



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.721072/2017-06
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-006.760 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de fevereiro de 2024
Recorrente BANCO PAN S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)

Período de apuração: 01/07/2012 a 31/07/2012

DECADÊNCIA

A discussão sobre a decadência do direito de constituição do crédito tributário centra-se na definição quanto à aplicação do § 4º do artigo 150 ou do inciso I do artigo 173, ambos do CTN, em especial, o debate é se houve pagamento antecipado, mesmo que parcial, pelo Recorrente, aplicando-se, então, o artigo 150, § 4º, ou se não teria havido qualquer pagamento antecipado, caso em que seria aplicado o artigo 173, I.

Na análise da situação tratada nestes autos, quanto à existência ou não de pagamento antecipado, compreende-se que ela não deve ser feita fato gerador a fato gerador, e sim tributo a tributo.

Assim, considerando que o lançamento submete-se ao prazo decadencial previsto no § 4º do artigo 150 do CTN, que o fato gerador do IRRF em questão teria acontecido em julho de 2012 e o lançamento tributário perfectibilizado em 14 de dezembro de 2017, impõe-se o cancelamento do crédito tributário constituído, em razão da decadência.

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 arguição de nulidade do feito.

IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. OPERAÇÃO EM BOLSA DE VALORES. ISENÇÃO. INAPLICABILIDADE.

Aplica-se o *caput* do art. 16 da MP 2.189 de 2001, a investidor residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras nos mercados de renda fixa ou de renda variável no País, de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, e desde que não se trate de investimento oriundo de país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a vinte por cento, o que não é a hipótese dos autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e, por voto de qualidade, em não acolher a preliminar de decadência, vencidos o Relator e os Conselheiros Marcelo José Luz de Macedo e Eduardo Monteiro Cardoso,

que a acolhiam. Quanto ao mérito da autuação, acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa e Rafael Taranto Malheiros, que lhe negavam provimento. Manifestaram intenção de apresentar Declaração de Voto os Conselheiros Iágaro Jung Martins e Lizandro Rodrigues de Sousa.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iágaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão n.º 04-46.853, proferido pela 2ª Turma da DRJ/CGE, que, por unanimidade de votos, julgou improcedentes as impugnações, mantendo o crédito tributário exigido.

A discussão origina-se de lavratura de Auto de Infração, com exigência de IRRF, no montante de R\$ 69.837.234,94, já incluídos os juros moratórios e a multa de ofício, incidente sobre o ganho de capital auferido pelo investidor estrangeiro domiciliado no exterior, TPG-Axon BFRE Holding LLC, oriundo da alienação de sua participação societária em Brazilian Finance & Real Estate S.A.

Segundo o TVF, em julho de 2012, a TPG-Axon BFRE Holding LLC, sociedade norte-americana registrada na cidade de Dover, no estado de Delaware, Estados Unidos, alienou em bolsa de valores a participação societária que detinha na Brazilian Finance & Real Estate S.A., sociedade domiciliada no Brasil, sendo que o ganho de capital auferido pela TPG LLC estaria, de acordo com a fiscalização, sujeito à incidência do IRRF, que não foi retido pela adquirente, a Ourinvest.

A Ourinvest foi cindida e extinta em 2015, tendo sido sucedida pelas seguintes entidades na proporção de seu patrimônio: 23,20% pelo Banco PAN, 30,45% pela Brazilian Securities Companhia de Securitização, 20,66% pela BMSR II Participações S.A e 25,69% pela BM Sua Casa Promotora de Vendas (“BM Sua Casa”).

Como a Ourinvest seria, segundo as autoridades fiscais, responsável por reter e recolher o IRRF supostamente incidente sobre os valores que ela pagou à norte-americana TPG LLC quando adquiriu em bolsa as ações da BFRE, as quatro entidades que a sucederam – Banco PAN, BSC Securitização, BMSR II e BM Sua Casa – foram consideradas responsáveis por sucessão pelo crédito tributário constituído no Auto de Infração.

O Banco BTG foi considerado responsável solidário com fundamento no artigo 124, I, do CTN, pelo crédito tributário em função da sua condição de responsável legal da TPG

LLC, exercida a partir de 21 de junho de 2012, quando celebrou um Contrato para a Prestação de Serviços de Representação e Custódia para Investidor Não-Residente.

Em síntese, a razões apresentadas pelas autoridades fiscais para a lavratura do Auto de Infração em tela constam no item III do TVF:

Alienação da participação societária em BFRE por TPG-Axon:

A aquisição de BFRE pelos atuais controladores foi antecedida por ampla reorganização societária, ocorrida no decorrer do primeiro semestre de 2012, quando as empresas que constituíam as distintas áreas de negócio de BFRE foram preparadas para serem cindidas, e os ativos segregados para serem incorporados, direta ou indiretamente, por Banco Pan S.A. e Banco BTG Pactual S.A.

Resumidamente, a nova configuração de BFRE previa que, após sua compra, os negócios relacionados ao crédito imobiliário seriam assumidos por Banco Pan, enquanto Banco BTG Pactual absorveria a gestão e administração dos fundos de investimentos imobiliários, incluindo os investimentos proprietários em fundos de investimento imobiliários e de participação.

Dentre as condições prévias para a compra definitiva de BFRE figurava a compra da participação acionária do sócio estrangeiro TPG-Axon BFRE Holding LLC, CNPJ 15.755.584/0001-82, sociedade norte-americana domiciliada no estado de Delaware, detentora de 45,03% do capital social da empresa. Essa aquisição se deu através de operação em bolsa de valores, por meio de leilão realizado no sistema Mega Bolsa da BM&F, em 16 de julho de 2012, quando Ourinvest Real Estate Holding, por ordem de Banco BTG Pactual e com recursos adiantados por Banco Panamericano, adquiriu a totalidade das ações ofertadas por TPG-Axon BFRE.

Subsequente à liquidação da operação em bolsa, realiza-se, em 27 de julho de 2012, operação de câmbio destinada ao efetivo retorno dos recursos ao investidor estrangeiro, o que se dá por meio operação de venda de câmbio em favor de TPG-Axon BFRE Holding, contratada junto ao Banco BTG Pactual e pagável em Ilhas Cayman.

Finalmente, em 19/07/2012 Banco Pan S.A. compra as ações dos investidores diretos em Ourinvest Real Estate Holding S.A., adquirindo assim, indiretamente, as ações remanescentes em BFRE.

A alienação de BFRE por seus sócios diretos e indiretos, a nova configuração societária da empresa e a alienação da participação de TPG-Axon em bolsa, estão regulados no "Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças", firmado entre as partes em 31 de janeiro de 2012 e anexo a este processo.

...

Prossegue, apresentando as conclusões advindas das diligências realizadas, principalmente no que se refere ao destino dos recursos, que segundo o Fisco, foram encaminhados às Ilhas Cayman, "*jurisdição de tributação favorecida, hipótese que desqualifica o benefício fiscal do qual se beneficiou o investidor estrangeiro, e sujeita a operação, na forma da lei, à tributação do ganho de capital na alienação de ações, ao mesmo regime aplicado ao residente no país, com incidência de Imposto de Renda na Fonte de 15% sobre o ganho*".

Na sequência, destaca o rol de provas, que, segundo afirma, "corroboram para a constatação de que o destinatário dos pagamentos localizava-se em jurisdição de tributação favorecida", e ainda:

...

Finalmente, conforme já tratado na Seção II há que se enfatizar o papel central desempenhado por Banco BTG Pactual S.A. na execução de todas as etapas da aquisição de BFRE. No tocante à representação legal por ele desempenhada, e aos encargos a ela associados, forçoso concluir que, ao não comprovar adequadamente a

procedência do contribuinte e de seus beneficiários, deu causa ao presente auto de infração.

