



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 16561.720179/2017-56  
**Recurso** De Ofício  
**Acórdão nº** 1301-006.807 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 12 de março de 2024  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** ITAU UNIBANCO S.A.

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

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

**DECADÊNCIA.**

Súmula CARF nº 114: O Imposto de Renda incidente na fonte sobre pagamento a beneficiário não identificado, ou sem comprovação da operação ou da causa, submete-se ao prazo decadencial previsto no art. 173,I, do CTN. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

**PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. PRESUNÇÃO LEGAL. EXASPERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO INDEVIDA. INADEQUAÇÃO DOS FATOS A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. NULIDADE POR VÍCIO MATERIAL.**

Diante da impossibilidade de ter sido utilizado o art. 61 da Lei n. 8.981/1995 como fundamento para a aplicação da exasperação da base de cálculo presumida e incidência da alíquota de 35% para a exigência do IRRF, bem como da impossibilidade de ter o fisco se baseado na Lei n. 9.613/1998, na Instrução CVM n. 301/1999 e na Circular BACEN n. 3.461/2009, como meios de também justificar a necessidade de identificação do beneficiário final (pessoa natural controladora), beneficiária dos pagamentos, configurado está o vício material.

**IRRF. ADMINISTRADORA DE FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO.**

Consoante disposição do art. 25 da IN RFB n. 1.022, que dispõe sobre o imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos e ganhos líquidos auferidos nos mercados financeiro e de capitais, ressalvada a responsabilidade do próprio contribuinte pelo pagamento do imposto de que trata o § 1º, a instituição administradora do fundo é responsável pela retenção e recolhimento do imposto até o 3º (terceiro) dia útil subsequente ao decêndio de ocorrência dos fatos geradores.

**MULTA QUALIFICADA. FALTA DE CONSTATAÇÃO DE SONEGAÇÃO, FRAUDE E CONLUÍO. INAPLICABILIDADE.**

Descabe a aplicação da multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, quando não constatada na autuação em julgamento a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer o recurso e, no mérito, em negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Relator

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

## Relatório

Trata-se de Recurso de Ofício contra o acórdão n.º 101-013.198, proferido pela 11ª Turma da DRJ/01, que, ao apreciar a Impugnação apresentada, entendeu, por unanimidade de votos, julgá-la procedente, para tornar nulo por vício material o auto de infração discutido nestes autos, por ofensa ao art. 142 do CTN.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito, complementando-o ao final:

*O contribuinte supra identificado teve contra si lavrado o auto de infração - AI relativo ao IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF (Auto de Infração - AI às fls. 661 a 667), em decorrência da Infração: IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO, conforme Termo de Verificação Fiscal, pelos fatos ocorridos durante os anos-calendário de 2012 a 2014, isso de acordo com a "Descrição dos Fatos" constante no AI. O procedimento de fiscalização está pormenorizado em Termo de Verificação Fiscal, parte integrante do AI, às fls. 669 a 736.*

*Os valores lançados no Auto de Infração, incluídos as multas e os juros moratórios incidentes até a data de encerramento da ação fiscal, referem-se a fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 2012 a 2014 e constam do quadro a seguir.*

### Resumo – Valores Lançados no Auto de Infração

Tributo	PRINCIPAL	MULTA (150%)	JUROS	TOTAL
IRRF	90.551.492,89	135.827.239,31	48.113.545,90	274.492.278,10

#### I) DA AUTUAÇÃO

*Do Termo de Verificação Fiscal - TVF, documento de 68 laudas, de fls. às fls. 669 a 736, parte integrante do auto de infração, extraem-se, em resumo, as seguintes informações:*

*Preliminarmente, o TVF descreve o contexto da fiscalização. Dessa parte extraem-se os seguintes excertos, de interesse para esta análise:*

## INTRODUÇÃO

...

