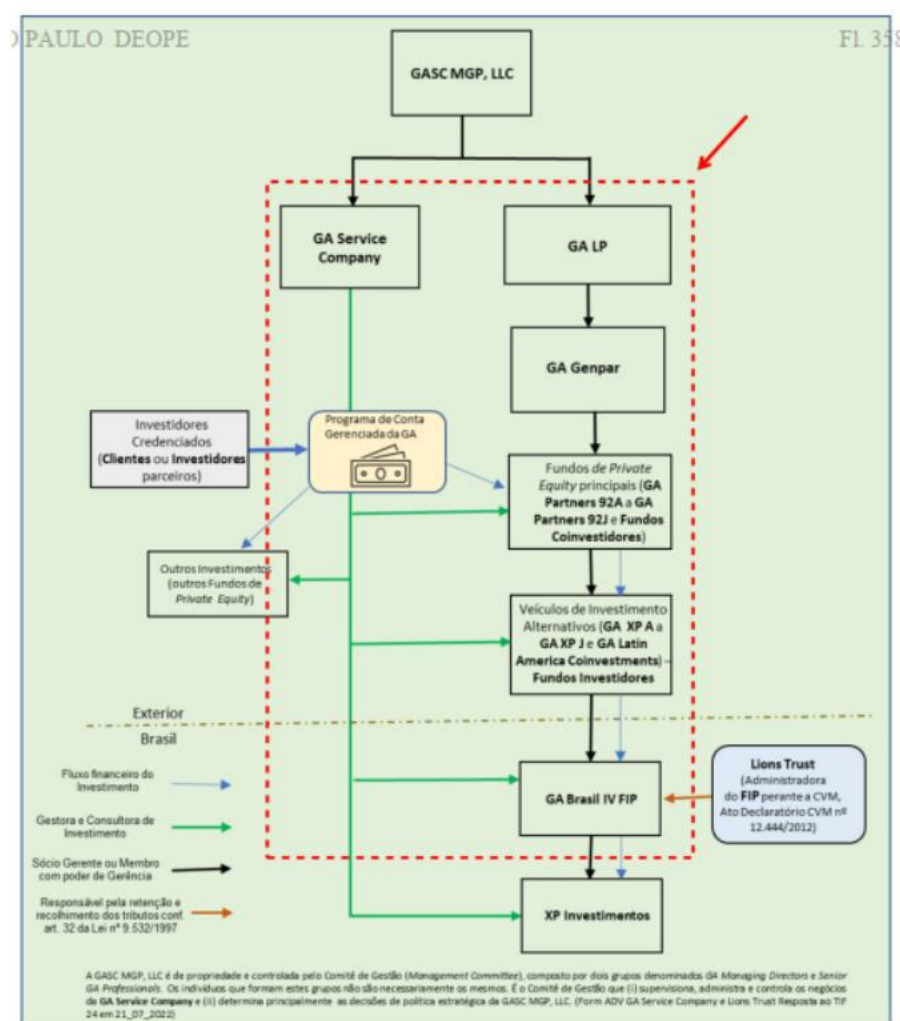
A DRJ, analisando os argumentos da impugnação, entendeu por acolhê-los, conforme seguinte passagem do voto condutor daquele julgado:

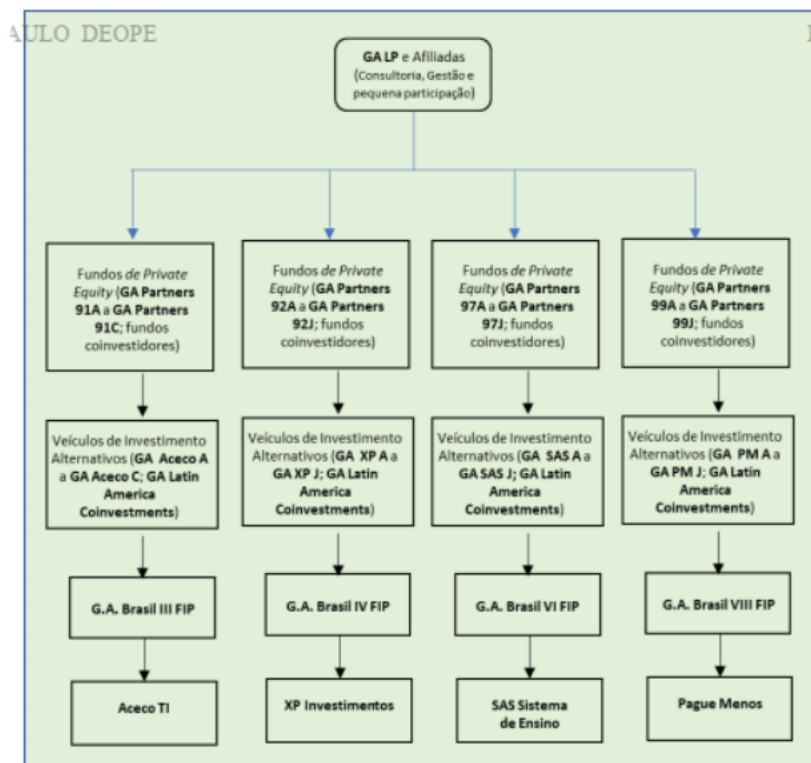
Mérito

Segundo o entendimento da autoridade fiscal, ter-se-ia configurado um “grupo econômico de fato”, em razão da coordenação das operações e das relações existentes entre os intervenientes. Tais fatos estariam 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, reproduzido no Relatório que antecede este voto.