BTG Pactual foi alçado à condição de representante legal em 21 de junho de 2012, quase que simultaneamente à data de fechamento da venda de BFRE e da alienação das ações em bolsa, e da contratação de operação de câmbio de repatriação do capital de TPG-Axon BFRE ocorrida em 27 de julho de 2012, cujo recebedor no exterior foi TPG-Axon BFRE Holding LLC, e o país de destino da remessa Ilhas Cayman.

Incumbia ao banco, especialmente naquela ocasião, a verificação ampla e completa da conformidade tributária das operações as quais se responsabilizava, responsabilidade esta agravada pelo fato do banco ser, simultaneamente, o adquirente indireto de BFRE.

As provas obtidas em diligência de que o destinatário das remessas localizava-se em paraíso fiscal, de que seus beneficiários/sócios imediatos também lá residiam, e a falta de comprovação dos beneficiários finais, não permite a validação da conformidade tributária.

Assim, considera-se que o ganho de capital teve por beneficiário entidade estabelecida em jurisdição favorecida, o que sujeita o ganho auferido por TPGAxon BFRE ao mesmo tratamento aplicado ao residente, conforme estabelecido em lei.

...

Aplica-se à operação o disposto no art. 73 da IN 1.022/2010, e o regime tributário migra dos artigos 68 e 69 da referida IN para aquele disposto na Seção II do Capítulo I, que trata Das Operações em Bolsa de Valores dos Residentes ou Domiciliados no País, artigos 45, 46, 47 e 55 (ver determinação do Imposto de Renda Retido na Fonte, mais adiante).

...

Por entender que o ganho de capital obtido teve por beneficiário, entidade estabelecida em jurisdição favorecida, o Fisco esclarece através da Seção V do TVF, que foi aplicado "à operação o regime tributário previsto na Seção II do Capítulo I da IN 1.022/2010, que trata Das Operações em Bolsa de Valores dos Residentes ou Domiciliados no País, artigos 45, 46, 47 e 55":

...

Os valores de custo, alienação e ganho de capital informados pelo custodiante BTG Pactual S.A. referente à venda em bolsa de valores das ações de BFRE foram:

Preço de Venda: R\$ 542.183.416,28

Custo do Investimento: R\$ 341.493.056,20

Ganho de Capital: R\$ 200.690.360,08

Imposto de Renda na Fonte:

O IMPOSTO DE RENDA NA FONTE na operação foi de R\$ 30.103.554,01 resultando da aplicação da alíquota de 15% (art. 46 IN 1.022/10) sobre o ganho de capital informado.

Em conformidade ao § 4º do art. 45 o imposto deveria ter sido apurado em julho de 2012 e pago até 31 de agosto de 2012, sendo a apuração definitiva.

...

Ao fim, faz considerações sobre o lançamento de ofício efetuado, além de observação específica sobre a decadência:

...

VI - LANÇAMENTO DE OFÍCIO:

Encerramos nesta data a ação fiscal junto ao sujeito passivo e ao responsável Banco BTG Pactual S.A., com lançamento de ofício, por meio de auto de infração, de crédito tributário do Imposto de Renda Retido na Fonte apurado em julho de 2012.

Aplica-se sobre o Imposto de Renda na Fonte multa regular de ofício de 75% e do juros de mora.

VII – DECADÊNCIA:

Tratando-se de imposto sujeito à homologação, não tendo havido pagamento antecipado pelo sujeito passivo, aplica-se ao lançamento o previsto no art. I, art. 173 do Código Tributário Nacional.

...

Cientificados do lançamento, o Banco PAN S.A. e o Banco BTG apresentaram suas impugnações, ambas julgadas improcedentes pela DRJ de Campo Grande (MS), através do Acórdão nº 04-46.853. A decisão recebeu a ementa a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Período de apuração: 01/07/2012 a 31/07/2012

DECADÊNCIA

Na falta de recolhimento antecipado da contribuição, o termo inicial do prazo decadencial é regido pelo art. 173, inc. I, do CTN.

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 arguição de nulidade do feito.

IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. OPERAÇÃO EM BOLSA DE VALORES. ISENÇÃO. INAPLICABILIDADE.

Não se aplica o caput do art. 16 da Lei 2.189 de 2001, quando demonstrado que o investimento que possibilitou à empresa estrangeira o ganho em bolsa de valores originou-se de país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a vinte por cento, o qual se sujeitará às mesmas regras estabelecidas para os residentes e domiciliados no País

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DIVERGÊNCIAS DE ENQUADRAMENTO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Tendo o fisco descrito corretamente o fato que o levou a concluir pela responsabilidade solidária para as empresas que tiveram relação com o fato gerador da obrigação tributária, não deve se afastar esse vínculo por mero erro em parte da fundamentação legal constante do auto de infração, estando esta claramente descrita no relatório fiscal.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC.

O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual deve incidir juros à taxa Selic.

Impugnação Improcedente

Intimados do resultado do julgamento, “BSC Securitização”, BMSR II e “BM Sua Casa” não apresentaram recurso. Quanto à sucessora BMSR II cumpre mencionar a nota aposta ao processo administrativo:

O responsabilizado BMRS II Participações SA, teve o seu AR de ciência do auto de infração devolvido pelos correios pelo motivo ;mudou-se; (fl. 712). Todavia, essa empresa encontra-se na situação baixada e foi incorporada pelo próprio Banco Pan, conforme telas em fl. 866. Sendo assim, considera-se este solidário como cientificado" -

EM VISTA DISTO, NÃO INTIMEI O RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO BMRS II PARTICIPAÇÕES S/A.

Por outro lado, o Banco PAN e o Banco BTG apresentaram, tempestivamente, os respectivos Recursos Voluntários. As alegações apresentadas são as seguintes:

Preliminarmente

Banco PAN

1. Nulidade do lançamento, por preterição do direito de defesa, ao argumento de que o autuado foi intimado somente ao fim da fase de investigação, na véspera da lavratura do auto de infração.

2. Nulidade do lançamento por inconsistência entre a fundamentação legal do lançamento e sua motivação.

3. Nulidade do auto de infração por ausência de fundamentação legal, por inexistir previsão legal a permitir desconsiderar o negócio jurídico realizado. A fiscalização teria recorrido, indevidamente, a conceitos da legislação americana e à instrução normativa posterior aos fatos geradores.

4. Nulidade por erro na apuração da base de cálculo. A fiscalização teria atribuído a totalidade do ganho de capital a sujeito passivo que somente deteria 65% da participação dos ativos alienados.

5. Em sede de preliminar de mérito, requer o reconhecimento de decadência mediante aplicação do art. 150, §4º, do CTN.

6. Nulidade da decisão proferida pela DRJ, que teria inovado na fundamentação do lançamento. Ademais, superada a nulidade, no mérito, alega que a decisão incorreu em erro a ensejar sua reforma, pois segundo interpretação do recorrente, teria incluído indevidamente o tipo societário LLC no conceito de país de tributação favorecida.

Mérito

7. No mérito, inexistir fundamento legal que autoriza a fiscalização a requalificar rendimentos pagos a entidade situada no exterior, para imputar a sua sócia, pois a legislação brasileira não adota conceitos como entidade transparente e beneficiário final ou efetivo.

8. Erro na base de cálculo, pois a autoridade fiscal imputou a totalidade dos valores pagos à sócia situada em jurisdição de tributação favorecida, sem observar que esta sócia somente detinha 65% de participação no capital social da entidade no exterior titular da renda emitida do Brasil, enquanto o outro sócio situava-se em Delaware, EUA, que não se enquadra no conceito de jurisdição de tributação favorecida.

9. A não identificação do beneficiário final pelo representante legal não autorizaria discricionariedade da fiscalização para identificar o beneficiário da renda dentro da cadeia societária do investidor.

Subsidiariamente

10. Requer o afastamento da multa de ofício

11. O cancelamento da autuação na eventualidade de ser decidido pelo voto de qualidade.

12. A exclusão dos juros sobre a multa de ofício.

BANCO BTG PACTUAL

1. nulidade material do lançamento, por erro na indicação do sujeito passivo.