*Cumprir informar, ainda, que a presente fiscalização esteve amparada pelo TDPF n.º 08.1.85.00-2015-00103-1, voltado inicialmente à validação dos benefícios contidos no caput do art. 3.º da Lei n.º 11.312, de 27/06/2006, e aplicados aos rendimentos auferidos por beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, individuais ou coletivos, representados tributariamente, no presente caso, pelo Itaú Unibanco.*

*Adicionalmente, informamos que o presente lançamento abrange apenas o investidor não residente Educational.*

*Em resumo, durante os procedimentos fiscais que visavam inicialmente verificar os desinvestimentos em favor de investidores não-residentes e a fruição do benefício fiscal de alíquota zero incidente sobre os rendimentos auferidos por eles nas aplicações em fundos de investimento de que trata o art. 2.º da Lei n.º 11.312/2006, constatamos que o contribuinte em epígrafe, embora intimado a comprovar desde o início do procedimento fiscal quem eram os BENEFICIÁRIOS FINAIS das aplicações efetuadas no Brasil, não logrou êxito em comprovar adequadamente quem eram esses investidores beneficiários.*

*De acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional e os artigos 128 do Código Tributário Nacional e 780 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto n.º 3.000, de 26/03/1999) o investimento estrangeiro 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 pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado.*

*Durante os procedimentos de diligência e de fiscalização, o Itaú Unibanco, na condição de responsável legal/tributário destes beneficiários, além de não os identificar completamente, deixou de apresentar a cadeia, ou as cadeias, de beneficiários que estavam acima dos mesmos, não possibilitando a identificação dos reais beneficiários, conforme abaixo exemplificado:*

*...Transcreve quadro.*

*Suponhamos que o investidor 1, estabelecido em Delaware – EUA seja formado pela associação de outros 03 (três) investidores. Não bastaria que a fiscalizada o identificasse, posto que este não corresponde ao real titular do investimento e ao real beneficiário do desinvestimento. Conforme prevê a legislação brasileira, também é necessária a identificação das pessoas ligadas e a comprovação de forma inequívoca do(s) real(is) proprietário(s) dos recursos.*

*Em apertada síntese, sem o cumprimento pela fiscalizada da plena identificação dos beneficiários, não haveria como validar que 1, 2, 3 e 4 não seriam pessoas ligadas, no esquema hipotético acima, conforme determina a legislação. Para tanto, seria imprescindível a identificação não apenas dos cotistas Investidores não-residentes (Resolução CMN n.º 2689, de 26/01/2000), mas também de toda a cadeia que porventura esteja acima destes, possibilitando a identificação dos reais beneficiários para verificar o atendimento do previsto na legislação (§§ 1.º e 2.º do art. 3.º da Lei 11.312/2006). Do contrário, ou seja, não sendo possível identificar toda a estrutura, impossível a concessão do benefício fiscal em comento.*

*Entende-se o beneficiário final como a pessoa física ou jurídica não constituída com o único ou principal objetivo de economia tributária que aufera esses valores por sua própria conta e não como agente, administrador fiduciário ou mandatário por conta de terceiro, ou seja, a pessoa física ou jurídica dotada de capacidade contributiva e que atua em proveito próprio.*

*Além do mais, no presente caso, a fiscalizada apresentou como domicílio no exterior do investidor Educational, endereço que, pelas características, seguramente, como se verá no decorrer deste Termo, não corresponde a endereço onde se possa desenvolver*

*quaisquer atividades econômicas ou financeiras e portanto foi considerado por esta auditoria fiscal como endereço fictício.*

*Durante a ação fiscal, constatou-se que a fiscalizada ao não identificar os reais beneficiários, baseando-se exclusivamente nas informações prestadas, e não validadas, pelos investidores não residentes, impossibilitou que a autoridade fiscal aplicasse o arcabouço legal maior que determina a identificação de qualquer sujeito passivo, não excluindo os não residentes, nos termos do art.145, § 1º da Constituição Federal, do art. 142 do CTN e da Lei nº 8.981, de 20/01/1995. Ou seja, para fins tributários não se trata apenas de estar corretamente cadastrado ou não em algum lugar.*

*Ainda em relação à não identificação do real beneficiário, convém realçar que a fiscalizada também desconsiderou a Lei nº 9.613, de 03/03/1998 que trata, entre os seus assuntos, da lavagem de dinheiro, a Instrução CVM nº 301, de 16/04/1999 e a Circular Bacen nº 3.461, de 24/07/2009, que dispõe sobre a identificação e o cadastro de clientes de instituições financeiras.*

*Portanto, a inobservância pela fiscalizada destas normas jurídicas, além de impossibilitar a competente identificação das pessoas envolvidas e dos verdadeiros titulares dos investimentos, impediu a devida verificação de regularidade das operações.*