De fato, a partir das evidências destacadas pela autoridade fiscal, é inequívoca a constatação de espécie de vinculação entre os Fundos Investidores, os quais se submetem a uma gestão e controle comum exercidos por um mesmo grupo de entidades.

Os organogramas que demonstram a estrutura da cadeia de investimentos, reproduzidos a seguir, bem como os elementos destacados pela autoridade autuante, consubstanciados nos contratos/acordos relativos aos Fundos e suas operações, deixam clara a configuração de um grupo que atua de maneira coordenada, sob controle de empresas do grupo General Atlantic, as quais são geridas por pessoas em comum.





Para chegar à conclusão de descumprimento do Teste dos 40%, objeto de discussão do presente processo, a autoridade fiscal buscou sustentar que referido requisito abarcaria a hipótese de cotistas sob controle comum, para fins de configuração de existência de pessoas ligadas.

No entanto, o tipo de vinculação constatada não é abarcado pela Lei nº 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.

Para maior clareza, convém analisar o §1º, inciso II, conjugado com o § 2º do artigo 3º da retrocitada Lei nº 11.312/2006, verbis:

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 nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Como se percebe, a Lei nº 11.312/2006 remete aos conceitos de controladora, controlada e coligada do art. 243 da Lei nº 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.

Para maior clareza, transcreve-se o retrocitado art. 243 da Lei nº 6.404/76, verbis:

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 nº 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 caso, de que se está diante de entidades sob controle comum e que podem compor um mesmo grupo, com atuação articulada e coordenada. Tais fatos foram muito bem caracterizados e evidenciados pela autoridade fiscal.

O que ocorre, porém, é que a Lei nº 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 se reconheça o fato descrito pela autuação fiscal a respeito da existência de vínculo entre os investidores do FIPs brasileiros, 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 nº 11.312/2006.

Portanto, acolho a impugnação da Lions Trust, para cancelar a autuação fiscal.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), cientificada do acórdão de impugnação em 27/08/2024 (fl. 4.084), apresentou em 26/09/2024 as razões recursais de fls. 4.085 a 4.159 por meio das quais defende a autuação fiscal, fundamentando suas conclusões essencialmente no que considera como caracterização de ligação entre as pessoas jurídicas investidoras dos FIP, motivo pelo qual deveria incidir o IRRF na operação de desinvestimento. Ao final, pleiteia o provimento do recurso de ofício.

Ainda que repute robustas as razões de defesa apresentadas pela PGFN, penso que não há fundamento para reformar o acórdão recorrido.

A redação do texto legal é suficientemente clara quando estabelece que o teste dos 40% deve se reportar a cotistas dos fundos. Ou, por outras palavras, apenas aquelas pessoas que investiram no fundo devem ser consideradas quando se avalia sua participação no total investido e os rendimentos auferidos em decorrência do investimento realizado.

A PGFN demonstrou que o art. 243, § 4º da Lei nº 6.404/1976 deixou de prever critérios meramente quantitativos para definir o que seja relação de influência significativa entre pessoas jurídicas ao informar que a situação se caracteriza quando investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida.

Ainda assim, como bem salientou o acórdão da DRJ, a interpretação da norma exige que a ligação se dê entre pessoas jurídicas cotistas dos fundos de investimento. Os controles ou ligações com outras pessoas jurídicas que não se enquadrem como investidoras não autorizam a exação.

Ademais, não houve a comprovação, pela autoridade autuante, da ocorrência de eventual dolo, fraude ou simulação nas operações praticadas, o que impõe que se reconheça que a origem do investimento é aquela do investidor direto, conforme Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 5/2017:

ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO RFB Nº 5, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2019
Art. 1º A origem do investimento, para fins de aplicação do regime especial de tributação previsto nos artigos 88 a 98 da Instrução Normativa nº. 1.5854, de 31 de agosto de 2015, será determinada com base na jurisdição do investidor direto no País, **exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.**

Veja-se, a propósito, que a PGFN reconhece esta condição, mas chega a interpretação final diversa da que emana do ADI:

Deve-se registrar, em adição, que a incidência das regras tributárias atinentes ao INR que atua no mercado financeiro deve considerar o investidor direto e não o beneficiário final, conceitos que não se confundem.