Mérito

2. Inaplicabilidade da Responsabilidade Tributária prevista no artigo 124, I do CTN.

Subsidiariamente.

3. Inaplicabilidade do artigo 8º, da IN RFB nº 1.634/16 Desnecessidade de identificação dos Beneficiários Finais pelo Recorrente.

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

1. Inexistência de ofensa ao direito de defesa e demais nulidades

2. Insurge-se contra a alegação de decadência

3. Manifesta-se sobre a fundamentação para requalificação da renda

4. Insurge-se também sobre as alegações de ausência de fundamento legal e de inovação pela Delegacia Regional de Julgamento; e também sobre o cancelamento da autuação na eventualidade de ser decidido pelo volto de qualidade

5. Manifesta-se sobre a alegação de afastamento da multa de ofício e defende o cabimento da incidência de juros sobre a multa de ofício

6. Apresenta considerações sobre a solidariedade fundada no art. 124, I do CTN e tópico denominado “Identificação do contribuinte e do responsável”.

Após, o Banco Pan apresentou memoriais e parecer jurídico do Prof. Sérgio André Rocha, reforçando as alegações apresentadas, bem como petição onde colaciona DARF de IRPJ (cód. 2362) recolhido pela Ourinvest Real Estate Holding S.A (CNPJ nº 07.951.440/0001-73), do período autuado (07/2012), sustentando que tal documento corrobora a aplicação do art. 150, §4º, CTN, dado que o tributo exigido neste Processo (IRRF sobre ganho de capital auferido por investidor estrangeiro) tem incidência definitiva e isolada na fonte, tratando-se de obrigação própria da Ourinvest, implicando, em sua ótica, na extinção do débito objeto deste Processo.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator.

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

DA ANÁLISE DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Nulidade. Ofensa ao direito de defesa

Ambos recursos questionam a nulidade do lançamento.

O Banco PAN suscita nulidade em razão de ofensa à defesa, alegando que a fiscalização não promoveu adequado procedimento. Defende que houve violação à ampla defesa, porque não foi intimado para exercer o contraditório anteriormente à lavratura do auto de infração.

Equivoca-se. Somente a impugnação instaura a fase litigiosa do processo administrativo fiscal, não havendo que se falar em ampla defesa e contraditório antes desse ponto. A fase de fiscalização é eminentemente inquisitiva, não havendo acusação ou contraditório e nem defesa.

Na fase fiscalizatória, a exemplo do que ocorre no inquérito policial, não se fala em contraditório porque, até então, inexistente acusação, e, portanto, também inexistente litígio. Observe-se que até o rito em si é incompatível com o contraditório, que pressupõe uma relação em três partes, acusador, defensor e julgador.

De fato, no caso da fiscalização e do inquérito policial, todo o procedimento é presidido por uma única autoridade, a quem compete investigar os fatos, sem fazer acusação. Em regra, apenas após a lavratura do auto de infração, no caso, e no exato instante em que o contribuinte protocola sua defesa, é que se instaura a fase litigiosa, garantindo-se, a partir daí, o contraditório e ampla defesa.

Por outro lado, uma vez que o exercício do direito de defesa foi adequadamente oportunizado a partir da abertura do prazo de impugnação, deve ser, de plano, afastada a alegação recursal.

O Banco BTG Pactual S.A. também levanta a existência de nulidade do auto de infração, por este afrontar o disposto no art. 142 do CTN, ao errar a identificação do sujeito passivo, uma vez que não teriam sido demonstradas as razões do "interesse comum" previstas no art. 124, inciso I do mesmo CTN.

Sem razão a Recorrente. Vejamos como descrito no TVF, quanto à responsabilidade do Banco Pactual S.A.:

...

Por sua vez, Banco BTG Pactual é o representante legal de TPG-Axon BFRE e responsável pelo cumprimento das obrigações tributárias do investidor estrangeiro, na forma do art. 79 da Lei 8.981/95, do inciso I, §3º do art. 16 da Lei nº 2.189, de 2001 e nos § 1º, 2º e 3º do art. 74 da IN 1.022/2010 .

Lei nº 8.981, de 1995

Art. 79: O investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários somente poderá ser realizado no país por intermédio de representante legal, previamente designado dentre as instituições autorizadas pelo Poder Executivo a prestar tal serviço e que será responsável, nos termos do art. 128 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966) pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado.

Lei nº 2.189, de 2001

Art. 16: (...)

§1º É responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte, incidente sobre os rendimentos de operações financeiras auferidos por qualquer investidor estrangeiro, a pessoa jurídica que efetuar o pagamento dos referidos rendimentos

§2º O regime de tributação referido no caput não se aplica a investimento oriundo de país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota inferior a vinte por cento, o qual se sujeitará às mesmas regras estabelecidas para os residentes e domiciliados no País.

§3º Relativamente ao disposto no § 2º será observado que:

I - sem prejuízo do disposto no § 1º, o investidor estrangeiro deverá, no caso de operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, nomear instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil como responsável, no País, pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das referidas operações;

IN n.º 1.022, de 2010

Art.74: É responsável pela retenção e recolhimento do imposto sobre a renda na fonte, incidente sobre os rendimentos de operações financeiras auferidos por qualquer investidor estrangeiro, a pessoa jurídica com sede no País que efetuar o pagamento desses rendimentos.

§ 1º Para efeito de incidência da alíquota aplicável aos rendimentos de que trata este artigo, o administrador dos recursos estrangeiros deverá informar à fonte pagadora o nome do país ou dependência do qual se originou o investimento.

§ 2º A falta da informação de que trata o § 1º, ensejará incidência da alíquota aplicável ao rendimento auferido por residente ou domiciliado no País.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no caput, o detentor de investimento estrangeiro de que trata o art. 73 deverá, no caso de operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, nomear instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil como responsável, no País, pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das referidas operações.

Nota-se que responsabilidade do representante legal do investidor estrangeiro não é a mesma que aquela prevista no art. 128 do CTN que, como vimos, incumbiria apenas aos quatro sucessores de Ourinvest Real Estate Holding. Nos termos inciso I do § 3º do art. 16 da Lei 2.189, e dos parágrafos 1º, 2º e 3º do art.74 da Instrução Normativa 1.022/2010, tal responsabilidade seria supletiva à responsabilidade dos terceiros, resultante do encargo atribuído ao representante legal de informar a adequada jurisdição da origem do investimento.

Entretanto, a responsabilidade de BTG Pactual deve ser agravada no crédito ora constituído, e o banco alçado à condição de solidário aos terceiros responsáveis, nos termos do inciso I do Art. 124 do CTN.

Lei 5.172, de 1966 (CTN)

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.

Como veremos na Seção III a seguir, Banco BTG-Pactual tem interesse comum com os terceiros responsáveis na situação que constituiu o fato gerador, qual seja, a compra indireta de BFRE, situação da qual se beneficiou diretamente e que resultou no ganho de capital que não foi tributado.

Porém, a responsabilização do banco é agravada por circunstâncias que vão além.

Em primeiro lugar, BTG Pactual assumiu a condição de representante legal do investidor não residente quase que simultaneamente à data de ocorrência da alienação de suas ações em bolsa, representação esta que fora desempenhada até então por Credit Suisse CTVM (até Setembro de 2010) e por Citibank DTVM, este último até 21

de junho de 2012. Juntamente à representação legal, foi acordado no contrato de Compra e Venda de BFRE, ou negociado de outra forma ou por outros instrumentos, outros encargos que lhe garantiram posição privilegiada e controle absoluto da operação de alienação de BFRE, notadamente:

...

Como se vê, a fiscalização descreveu de forma clara sobre a responsabilidade atribuída ao Banco BTG Pactual, elencando a legislação que, na ótica fiscal, é pertinente ao caso. Logo, rejeita-se a alegação.