*Em assim sendo, e apurada a existência de pagamentos em relação aos quais não seja possível a identificação dos beneficiários, é legalmente autorizada a incidência de imposto de renda exclusivamente na fonte, com base na presunção de se tratar de pagamento de rendimento tributável, sujeito a uma alíquota diferenciada, em face das circunstâncias indicativas de irregularidade na identificação do terceiro beneficiado.*

*Convém destacar que, nos termos da norma jurídica esculpida no art. 61 da Lei nº 8.981/95, a identificação do real beneficiário de quaisquer pagamentos é um dos requisitos necessários para se admitir a regularidade do cumprimento das obrigações tributárias pelos contribuintes.*

*“Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.”*

*Em não o fazendo, resta legítima a incidência de IRRF devido pela fonte pagadora na qualidade de responsável tributário, nos termos do art. 128 do CTN.*

*O que será demonstrado neste Termo é que a postura de representar “alguém que não conhece quem é” adotada pela fiscalizada, impediu a correta identificação dos reais investidores, o que impacta, inclusive, a verificação se, de fato, os mesmos são não residentes no país, tendo como contrapartida grave lesão à Fazenda Nacional.*

*O objeto principal da presente autuação corresponde à apuração do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, incidente sobre os pagamentos efetuados pela fiscalizada a beneficiários não identificados e cujas bases de cálculo foram reajustadas por força do disposto no artigo 61 da Lei nº 8.981/95, vez que meros registros bancários (ou meras contas bancárias) travestidos de empresas estabelecidas e/ou localizadas no exterior (offshores) não têm o condão de escudar o contribuinte das obrigações tributárias que lhes são imputadas.*

*Nos Itens 2 e 3 deste Termo, consta a caracterização da fiscalizada e a descrição da operação em análise.*

*Nos item 4 trataremos do desenvolvimento da ação fiscal, da análise dos documentos apresentados, das pesquisas efetuadas por esta auditoria fiscal e os resultados obtidos, levando-se ainda em conta todas as particularidades que conduziram às conclusões de que os contratos de câmbio se prestaram a efetuar pagamentos a beneficiários não identificados.*

*Nos Itens 5 e 6 serão apresentados o montante dos pagamentos e das bases de cálculos recompostas, os tributos lançados e a qualificação da multa de ofício ao patamar de 150% em razão da ação intencional da fiscalizada e do diligenciado de evadir-se do*

*pagamento dos tributos devidos, e quais foram os processos lavrados na presente ação fiscal.*

*Essa é a breve síntese da presente autuação. A seguir, passamos a descrever e a comprovar cada um dos seus elementos.*

#### DA CARACTERIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA FISCALIZADA

*Consiste a fiscalizada em uma sociedade anônima de capital fechado, registrada na JUCESP sob NIRE n.º 35.300.023.978, em 22/08/1944, cuja última denominação social é ITAÚ UNIBANCO S.A.*

*Conforme a consolidação do Estatuto Social constante na AGE de 17/11/2016, registrada na JUCESP sob n.º 108.742/17-9, em 03/03/2017, a fiscalizada tem por objeto social:*

*“(…) a atividade bancária em todas as modalidades autorizadas, inclusive a de operações de câmbio (Art. 2º);*

...

#### DA OPERAÇÃO ECONÔMICA ANALISADA

*A operação econômica analisada nesta auditoria fiscal teve como ênfase inicial a identificação dos beneficiários finais dos cotistas de fundos de investimento em participações, não residentes no país, com vistas à delimitação do grau de aderência das transações por eles praticadas aos ditames legais.*

*Entende-se o beneficiário final como a pessoa física ou jurídica que, em última instância, de forma direta ou indireta, possui, controla ou influencia significativamente uma determinada entidade, ou seja, a pessoa física ou jurídica dotada de capacidade contributiva e que atua em proveito próprio. Nesse sentido, o conhecimento desse relacionamento por parte da administração tributária e aduaneira, bem como pelas demais autoridades de fiscalização, controle e de persecução penal, é fundamental para a devida responsabilização e penalização de comportamentos à margem das leis.*

*De acordo com o parágrafo 1º do art. 1º da Resolução CMN n.º 2.689/2000, temos que a comprovação do endereço também é outro aspecto fundamental na identificação do investidor não residente:*