O referencial subjetivo do art. 3º da Lei n. 11.312/06 é o quotista e não o beneficiário final. A questão da exegese a ser conferida ao enunciado legal foi dirimida pela RFB por meio do Ato Declaratório Interpretativo n. 5/2019. Eis o teor do Ato:

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.

O ADI fixa inequívoco critério para identificação do investidor não residente. Estabelece ser o investidor direto, afastando, assim, interpretação no sentido de que se deveria considerar o beneficiário final.

Destaque-se que a interpretação adotada pela Receita Federal do Brasil no Ato acima reproduzido é coerente com a própria natureza internacional do investimento, que limita o grau de conhecimento dos substitutos tributários acerca dos substituídos, assim como impõe restrições à atuação da autoridade fiscal. Além disso, é consentânea com a complexidade das estruturas adotadas na indústria financeira, reconhecida pelo próprio recurso. **Assim, em se tratando de incidência de IRFonte sobre remessas ao exterior de rendimentos oriundos de aplicações financeiras, a RFB posicionou-se no sentido de que deve ser considerada a jurisdição do investidor direto, salvo se identificada prática ilícita.** Neste último caso, deve-se afastar a fraude e/ou simulação, identificando-se o investidor direto ocultado.

Dado que o Investidor Não Residente – INR é o investidor direto, o referencial da análise acerca do limite de 40% (quarenta por cento) são as participações do quotista do FIP brasileiro. Como já assinalado, os sócios Investidores do grupo General Atlantic não investiram no Fundo GA Brasil IV FIP da GA. Investiram, isso sim, indiretamente, nos Fundos Investidores – os INRs cotistas dos FIPs da GA. Assim procedendo, cumpriram seu papel nas relações que estabeleceram com a GA Service Company e a GA LP a partir da celebração dos Contratos de Compromisso individuais.

Apenas para afastar eventual dúvida ainda subsistente, note-se que a interpretação no sentido de que o investidor, para os fins de aplicação das normas tributárias, deve ser o beneficiário final esvaziaria o sentido da norma, o que afronta regras basilares de hermenêutica jurídica.

Segundo tal entendimento, as relações entre sociedades/fundos não deveriam ser consideradas entre si, mas apenas as relações entre seus acionistas/quotistas, ou seja, as sociedades e outras entidades que compõem a cadeia de investimentos não seriam consideradas, mas apenas as pessoas físicas.

O racional empregado significaria que uma empresa aberta em Bolsa, embora fosse efetivamente controladora de outra sociedade, não deveria ser considerada investidora pelo fato de suas ações serem pulverizadas entre os diversos acionistas, que são os benefícios finais. Nessa situação hipotética, a retirada do elemento transnacional torna evidente que negar a condição de INRs a entidades significaria, em verdade, negar a personalidade jurídica ou a capacidade de deter direitos.

As pessoas jurídicas, assim como os fundos, somente podem ser desqualificadas quando se identificam vícios em sua constituição ou em sua atuação. Ausentes tais hipóteses excepcionais, seus direitos e deveres devem ser inteiramente respeitados. Assim, não pode prevalecer o entendimento de que, para fins de incidência das normas tributárias sobre investidores estrangeiros no mercado financeiro e de capitais devem ser considerados os beneficiários finais dos rendimentos. O exame deve partir dos quotistas e examinar as suas relações.

No caso concreto, examinados os INRs, que são os quotistas do FIP brasileiro, 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 General Atlantic (GA LP, afiliada da GA SERVICE COMPANY), a fiscalização observou que (i) os atos constitutivos dos veículos de investimento 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 administrador/gestor e (ii) de forma dinâmica, as decisões de investimento e estratégias negociais eram combinadas entre os diversos quotistas, isto é, efetivamente, atuavam sob mesmo controle. Passa-se a seu exame.

O racional apresentado está correto, exceto quanto à conclusão. Como bem destacado nas razões recursais, a pretensão da reforma do acórdão recorrido se sustenta na existência de administrador comum dos FIP, conceito que não se amolda à previsão legal que autoriza a exigência tributária.

Esta matéria foi objeto de recentes decisões deste Conselho, seja em recurso voluntário, seja em recurso de ofício, e todas foram unânimes ao afastar a exigência do crédito tributário. Veja-se:

Acórdão 1101-001.355, de 17/07/2024

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016

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

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

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

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

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

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

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2015, 2016

PERSONALIDADE JURÍDICA. LEGITIMIDADE DO ATO JURÍDICO.

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

ACÓRDÃO

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

Acórdão 1201-006.255, de 21/02/2024

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.

Acórdão 1301-006.964, de 13/06/2024

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.

Por estes fundamentos, e considerando ainda as razões da decisão recorrida, com as quais concordo e adoto como minhas, nos termos do art. 114, § 12 do RICARF, nego provimento ao recurso de ofício.

3 – CONCLUSÕES

Por todo o exposto e pelo mais que dos autos consta, voto por conhecer do recurso de ofício e, no mérito, negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Maurício Novaes Ferreira