Demais nulidades

As alegações recursais de que (i) há nulidade do lançamento por inconsistência entre a fundamentação legal do lançamento e sua motivação; (ii) há nulidade do auto de infração por ausência de fundamentação legal, por inexistir previsão legal a permitir desconsiderar o negócio jurídico realizado, pois a fiscalização teria recorrido, indevidamente, a conceitos da legislação americana e à instrução normativa posterior aos fatos geradores e (iii) há nulidade por erro na apuração da base de cálculo, pois a fiscalização teria atribuído à totalidade do ganho de capital a sujeito passivo que somente deteria 65% da participação dos ativos alienados suscitam, em verdade, questões de mérito e, serão, portanto, analisadas no momento oportuno.

Da alegação de decadência

De acordo com a defesa, como o fato gerador do IRRF teria ocorrido em julho de 2012 e o lançamento tributário ocorrido apenas em 14 de dezembro de 2017, teria se operado a decadência do direito do Fisco de constituir o crédito tributário, na forma do art. 150, §4º, do CTN.

A discussão sobre a decadência do direito de constituição do crédito tributário centra-se na definição quanto à aplicação do § 4º do artigo 150 ou do inciso I do artigo 173, ambos do CTN, em especial, o debate é se houve pagamento antecipado, mesmo que parcial, pelo Banco PAN, aplicando-se, então, o artigo 150, § 4º, ou se não teria havido qualquer pagamento antecipado, caso em que seria aplicado o artigo 173, I.

Para a decisão recorrida não ocorreu pagamento antecipado do tributo sobre o ganho de capital, e, por essa razão, sustenta que o prazo decadencial conta-se pelo artigo 173, I, do CTN; o Banco PAN, por sua vez, advoga a tese que não ocorreu o fato gerador do IRRF, mas defende-se dizendo que ter efetuado no período pagamentos de IRRF incidentes sobre outros ganhos de capital auferidos pela TPG LLC, trazendo aos autos provas.

Então, pergunta-se: a existência de pagamentos de IRRF, ainda que não seja relativa às outras transações em bolsa, justifica a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN?

A resposta a esta pergunta passa pela interpretação dos artigos 150, §4º e 173, I, ambos, do CTN, alinhando-se, obviamente, ao entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 973.733, decidido sob o regime do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, e de aplicação obrigatória por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme Regimento Interno vigente.

Neste ponto, concordo com as considerações feitas pelo Prof. Sérgio André Rocha, em parecer elaborado para analisar exatamente a situação tratada nestes autos, quando

sustenta que a análise quanto à existência ou não de pagamento antecipado não deve ser feita fato gerador a fato gerador, e sim tributo a tributo. Em suas palavras:

201. Ao revermos a longa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema não encontramos nenhuma indicação de que a análise quanto à existência ou não de pagamento antecipado deveria ser feita fato gerador a fato gerador. Muito pelo contrário, a própria tese estabelecida a partir do Recurso Especial n.º 973.733 indica que o relevante, para se definir o dispositivo regente do prazo decadencial aplicável, seria o tributo.

202. Em outras palavras, a questão seria se o tributo estaria sujeito ao lançamento por homologação e se teria havido algum pagamento antecipado do tributo. Não se cogitou, em nenhum momento, de uma análise quanto à existência de pagamento antecipado “fato gerador a fato gerador”.

203. Esta posição – de que a análise deve ser feita por tributo – está consolidada na jurisprudência do CARF, como se infere dos enunciados das Súmulas números 99, 123 e 135, transcritos a seguir:

Súmula CARF n.º 99

“Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa à rubrica especificamente exigida no auto de infração.”

Súmula CARF n.º 123

Aprovada pela 2ª Turma da CSRF em 03/09/2018

“Imposto de renda retido na fonte relativo a rendimentos sujeitos a ajuste anual caracteriza pagamento apto a atrair a aplicação da regra decadencial prevista no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional.

(Vinculante, conforme Portaria ME n.º 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).”

Súmula CARF n.º 135

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 03/09/2019

“A antecipação do recolhimento do IRPJ e da CSLL, por meio de estimativas mensais, caracteriza pagamento apto a atrair a aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, §4º do CTN.”

204. Aplicando-se este raciocínio ao caso em tela, temos que o tributo de que se cogita é o Imposto de Renda, mais especificamente, o Imposto de Renda Retido na Fonte. Conforme demonstrado pela Empresa, houve pagamentos de IRRF no mesmo período de apuração. Consequentemente, estamos diante de um tributo sujeito ao lançamento por homologação, em relação ao qual houve pagamentos antecipados parciais.

205. Nessa linha de ideias, tendo em conta a existência de pagamentos de IRRF no período, teríamos a aplicação, neste caso, do § 4º do artigo 150 do CTN, contando-se o termo inicial do prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador.

Logo, considerando que o presente lançamento submete-se ao prazo decadencial previsto no § 4º do artigo 150 do CTN, que o fato gerador do IRRF em questão teria acontecido em julho de 2012 e o lançamento tributário perfectibilizado em 14 de dezembro de 2017, impõe-se o cancelamento do crédito tributário constituído, em razão da decadência.

Como fui vencido quanto ao tema, passo ao exame do mérito.

Do Mérito

Como se viu, trata-se de lançamento de IRRF, acrescido de multa de ofício na ordem de 75% e juros de mora, sobre ganho de capital por investidor estrangeiro – TPG-Axon BFRE Holding LLC (TPG LLC), domiciliado em Delaware (EUA) –, oriundo da alienação de sua participação societária em Brazilian Finance & Real Estate S.A. (BFRE), domiciliada no Brasil, ocorrida em 07/2012.

Nesse contexto, importante esclarecer as normas especiais de tributação e desoneração do IRRF, bem como seus critérios aplicativos, para em seguida analisar o caso concreto.

Por determinação do artigo 78 da Lei nº 8.981/95, os ganhos líquidos auferidos – por residentes ou domiciliados no exterior em operações realizadas em bolsas de valores sujeitam-se à incidência do IRRF nos mesmos moldes aplicáveis aos residentes ou domiciliados no país. Confira-se a redação deste artigo:

“Art. 78. Os residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se às mesmas normas de tributação pelo Imposto de Renda, previstas para os residentes ou domiciliados no país, em relação aos:

I - rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa;

II - ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas;

III - rendimentos obtidos em aplicações em fundos de renda fixa e de renda variável e em clubes de investimentos.

Parágrafo único. Sujeitam-se à tributação pelo Imposto de Renda, nos termos dos arts. 80 a 82, os rendimentos e ganhos de capital decorrentes de aplicações financeiras, auferidos por fundos, sociedades de investimento e carteiras de valores mobiliários de que participem, exclusivamente, pessoas físicas ou jurídicas, fundos ou outras entidades de investimento coletivo residentes, domiciliados ou com sede no exterior.”

O artigo 81, §1º, deste mesma Lei, por sua vez, exclui da incidência do imposto de renda os ganhos de capital e os resultados positivos nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas.

“Art. 81. Ficam sujeitos ao Imposto de Renda na fonte, à alíquota de dez por cento, os rendimentos auferidos:

I - pelas entidades mencionadas nos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei nº 2.285, de 23 de julho de 1986;

II - pelas sociedades de investimento a que se refere o art. 49 da Lei nº 4.728, de 1965, de que participem, exclusivamente, investidores estrangeiros;

III - pelas carteiras de valores mobiliários, inclusive vinculadas à emissão, no exterior, de certificados representativos de ações, mantidas, exclusivamente, por investidores estrangeiros.

§ 1º Os ganhos de capital ficam excluídos da incidência do Imposto de Renda quando auferidos e distribuídos, sob qualquer forma e a qualquer título, inclusive em decorrência de liquidação parcial ou total do investimento pelos fundos, sociedades ou carteiras referidos no caput deste artigo.

§ 2º Para os efeitos deste artigo, consideram-se:

a) rendimentos: quaisquer valores que constituam remuneração de capital aplicado, inclusive aquela produzida por títulos de renda variável, tais como juros, prêmios,

comissões, ágio, deságio e participações nos lucros, bem como os resultados positivos auferidos em aplicações nos fundos e clubes de investimento de que trata o art. 73;

b) ganhos de capital, os resultados positivos auferidos:

b.1) nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, com exceção das operações conjugadas de que trata a alínea a do § 4º do art. 65.