*“Parágrafo 1º Para fins do disposto nesta Resolução, consideram-se investidor não residente, individual ou coletivo, as pessoas físicas ou jurídicas, os fundos ou outras entidades de investimento coletivo, com residência, sede ou domicílio no exterior.” (Grifamos).*

*Como visto acima, no caso de investidores não residentes que não sejam pessoas físicas, a indicação do endereço de sua sede ou domicílio é fundamental para a comprovação de estarem estabelecidos fora do território nacional e de que não se situam em paraísos fiscais ou países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% (vinte por cento) ou, ainda, cuja legislação interna não permita acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade.*

*Forçoso concluir então, que nas operações realizadas no Brasil, para a identificação plena do investidor não residente, é necessário saber com precisão e sem sombra de dúvidas onde se situa seu estabelecimento principal, qual o endereço de sua sede ou domicílio no exterior e quem são seus beneficiários efetivos, dados estes que deverão estar em conformidade com a legislação pátria.*

*Melhor detalhado nas próximas páginas, constatou-se que os investidor Educational, embora com domicílio declarado no Reino Unido, era na verdade a controlada de uma empresa sediada nas Ilhas Cayman “funcionando” no endereço de uma empresa especializada em fornecimento de domicílio fiscal para empresas offshore, servindo apenas como endereço para correspondência.*

*Em pesquisas realizadas apurou-se que estes investidores ostensivos, os quais a fiscalizada entende estarem identificados, são na verdade meros intermediários dentro de uma vasta cadeia de empresas interpostas.*

*Claro que a mera apresentação de uma cadeia de sociedades intermediárias (Delaware, Cayman, Reino Unido, etc.) não substitui a identificação do beneficiário, usufruidor final. Assim, na hipótese de não atendimento pela fiscalizada de uma intimação de identificação do beneficiário final ou de mera apresentação de uma cadeia de outras sociedades intermediárias no seu quadro de sócios ou de quotistas, deve se considerar o beneficiário não identificado.*

*...Insere quadro.*

*A não identificação plena dos reais detentores dos ativos possibilita a ocorrência de inúmeras irregularidades. A título de exemplo, citamos:*

- i) Planejamento Tributário abusivo, tendo Fundos de Investimento como veículo;*
- ii) Dupla não tributação (nem no país da fonte, nem no país do "residente");*
- iii) Incompatibilidade entre patrimônio declarado e o patrimônio investido em Fundos de Investimento;*
- iv) Integralização de cotas com ativos sem a apuração do tributo devido, nos casos de ocorrência de ganho de capital.*

*A possibilidade da ocorrência das irregularidades apontadas acima assim se justifica: resta notório que investidores do mundo inteiro (brasileiros ou não) constituem fundo em paraíso fiscal (ex. Cayman) que passa a ser sócio de uma sociedade nos EUA, na maioria das vezes uma "LP – Limited Partnership ou LLC – Limited Liability Company" que, em determinadas situações, como se verá, optará por um regime tributário diferenciado (sociedade fiscalmente transparente) que visa a redução dos efeitos da bitributação.*

*No entanto, se esses membros (quotistas/proprietários) são não residentes nos EUA e não há fato gerador nos EUA das operações da sociedade fiscalmente transparente, não há qualquer tributação naquele país.*

*Aqui no Brasil, essas sociedades, por intermédio de representação entregue a pessoa jurídica autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil, passa a investir no mercado financeiro nacional, aí incluído o Fundo de Investimento em Participações – FIP.*

*Entretanto, o Brasil não enxerga a sociedade fiscalmente transparente desta forma, mas sim como uma entidade domiciliada nos EUA (daí o caráter híbrido que gera a dupla não tributação). Ou seja, o Brasil não enxerga que os beneficiários efetivos possam estar em país de tributação mais favorecida ou mesmo que sejam residentes no Brasil, o que lhes impediria o gozo da alíquota zero sobre o ganho de capital, amortização e rendimentos das quotas do FIP.*

*No decorrer dos trabalhos, constatou-se que nem a fiscalizada, e tampouco os diligenciados, demonstraram verdadeiro interesse na identificação destes investidores não residentes, haja vista a postura adotada de apenas apresentar os dados cadastrais simplificados constantes nos formulários de identificação estabelecidos pela Resolução CMN n.º 2.689/2000. Esta postura permaneceu inalterada até mesmo por ocasião das remessas de recursos financeiros ao exterior.*

*...Transcreve quadro.*

*Inicialmente, para uma melhor compreensão, traçaremos uma visão teórica, a partir da análise de alguns normativos que dispõem sobre as aplicações do investidor não residente nos mercados financeiro e de capitais e sua completa identificação.*

*Da legislação específica e seus principais aspectos*

*Em consonância com o texto constitucional, a legislação brasileira não distingue os nacionais dos estrangeiros. A discriminação se dá entre os residentes e os não-residentes, independentemente da nacionalidade.*

*Não-residentes são as pessoas que não têm domicílio no País, as que têm domicílio aqui, mas se ausentam do País por mais de 180 dias no ano, as que trabalham no Brasil com visto de trabalho temporário, dentre outras hipóteses expressamente previstas em lei.*

*De acordo com as normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, os investidores não residentes estão autorizados a investir seus recursos nos mesmos produtos do mercado financeiro e de capitais disponíveis aos investidores brasileiros.*

*O critério utilizado para classificar o investidor como não residente ou brasileiro não é o da nacionalidade, mas sim o do país de residência. Ou seja, são considerados investidores residentes as pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas ou com sede no Brasil. Consequentemente, são investidores não residentes as pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas ou com sede no exterior.*

*Para investir em nosso País, como se trata de não-residente, o investidor estrangeiro deverá percorrer as seguintes etapas:*

*Na seqüência o TVF descreve os passos necessários para o não-residente investir no País e posteriormente continua nos seguintes termos:*

#### *Do Cadastro Simplificado de Investidor Não Residente*

*Nas instituições financeiras o cadastro de investidores não residentes, assim como dos investidores residentes, deve possuir o conteúdo mínimo determinado em normas específicas. No caso dos investidores não residentes existem duas alternativas possíveis, descritas a seguir.*

*Segundo a Instrução CVM nº 505/2011, os investidores não residentes podem ter seu cadastro de clientes seguindo as regras gerais – cadastro completo– ou, no âmbito do mercado de valores mobiliários, visando flexibilizar as regras de investimentos externos, simplificar e agilizar o processo de cadastramento do investidor estrangeiro no Brasil, o cadastro simplificado.*

*De modo que, o cadastro de forma simplificada, adotando para tanto as normas estabelecidas pelas bolsas de valores e entidades administradoras de mercados de balcão organizado, previamente aprovadas pela CVM, é facultado apenas nestas situações, e assim mesmo, mediante a garantia de ser possível a obtenção do cadastro completo quando necessário ou exigido por autoridades de fiscalização ou controle.*

*Para a adoção da forma simplificada de cadastramento, o investidor não residente deverá ser cliente de instituição intermediária estrangeira, na qual deverá estar devidamente cadastrado na forma da legislação aplicável no país de origem daquela instituição. Além disso, o intermediário estrangeiro deverá assumir, perante o intermediário local, a obrigação de apresentar, sempre que solicitado, e devidamente atualizadas, todas as informações exigidas pela CVM sobre cadastramento de investidores no âmbito do mercado de valores mobiliários e outras informações exigidas por órgãos públicos brasileiros com poderes de fiscalização.*

*Para a adoção do cadastro simplificado, o país de origem da instituição intermediária estrangeira não pode ser avaliado como país de alto risco em matéria de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, nem tampouco ser considerado como um país não-cooperante com os organismos internacionais no combate a esses ilícitos. Além disso é exigido que o órgão regulador do mercado de capitais do país de origem da instituição intermediária estrangeira tenha celebrado com a CVM acordo de cooperação mútua que permita o intercâmbio de informações financeiras de investidores.*

*A instituição intermediária local deverá estabelecer critérios que lhe permitam avaliar o grau de confiabilidade da instituição intermediária estrangeira, adotando medidas que lhe assegurem que as informações cadastrais do cliente serão, sempre que*

solicitadas, prontamente disponibilizadas pela instituição estrangeira. A corretora local deverá, também, se certificar de que a instituição estrangeira adota práticas adequadas de identificação e cadastramento de clientes, de acordo com a legislação aplicável no país em que aquela instituição esteja localizada.