Não obstante essa desoneração do IRRF que seria aplicável aos ganhos auferidos em bolsa em aplicações realizadas por investidores estrangeiros, nos termos do aludido art. 81 da Lei nº 8.981/95, a própria Lei afastou a isenção no caso do investidor residir em país que tribute a renda à alíquota máxima inferior a vinte por cento, hipótese em que tais ganhos passam a se sujeitar à incidência do IRRF nos mesmos moldes aplicáveis aos residentes ou domiciliados no país, ou sejam com alíquota de 15%, conforme estabelecido no artigo 7º da Lei nº 9.959/2000.

Posteriormente, o artigo 81 da Lei 8.981, passou a ser aplicado a todos os investidores não residentes que realizassem operações financeiras nos mercados de renda fixa ou de renda variável – de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), nos termos do artigo 16 da Medida Provisória nº 2.189-49/2001, que por sinal, foi o fundamento do auto, a saber:

Art. 16. O regime de tributação previsto no art. 81 da Lei no 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com a alteração introduzida pelo art. 11 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplica-se a investidor residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras nos mercados de renda fixa ou de renda variável no País, de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 1o É responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte, incidente sobre os rendimentos de operações financeiras auferidos por qualquer investidor estrangeiro, a pessoa jurídica que efetuar o pagamento dos referidos rendimentos.

§ 2o O regime de tributação referido no caput não se aplica a investimento oriundo de país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota inferior a vinte por cento, o qual se sujeitará às mesmas regras estabelecidas para os residentes e domiciliados no País.

Assim, o artigo 16 acima transcrito prevê a aplicação do regime de tributação previsto no art. 81 da Lei nº 8.981/95, ao investidor estrangeiro que realizar operações financeiras nos mercados de renda fixa ou de renda variável no país. E, por sua vez, o artigo 81, §1º da Lei nº 8.981/95, exclui da incidência do imposto de renda os ganhos de capital e os resultados positivos nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhados.

Trata-se, portanto, de regra de isenção, segundo a qual há isenção de imposto de renda se a operação de alienação de investimento pelo investidor estrangeiro for realizada em bolsas de valores, de mercadorias, de futura e assemelhadas, e desde que não se trate de investimento oriundo de país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a vinte por cento.

Sendo a norma em testilha, de isenção, deve-se verificar o disciplinamento que é dado pelo Código Tributário Nacional (CTN) a matéria, em especial as disposições do art. 111, II, que determina a obrigatoriedade de interpretação literal da legislação que dispõe sobre outorga de isenção.

Nesse passo, conclui-se que as regras de isenção não podem ter sua interpretação alargada para além do seu significado semântico. Ou seja, os dispositivos que dispõem sobre isenções devem ser considerados taxativos e exaustivos, i.e., só devem abranger as hipóteses especificadas, sem ampliações/restrições ou imposição de condições que não existam em seu próprio texto.

A decisão recorrida foi em outra direção, identificando três argumentos distintos para justificar a tributação dos ganhos auferidos pela TPG LLC:

- *Os passos implementados para a realização da compra e venda das ações descaracterizaria a operação como “realizada em bolsa”, o que afastaria a isenção do IRRF.*
- *O beneficiário final dos ganhos da venda das ações estaria localizado em país com tributação favorecida, de modo que não se lhe aplicaria o § 1º do artigo 81 da Lei 8.981.*
- *Como a TPG LLC é uma entidade transparente para fins fiscais nos Estados Unidos, a tributação deveria ocorrer no nível dos seus sócios.*

Compreendo que a interpretação que a decisão recorrida deu à norma em debate é por demais extensiva, o que viola as disposições do artigo 111, II, do CTN.

Com efeito, todos esses “fundamentos” apontados pela fiscalização passam, necessariamente, pela descon sideração da estrutura de investimento da TPG LLC, ou de atos praticados pelas partes na operação de compra e venda da BFRE, e aí, deve ser verificado se as autoridades fiscais responsáveis pelo Auto de Infração em tela trouxeram ou não alegação explícita nesse sentido.

Isso porque, a descaracterização de uma operação como “realizada em bolsa”, deve necessariamente passar pela identificação, no caso concreto, de simulação, aqui com base no artigo 149, VII, do CTN.

“Simular” significa disfarçar uma realidade jurídica, encobrendo uma que é efetivamente praticada, ou que não existe, ou melhor, é aparentar algo que não existe. Assim, para que determinada operação seja considerada simulada, devem ser consideradas as características do caso concreto, demonstradas através de provas.

No caso concreto, as autoridades fiscais descon sideraram e requalificaram os atos praticados pela TPG LLC, pela Ourinvest e demais empresas envolvidas, mas, uma análise do Termo de Verificação Fiscal evidencia que, em momento algum, alegaram ter ocorrido simulação, assim como também não aplicaram a multa qualificada correspondente.

Logo, chega-se a seguinte conclusão: a fiscalização, sem base jurídica ou comprovação fática, descon siderou e requalificou os atos praticados pela TPG LLC, Ourinvest e demais empresas envolvidas.

Ora, a descon sideração de atos praticados pelos contribuintes requer não só uma demonstração clara dos fatos que a justificam, mas, também, o seu fundamento jurídico, que deve ser explicitado de forma clara até mesmo para que o Contribuinte possa exercer o seu direito de defesa.

Frise-se, o TVF não fez qualquer questionamento relativo à efetividade da realização em bolsa da operação de alienação das ações da BFRE, como também não apresentou qualquer acusação de simulação

Assim, a falta de uma clara fundamentação jurídica fulmina o lançamento nos dois pilares do Auto de Infração: tanto o questionamento da operação de compra e venda em si, quanto a desconsideração seletiva do investidor não residente direto.

Em ambos os casos, quando muito se poderia considerar da aplicação do parágrafo único do artigo 116 do CTN. Contudo, este dispositivo segue ineficaz, não podendo ser aplicado, em conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, na ADI 2.446, no sentido de que tal dispositivo para se tornar eficaz, necessita de regulamentação. Acrescente-se a isso que a fiscalização, em nenhum momento, fez referência ao parágrafo único do art. 116 do CTN.

Indo em frente, segundo a fiscalização, “a aquisição de BFRE pelos atuais controladores foi antecedida por ampla reorganização societária, ocorrida no decorrer do primeiro semestre de 2012, quando as empresas que constituíam as distintas áreas de negócio de BFRE foram preparadas para serem cindidas, e os ativos segregados para serem incorporados, direta ou indiretamente, por Banco Pan S.A. e Banco BTG Pactual S.A.”

Penso que a mera existência de uma reorganização societária prévia, usual e normal em operações desta natureza, nada diz sobre a regularidade de seus efeitos tributários. O que importa, para todos os fins, é que tivemos uma operação feita em bolsa de valores, como reconhecido pelas próprias autoridades fiscais:

“Essa aquisição se deu através de operação em bolsa de valores, por meio de leilão realizado no sistema Mega Bolsa da BM&F, em 16 de julho de 2012, quando Ourinvest Real Estate Holding, por ordem de Banco BTG Pactual e com recursos adiantados por Banco Panamericano, adquiriu a totalidade das ações ofertadas por TPG-Axon BFRE.”(TVF, p.9)

Vale dizer que a origem da ordem de compra ou dos recursos utilizados é completamente irrelevante para fins de incidência do IRRF.

De fato, não se pode perder de vista que o IRRF é um tributo do não residente. É um custo do vendedor, a TPG LLC. Consequentemente, a origem dos recursos não pode pautar a definição do regime de tributação dos ganhos auferidos pelo alienante das ações.

O salto hermenêutico que foi dado para se concluir que os beneficiários do ganho de capital se encontravam em um paraíso fiscal é ainda mais questionável.

Em primeiro lugar, deve-se reconhecer um fato: o alienante das ações foi a TPG LLC, entidade domiciliada em Delaware, nos Estados Unidos, jurisdição que não se caracteriza como país com tributação favorecida. Logo, o beneficiário direto dos ganhos de capital atendia aos requisitos para a fruição da desoneração do IRRF.

Consequentemente, qualquer tentativa de desconsideração da TPG LLC como beneficiária direta dos ganhos de capital dependeria de uma demonstração evidente de sua interposição simulada, o que, para além de qualquer dúvida, não ocorreu neste caso.

Do contrário, o que verificamos foi a apresentação de indícios, como a alegação de que “a utilização das LLC’s como meras estruturas intermediárias é conhecida, sendo as mesmas usualmente tratadas como entidades transparentes, ou “passthrough entities” (entidades de passagem), onde a incidência tributária recai não na mesma, e sim sobre seus donos, podendo estes ser residentes fora dos EUA”

Ora, as “*limited liability companies*” como se sabe, são um tipo societário absolutamente normal na legislação dos diversos estados americanos. Pretender dizer que sua

utilização indicaria alguma forma de conduta artificial é posição que deve ser rechaçada, quanto mais no caso concreto, onde não se apresenta uma prova sequer de conduta ou prática dolosa na instituição ou na manutenção de tais sociedades.

Com referência ao apontamento do “beneficiário final” da transação, é preciso compreender se a legislação do IRRF faz referência a ele.

Em 2012, período do fato gerador do tributo em tela, o investidor não residente que quisesse investir no mercado financeiro e de capitais no Brasil, deveria, obrigatoriamente, ser inscrito no CNPJ, nos termos do inciso XV do artigo 4º da Instrução Normativa RFB n.º 1.183/2011:

Art. 4º Todas as pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, inclusive as equiparadas, estão obrigadas a inscrever no CNPJ cada um de seus estabelecimentos localizados no Brasil ou no exterior, antes do início de suas atividades.

[..]

Esse procedimento era feito de forma automática quando da solicitação de registro do INR (investidor não residente) na CVM, como previsto pelo artigo 17 desta mesma IN:

Art. 17. A inscrição no CNPJ de entidade domiciliada no exterior exclusivamente para realizar aplicações no mercado financeiro ou de capitais decorre automaticamente do seu registro na CVM como investidor não residente no País, na forma da Instrução Normativa CVM n.º 325, de 27 de janeiro de 2000, vedada a apresentação da solicitação de inscrição em unidade cadastradora do CNPJ.

Parágrafo único. A inscrição no CNPJ obtida na forma deste artigo é destinada, exclusivamente, à realização das aplicações mencionadas no caput.

O artigo 8º dessa IN estabelecia, ainda, que o representante da entidade domiciliada no exterior no CNPJ deveria ser a instituição financeira responsável por administrar os bens e direitos da entidade no país, etc.

Somente a partir do dia 1º de junho de 2016, com a entrada em vigor da Instrução Normativa RFB n.º 1.634/2016, a RFB passou a exigir, adicionalmente, informações cadastrais adicionais que incluíam a cadeia de participação societária até alcançar as pessoas naturais caracterizadas como ‘beneficiárias finais’, cujo conceito foi introduzido no artigo 8º, onde se lê:

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

§ 1º Para efeitos do disposto no caput, considera-se beneficiário final:

I - a pessoa natural que, em última instância, de forma direta ou indireta, possui, controla ou influencia significativamente a entidade; ou

II - a pessoa natural em nome da qual uma transação é conduzida.

§ 2º Presume-se influência significativa, a que se refere o § 1º, quando a pessoa natural:

I - possui mais de 25% (vinte e cinco por cento) do capital da entidade, direta ou indiretamente; ou

II - direta ou indiretamente, detém ou exerce a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da entidade, ainda que sem controlá-la. [...].”

Saliente-se que, para investidores das Contas 2.689, tais informações deveriam ser apresentadas apenas em caso de solicitação específica feita pela fiscalização, nos termos do artigo 19 da IN RFB 1.634, cuja redação era a seguinte:

“Art. 19. A inscrição no CNPJ de entidade domiciliada no exterior exclusivamente para realizar aplicações no mercado financeiro ou de capitais decorre automaticamente do seu registro na CVM como investidor não residente no País, vedada a apresentação da solicitação de inscrição em unidade cadastradora do CNPJ.

§ 1º A inscrição no CNPJ obtida na forma prevista no caput é destinada, exclusivamente, à realização das aplicações nele mencionadas.

§ 2º Em até 90 (noventa) dias a partir da data de inscrição, as entidades estrangeiras qualificadas de acordo com a regulamentação da CVM, por meio de seu representante legalmente constituído e nos termos do art. 8º, devem: [...]

II - em relação às entidades abaixo qualificadas que não possuem influência significativa em entidade nacional, informar o beneficiário final e prestar as informações e apresentar os documentos de que trata o § 4º, mediante solicitação, na forma prevista no § 5º: [...]

d) qualquer entidade que tenha por objetivo a aplicação de recursos nos mercados financeiro e de capitais, da qual participem exclusivamente pessoas naturais e jurídicas residentes e domiciliadas no exterior, desde que seja registrada e regulada por órgão reconhecido pela CVM ou a administração da carteira seja feita de forma discricionária por administrador profissional registrado e regulado por entidade reconhecida pela CVM; [...]

§ 4º O representante do investidor estrangeiro deverá:

I - prestar as informações necessárias para o registro do investidor não residente;

II - manter atualizadas as informações do investidor não residente;

III - apresentar à RFB, sempre que requisitados, os seguintes documentos:

a) contrato de constituição de representante; e

b) contrato de prestação de serviço de custódia de valores mobiliários celebrado entre o investidor não residente e a pessoa jurídica autorizada pela CVM a prestar tal serviço;

IV - prestar, à RFB em relação aos investidores não residentes por ele representados, as informações e documentos relativos aos seus beneficiários finais, ainda que não possuam influência significativa nos termos do § 2º do art. 8º, mediante solicitação; e

V - comunicar à RFB, em até 30 (trinta) dias, a extinção do contrato de representação. [...]

§ 9º O prazo previsto no § 2º pode ser prorrogado por mais 90 (noventa) dias mediante pedido formalizado junto à RFB pelo representante da entidade no Brasil.

§ 10 Para efeitos do disposto nos incisos I, II e III do § 2º, presume-se influência significativa quando a entidade:

I - possui mais de 20% (vinte por cento) do capital em entidade nacional, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ela ligadas; ou

II - direta ou indiretamente, detém ou exerce a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da entidade nacional, ainda que sem controlá-la. [...].”

O detalhamento das regras para informação dos beneficiários finais de entidades domiciliadas no exterior foi introduzido, em outubro de 2017, pelo Ato Declaratório Executivo Cocad nº 9/2017–, o qual, em seu Anexo Único, classificou tais entidades em três tipos, quanto à origem da inscrição:

I. Inscritas pela RFB, que incluem as entidades titulares de direitos sobre imóveis, veículos, embarcações, aeronaves e contas-correntes bancárias;

II. Inscritas pelo BACEN, que incluem as entidades que pretendam realizar participações societárias fora do mercado de capitais ou que realizem arrendamento mercantil externo, afretamento de embarcações, aluguel de equipamentos e arrendamento simples ou importação de bens sem cobertura cambial para integralização de capital em empresa brasileiras, além de instituições bancárias do exterior que realizem operações de compra e venda de moeda estrangeira com bancos no país; e

III. Inscritas pela CVM, que incluem as atividades que realizem aplicações no mercado financeiro e de capitais, segregadas em quatro níveis de acordo com seu enquadramento como investidor, sendo:

(i) o Nível 2, aplicável a: “d) qualquer entidade que tenha por objetivo a aplicação de recursos nos mercados financeiro e de capitais, da qual participem exclusivamente pessoas naturais e jurídicas residentes e domiciliadas no exterior, desde que seja registrada e regulada por órgão reconhecido pela CVM ou a administração da carteira seja feita de forma discricionária por administrador profissional registrado e regulado por entidade reconhecida pela CVM”; e

(ii) o Nível 4, aplicável aos “entes constituídos sob a forma de trusts ou outros veículos fiduciários, sociedades constituídas com títulos ao portador e as demais pessoas jurídicas constituídas no exterior não enquadradas nas categorias anteriores (enquadram-se aqui as entidades que possuem influência significativa em entidade nacional) sempre devem informar o quadro de sócios/administradores, beneficiários finais e apresentar os documentos previstos na IN RFB nº 1.634/2016”.