Especificamente, no que diz respeito ao cadastro simplificado do Investidor Não Residente, convém destacar que o intuito do Conselho Monetário Nacional, a partir da edição da Resolução CMN n.º 2.689/00, quando foram regulamentados diversos aspectos operacionais, destacando-se o que tratou de aspectos relativos à identificação de tais investidores (Vide Anexo desta resolução), foi o de estimular aplicações de investidores não-residentes nos mercados financeiro e de capitais.

Entretanto, este ato não elimina a cautela necessária e razoável das instituições financeiras no que tange à identificação e ao conhecimento de seus clientes investidores não residentes, tampouco supera a condição e a necessidade prévias de aprovação dos dados reportados pelo investidor não-residente conforme previsto nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 9.613/98, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores.

#### Dos Tipos de Contas

O investidor não residente pode adotar as seguintes condições para ingresso no País:

- a) Titular de Conta Própria; ou
- b) Titular de Conta Coletiva (“ônibus”); e/ou
- c) Participante de Conta Coletiva (“passageiro”).

O registro de titular de conta própria permite ao investidor operar apenas em seu próprio nome. O registro de titular de conta coletiva autoriza o titular da conta a operar tanto em nome próprio como por conta de outros investidores não residentes, admitidos como participantes da conta coletiva e conhecidos no mercado como “passageiros”. Finalmente, o registro de participante de conta coletiva (“passageiro”) é dado ao cliente do titular da conta coletiva anteriormente descrita e conhecido no mercado como “ônibus”.

Além de investir recursos próprios, o titular de conta coletiva tem a possibilidade de trazer clientes, auferindo receitas pelos serviços prestados aos participantes clientes e rateando entre os participantes os custos incorridos.

O investidor não residente pode ser titular e participar de uma ou mais contas. O titular de conta coletiva pode operar recursos próprios nessa conta, desde que tenha sido solicitado, em seu nome, registro para esse fim.

O número do registro atribuído pela CVM (Código SIE-CVM) deve constar de todas as operações realizadas em nome de cada investidor participante de conta coletiva ou titular de conta própria, permitindo assim:

- a) A identificação dos investidores nas operações realizadas; e
- b) A segregação entre as ordens do titular e de cada um dos participantes da conta.

Da análise da Resolução CMN n.º 2.689/2000, se observa que a identificação simplificada do investidor não residente no âmbito do mercado de valores mobiliários, mediante certas garantias, também se justifica pelo fato dos investidores coletivos estarem sujeitos à fiscalização, na maioria das vezes, por autoridade governamental competente ou órgão reconhecido pela Comissão de Valores Mobiliários (item 5, “a” a “f”, do Anexo da resolução).

Por fim, não podem ser titulares de contas coletivas os investidores pessoas jurídicas constituídas no exterior não enquadrados nas categorias anteriores ou as pessoas físicas residentes no exterior (item 5, “h” e “i”).

#### Do Registro no Banco Central

Os recursos ingressados no País nos termos da Resolução CMN n.º 2689/2000 sujeitam-se a registro no Banco Central, efetuado de forma declaratória e por meio eletrônico.

*O representante do investidor não residente será o responsável pelo registro destas operações.*

*O Registro Declaratório Eletrônico – RDE inicial e suas atualizações constitui requisito obrigatório para quaisquer movimentações com o exterior e deve ser providenciado antes delas. O número do RDE deve constar no campo apropriado do contrato de câmbio em todas as operações realizadas em nome do investidor não residente.*

*O RDE é necessário nas aplicações, resgates, rendimentos, ganhos de capital, transferências e outras movimentações decorrentes dos investimentos efetuados nos termos da Resolução CMN n.º 2689/2000.*

*Nas remessas ao exterior a título de rendimento, retorno e ganho de capital, o banco interveniente é responsável pela verificação dos documentos a serem apresentados pelo custodiante ou representante do investidor não residente, os quais devem comprovar a distribuição de rendimentos, a propriedade e a venda dos ativos que os geraram ou foram alienados e o recolhimento dos tributos devidos.*

...

#### DO DESENVOLVIMENTO DA AÇÃO FISCAL

*Em 26/05/2015, demos início ao procedimento fiscal através da lavratura do Termo de Início de Ação Fiscal que, encaminhado por via postal com Aviso de Recebimento – AR, foi recebido pelo contribuinte em 02/06/2015.*

*Posteriormente, a fiscalizada tomou ciência postal dos Termos de Intimação Fiscal n.ºs 02 a 05, respectivamente em 28/08/2015, 23/11/2015, 15/02/2016, 15/04/2016 e 13/05/2016. Para as intimações n.ºs 06 a 19, a fiscalizada tomou ciência eletrônica em 01/07/2016, 01/08/2016, 11/11/2016, 21/12/2016, 08/05/2017, 26/06/2017, 16/08/2017, 28/09/2017, 10/11/2017, 20/11/2017, 29/11/2017, 05/12/2017, 07/12/2017 e 12/12/2017.*

*Atendendo às intimações a fiscalizada apresentou, entre outros documentos, cópias dos contratos de Representação e de Custódia celebrados com os investidores não residentes titulares das contas coletivas (“ônibus”) e, em relação àqueles integrantes das contas coletivas (“passageiros”), dos formulários de registro de investidor não residente de que trata o Anexo da Resolução CMN n.º 2.689/2000, dos contratos de câmbio, dos extratos bancários e dos demonstrativos de caixas.*

*Em relação aos questionamentos para a identificação dos reais beneficiários*

*...Transcreve conteúdo da intimação para identificação dos reais beneficiários.*

*Em atendimento à intimação para a identificação dos reais beneficiários, a fiscalizada, amparando-se em estudo legal por ela elaborado, emitiu arrazoado afirmando não ser a responsável tributária pelo recolhimento do IRRF e repelindo a obrigatoriedade da identificação dos reais beneficiários dos investidores, conforme resposta abaixo transcrita:*

*...Transcreve conteúdo da resposta da Interessada concernente à identificação dos reais beneficiários.*

*Como visto acima, a fiscalizada alega não possuir responsabilidade tributária pelo recolhimento do IRRF sobre rendimentos distribuídos por FIPs e não se vê obrigada a prestar informações a respeito dos reais beneficiários dos investidores.*

*Nesse ponto, é bom que se mencione que a fiscalizada assinou um contrato de representação com cada um dos investidores estrangeiros aqui analisados onde, além de assumir espontaneamente a representação legal, assumiu a representação tributária dos mesmos aqui no Brasil.*

*Na legislação pátria, o representante legal é aquele a quem a norma jurídica confere poderes para administrar bens alheios. Nesses casos, o poder de representação decorre diretamente da lei, que estabelece a extensão do âmbito da representação, os casos em que é necessária, o poder de administrar e quais as situações em que se permite dispor*

*dos direitos do representado. Já a representação convencional ou voluntária tem por objetivo permitir o auxílio de uma pessoa na defesa ou administração de interesses alheios, como no caso de suprir a ausência do investidor estrangeiro em solo brasileiro.*

*Representação é a atuação jurídica em nome de outrem. O representante é uma projeção da personalidade jurídica do representado, muito embora não se confundam. Na representação, quem pratica o ato é o representante enquanto que quem fica vinculado ao negócio jurídico é o representado.*

*É na Lei n.º 10.406, de 10/01/2002, conhecida como o Novo Código Civil, que encontramos as definições de representação e representante legal:*

*...Transcreve excertos da legislação citada.*

*A representação é a relação jurídica pela qual certa pessoa se obriga diretamente perante terceiro, por meio de ato praticado em seu nome por um representante. Entretanto, para que esta situação ocorra, é necessário, primeiramente, que o ordenamento jurídico a permita e, em segundo lugar, que os requisitos desse mesmo ordenamento tenham sido cumpridos.*

*De acordo com a cláusula 5 do "CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE REPRESENTAÇÃO" celebrado com o investidor estrangeiro Educational, em 19/07/2005, observa-se a responsabilidade tributária aceita pela fiscalizada, vejamos:*

*...Colaciona excertos do Contrato citado.*

*De maneira que, conforme o contrato acima, além da responsabilidade pelos dados cadastrais, a vontade exarada pelo representado era de que a representação ocorresse inclusive tributariamente, até porque o mesmo não se encontra estabelecido no país. Assim, conforme estipulação contratual, cabe à fiscalizada exercer os direitos e as obrigações daqueles a quem representa.*