O ADE Cocad 9/17 foi utilizado pela fiscalização como base para demandar diversas informações sobre os beneficiários finais da cadeia societária acima da TPG LLC.

O Banco BTG apresentou parte do detalhamento demandado pelas autoridades fiscais, ainda que não fosse obrigatório para a realização do cadastro dos clientes INRs (ou a atualização dos seus cadastros) em 2012, uma vez que a norma que estabeleceu tais exigências só foi editada em 2016 e regulamentada em 2017, como visto.

Assim, apesar da fiscalização ter citado os dispositivos da IN RFB 1.634 no decorrer do Termo de Verificação Fiscal, é de se reconhecer que a regra não estava em vigor no período fiscalizado que foi objeto da lavratura do auto de infração.

Sustenta ainda a fiscalização que a entidade situada nas Ilhas Cayman deveria ser considerada como o “beneficiário efetivo” dos ativos no Brasil, vez que dela teriam se originado os recursos investidos pela LLC no país e, conseqüentemente, incidiria, neste caso, o IRRF sobre os ganhos de capital auferidos.

Contudo, importa dizer que além de a entidade de Cayman não ser a beneficiária final dos investimentos, nos termos da legislação em vigor, a identificação do beneficiário final é irrelevante para fins de determinação do regime aplicável do IRRF quando aplicada a regra geral prevista no ADI 5/19, tendo relevância apenas na hipótese de desconsideração da jurisdição do investidor direto, quando constatada a ocorrência de fraude, dolo ou simulação. Confira-se o texto do referido Ato Declaratório Interpretativo (ADI):

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

Dispõe sobre a tributação dos rendimentos auferidos por investidor estrangeiro no País.

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

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

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

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

Na ausência de dolo, fraude ou simulação, a jurisdição do investidor direto deve ser considerada a “origem do investimento”, para fins de determinação do regime tributário aplicável, sendo irrelevante conhecer o beneficiário final, exatamente como é caso em tela.

Logo, o conhecimento quanto ao beneficiário final não enseja qualquer alteração quanto ao regime de incidência do IRRF.

Toda a estrutura do lançamento está baseada na premissa de que a entidade sediada nas Ilhas Cayman – a TPG Internacional – seria a beneficiária efetiva” dos ganhos de capital, o que trairia as regras de tributação aplicáveis a pessoas, físicas ou jurídicas, residentes em países ou dependências com tributação favorecida.

Malgrado, uma análise dos fatos trazidos no próprio Termo de Verificação Fiscal evidencia o equívoco da fiscalização.

Se, de fato, os beneficiários finais fossem de alguma forma relevantes no caso, seriam eles os investidores TPG Internacional e a TPG Axon-Partners LP, devendo eles ser considerados para fins de determinação do regime jurídico-tributário aplicável, e não apenas a entidade localizada nas Ilhas Cayman, como escolheu de forma seletiva a fiscalização.

Escolhendo uma entidade, entre as duas existentes, parece-me que a fiscalização pretendeu eleger, de forma seletiva e sem qualquer critério jurídico, um beneficiário que daria suporte à posição que buscavam defender, apontando simplesmente a entidade TGP Internacional como a beneficiária.

A questão ganha relevo quando verificamos que a TPG Internacional não era detentora de 100% da participação societária na TPG LLC, pois detinha 65%, sendo os 35% restantes detidos pela TPG-Axon Partners, LP, entidade também domiciliada em Delaware, nos Estados Unidos.

Nestes termos, sem embargos, não há qualquer fundamento na pretensão de desconsideração da estrutura de investimento da TPG LLC.

Por fim, com referência ao fato da entidade de Delaware ser uma “LLC”, necessária verificar se este fato teria algum impacto sobre a interpretação da legislação tributária da questão da perspectiva brasileira.

Sobre esse ponto, a decisão recorrida, assim consignou:

“tendo em vista a condição da empresa como uma LLC, que como já esclarecido anteriormente não tributa o Imposto de Renda nos EUA, me parece claro que a origem dos investimentos, conforme informado pelo Fisco, é um país de tributação favorecida, estando enquadrada a operação, na tributação do Imposto de Renda Retida na Fonte, no constante [sic] do § 2º do Artigo 16 da Lei 2.189 de 2001”.

Como já se disse, as LLCs são uma forma societária regulada pela legislação de cada estado americano e que possuem um regime especial de tributação para fins de Imposto de Renda federal nos Estados Unidos. Esta característica do regime tributário é local, sem nenhuma relação com o seu tratamento para fins de aplicação da legislação tributária brasileira.

Com efeito, para fins societários, as LLCs são entidades que transacionam em nome próprio, e assim essas entidades são vistas pela legislação tributária brasileira, como entes com personalidade própria e que agem em nome próprio, não em nome de seus sócios.

Logo, também em relação a este item somente se poderia cogitar de desconsideração do investidor não residente direto – a TPG LLC – caso se tivesse alegado e demonstrado a ocorrência de simulação. Do contrário, não há razões para se pretender ignorar o regime jurídico que seria aplicável a esta pessoa jurídica.

Nestes termos, cancela-se a exigência tratada nesses autos.

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

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto por rejeitar as preliminares de nulidade e acolher a arguição de decadência para considerar ocorrida a decadência do direito do Fisco de constituir o crédito tributário em tela. Vencido quanto ao tema decadência, no mérito, voto por dar provimento ao recurso voluntário para cancelar integralmente a exigência.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza

Declaração de Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa

Da decadência

Dirirjo do entendimento do E. Relator no que se refere ao que defendeu em sessão de que se operou a decadência do direito do Fisco de tributar o Imposto de Renda na fonte sobre ganho de capital em operação em bolsa de valores.

Trata-se de Auto de Infração relativo ao Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF, fls. 02 a 07, lavrado contra a contribuinte já qualificada nos autos. Exige-se o crédito tributário no montante de R\$ 69.837.234,94, já incluídos os juros moratórios e a multa de ofício.

O Auto de Infração se destina ao lançamento do Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF incidente sobre o ganho de **capital auferido pelo investidor estrangeiro** domiciliado no exterior, TPG-Axon BFRE Holding LLC, oriundo da alienação de sua participação societária em Brazilian Finance & Real Estate S.A (BFRE), CNPJ 02.762.113/0001-50. Incumbia ao adquirente das ações, Ourinvest Real Estate Holding S.A (**como representante**), CNPJ 07.951.440/0001-73, a retenção do Imposto de Renda auferido pelo investidor estrangeiro, o que efetivamente não ocorreu em nenhum montante.

Dentre as condições prévias para a compra definitiva de BFRE figurava a compra da participação acionária do sócio estrangeiro TPG-Axon BFRE Holding LLC, CNPJ 15.755.584/0001-82, sociedade norte-americana domiciliada no estado de Delaware, detentora de 45,03% do capital social da empresa. Essa aquisição se deu através de operação em bolsa de valores, por meio de leilão realizado no sistema Mega Bolsa da BM&F, em 16 de julho de 2012, quando Ourinvest Real Estate Holding, por ordem de Banco BTG Pactual e com recursos adiantados por Banco Panamericano, adquiriu a totalidade das ações ofertadas por TPG-Axon BFRE.

A questão preliminar que precisa ser apreciada é se houve decadência do direito do Fisco de tributar pelo Imposto de Renda sobre ganho de capital a operação em bolsa de valores, considerando-se todas as peculiaridades do caso concreto, em especial o fato de tratar-se de venda que o Recorrente alega estar acobertada pela isenção prevista no §§ 1º e 2º do art 16 da MP nº 2.189-49/01, c/c art. 81 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995 .

O prazo decadencial deve ser contado a partir do fato gerador do tributo (§ 4º do art. 150 do CTN) - lançamento por homologação, quando houver pagamento antecipado - ou do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (inc. I do art. 173 do CTN) - lançamento direto.

Ou seja, a contagem do prazo decadencial tem pertinência com o fato gerador do tributo, sendo mister considerar qual a data em que se considera configurado o fato gerador do tributo específico.

Para a contagem com base no § 4º do art. 150 do CTN, a Recorrente alega que há recolhimento de IRRF, que permite que o prazo decadencial seja contado a partir da ocorrência do fato gerador (§ 4º do art. 150 do CTN).

A fiscalização aplicou o prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, pelo fato de entender não haver pagamento antecipado dos tributos lançados no auto de infração.

Os ganhos de capital nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, para investimentos sujeitos ao regime especial do art. 783 do RIR/99 (investidores estrangeiros), sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, de forma isolada e definitiva, consoante determina o art. 784 do mesmo RIR/99.

O fato gerador da incidência na fonte, neste caso, é o **pagamento, crédito, entrega, emprego** ou **remessa** dos ganhos (art. 100 do Decreto-Lei nº 5.844, de 23 de setembro de 1943; art. 784 do RIR/99).

Conforme descrito no Acórdão Recorrido, e conforme relatórios extraídos dos sistemas eletrônicos de processamento de dados RFB, não houve pagamento pela autuada no período

aventado (16 de julho de 2012), de valores relativos às transações em bolsa de valores, com ganho de capital relativa à operação citada. Também não foram localizados os respectivos recolhimentos na documentação (e-fls. 523 a 542), apresentada pela interessada.

Desta forma, deve-se aplicar o prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, pelo fato de não ter havido pagamento pela autuada no período aventado (16 de julho de 2012) do tributo lançado no auto de infração.

Assinado digitalmente
Lizandro Rodrigues de Sousa

Declaração de Voto

Conselheiro Iágaro Jung Martins,

A presente declaração se faz necessária em razão de que o entendimento que sustentei nessa sessão de julgamento é o de que o responsável tributário pelo investidor estrangeiro, beneficiário de um regime tributário mais favorecido, tem o dever de demonstrar que a situação fática se subsume à hipótese prevista em lei de exclusão da tributação.

No caso presente, a Recorrente declarou que o beneficiário do ganho de capital se enquadrava na situação de não tributação do IRRF, previsto no art. 81, § 1º, da Lei nº 8.981, de 1995, que exclui da incidência do imposto os ganhos auferidos pelas entidades mencionadas nos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei nº 2.285, de 23 de julho de 1986, isto é, rendimentos e ganhos de capital auferidos por residentes no exterior.

Por sua vez, o art. 16 da MP nº 2.189, de 2001, atribuiu dever de nomear instituição financeira responsável pela cumprimento dessas obrigações tributárias (§ 3º), bem assim de excluir do regime privilegiado investimentos oriundos de país que não tribute a renda ou, em a tributando, o faça com alíquota inferior a vinte por cento (§ 2º).

Diante da hipótese legal, é dever do responsável pela obrigações tributárias demonstrar de forma inequívoca se tratar de investidor estrangeiro e, ultrapassada essa demonstração, comprovar que o mesmo não está situado em jurisdição de baixa tributação (ditos paraísos fiscais ou regimes fiscais privilegiados).

Quando o responsável não logra demonstrar a situação prevista na qual a lei autoriza o auferimento da regra excepcional de não tributação, a consequência jurídica a

subsunção ao regime geral, isto é, submeter a remessa à retenção do IRRF, exatamente como procedeu a Autoridade Fiscal em detalhado e diligente procedimento de auditoria.

Essa demonstração não se restringe ao aspecto formal, isto é, limitar-se à entidade, que, em primeiro nível, se apresenta para fins de registro no cadastro CNPJ, como no caso, aconteceu com a TPG-Axon BFRE Holding LLC, domiciliada em Delaware/EUA, que formalmente auferiu o ganho de capital, mas cujos recursos foram direcionados para Ilhas Cayman.

Durante o procedimento de fiscalização, ficou evidenciado que os sócios do investidor estrangeiro são TPG-Axon Partners Ltd (*offshore*) e TPG-Axon Partners LP, sem identificar, contudo, os ativos e sua origem.

É fato incontroverso que as entidades LLC, situadas em Delaware/EUA são entidades intermediárias, veículos de passagem, tratadas como entidades transparentes (*passthrough entities*), não submetida ao imposto de renda, que incide diretamente sobre os seus investidores, residentes ou não naquele país.

Dessa forma, o entendimento que sustentei na presente sessão de julgamento é o da necessidade de identificação dos reais investidores da referida LLC, sobretudo para se verificar (i) se, de fato, são não residentes e (ii) caracterizados como não residentes, se não estão situados em jurisdição que não tribute a renda ou a tribute com alíquota inferior a vinte por cento.

Apenas quando o responsável tributário no Brasil demonstra essa situação é que legitimamente poderia atrair a hipótese de não tributação do IRRF. No caso sob análise, não houve a demonstração efetiva de subsunção à hipótese de exclusão de tributação, isto é, de que materialmente a hipótese de não tributação foi atendida.

Ocorre que, posteriormente à constituição do lançamento, a Secretaria Especial da Receita Federal editou o Ato Declaratório Interpretativo (ADI) nº 5, de 17 de dezembro de 2019, que possui a seguinte redação:

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

Dispõe sobre a tributação dos rendimentos auferidos por investidor estrangeiro no País.

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

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

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

DÉCIO RUI PIALARISSI (g.n)

Data máxima vênua, o ADI chancela o aspecto formal sobre a identificação efetiva dos beneficiários finais dos investimentos feitos no País, isto é, basta que os investidores sejam formalmente identificados como estrangeiros, limitando, a contrário sensu, a identificação do real beneficiário aos casos de dolo, fraude ou simulação, numa clara inversão do ônus probatório de quem busca se enquadrar na hipótese de não tributação para aquele que tem o mister de verificar o adequado cumprimento da norma tributária.

É de se estranhar o caráter interpretativo do ato, sobretudo porque parece desconhecer a quase impossibilidade de a Administração Tributária identificar hipóteses de dolo, fraude ou simulação quando tem como única fonte de informação o responsável indicado pelo investidor estrangeiro ou ainda supor que eventual pacto simulatório sobre o real beneficiário final dos investimentos será fornecido mediante intimação.

Embora o ADI nº 5, de 2019, não vincule os Conselheiros do CARF, o fato é que o processo administrativo fiscal tem como finalidade dirimir litígios e não perpetuá-los.

No caso, não há sentido prático algum em prevalecer entendimento diverso do referido ato interpretativo no âmbito do contencioso administrativo, que resultaria em inscrição do débito em Dívida Ativa da União e, ato contínuo, obrigar o sujeito passivo a ingressar em juízo para demonstrar que o entendimento da Administração Tributária, manifestado posteriormente ao lançamento, extingue a motivação da exigência fiscal.

Enfim, se a Administração Tributária, no uso de seu regular poder interpretativo das normas tributárias, entende que o aspecto formal deve prevalecer para fins de identificação do investidor estrangeiro, não compete ao CARF aprofundar qualquer tipo consideração sobre o

beneficiário efetivo ou final dos investimentos no País, exceto quando a Autoridade Fiscal lograr demonstrar a existência de dolo, fraude ou simulação.

Pelo exposto, a partir da análise e reflexão sobre os efeitos no ADI n.º 5, de 2019, alterei minha posição sobre o mérito do presente lançamento de ofício e votei pelo provimento do Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Iágaro Jung Martins