*Há um princípio básico em direito das obrigações: o "pacta sunt servanda", ou a "força obrigatória dos contratos". Ou seja, desde que o pactuado entre as partes contratantes não esteja vedado por lei e não haja defeitos no negócio jurídico, o contrato "faz lei entre as partes" e o cumprimento das obrigações assumidas é plenamente exigível entre os contratantes.*

*A manifestação de vontade do representante, no limite de seus poderes, vincula o representado, de tal sorte que aquele fica vinculado às manifestações de vontade exaradas pelo representante, nos limites dos poderes que lhe foram outorgados. A manifestação da vontade do representante ao efetivar um negócio em nome do representado, nos limites dos poderes que lhe foram conferidos, produz efeitos jurídicos relativamente ao representado, que adquirirá os direitos decorrentes ou assumirá as obrigações que dele advierem. Logo, uma vez realizado o negócio pelo representante, os direitos serão adquiridos pelo representado, incorporando-se em seu patrimônio, igualmente os deveres contraídos em nome do representado devem ser por ele cumpridos, e por eles responde o seu acervo patrimonial.*

*Ainda nos termos do art. 118, como os negócios jurídicos realizados pelo representante são assumidos pelo representado, aquele terá o dever de provar àqueles com quem vier a tratar em nome do representado, não só a sua qualidade, mas também a extensão dos poderes que lhe foram conferidos. Assim, sem que o terceiro tenha plena ciência da representação, sua extensão e qualidade, seja ela voluntária ou legal, o dito representante responderá perante este terceiro pela prática de atos que excederem os poderes outorgados.*

*Atendendo exigência contida no art. 79 da Lei n.º 8.981/1995 e de acordo com os contratos de representação apresentados, a fiscalizada declarou espontaneamente ser a representante tributária dos investidores não residentes.*

*...*

*No presente caso, atendendo as determinações legais para que os investidores não residentes pudessem investir no país e conforme o contrato de representação apresentado, a fiscalizada aceitou espontaneamente ser a representante do Educational, consignando nos documentos a sua condição de representante tributário.*

*A previsão legal da representação tem por objetivo óbvio o de trazer para pessoa sujeita às leis brasileiras obrigações que não poderiam ser impostas ao investidor não residente, como a de responder diretamente a questionamentos feitos por autoridades brasileiras.*

*Dando continuidade o TVF descreve novo questionamento da intimação e a resposta da Fiscalizada, continuando nos seguintes termos:*

*Em relação à cadeia de participações societárias, a fiscalizada apresentou apenas a correspondência emitida em 18/06/2015 pela ETON PARK CAPITAL MANAGEMENT, L.P., gestora de investimento dos fundos controladores do investidor SECOR, LLC.*

*De modo que, em relação ao investidor Educational, a pessoa física ou jurídica dotada de capacidade contributiva e que atua em proveito próprio não foi revelada.*

*A correta identificação do investidor não residente, entendido como a pessoa física ou jurídica dotada de capacidade contributiva e que opera por sua própria conta exige a informação pelo veículo fiduciário do seu beneficiário para validação da operação, mormente quando o beneficiário investidor está atuando mediante administrador fiduciário “offshore” (entidade constituída em um Estado para atuar em outro para benefício de terceiro investidor não informado). A revelação de meras camadas sucessivas de administradores fiduciários “offshore” no exterior não caracteriza informação quanto ao beneficiário efetivo usufruidor do investimento.*

*A análise da documentação fornecida revelou que (i) a fiscalizada se baseou única e exclusivamente nas informações constantes do Anexo da Resolução CMN n.º 2.689/2000, que vigeu até 30/03/2015 (ii) todas as cadeias de participações societárias não foram apresentadas, e (iii) os pagamentos efetuados e/ou a entrega de recursos foram direcionados a beneficiários que, pelas características, não se enquadram na figura de real beneficiário, fato que impossibilita, inclusive, a verificação de não ocorrência de transferências ou cessões de titularidade, no exterior, de investimentos ou de títulos e valores mobiliários pertencentes a investidor não residente, no País (art. 9º da resolução supra).*

*Em nenhum momento a fiscalizada, como se verá, teve qualquer preocupação em demonstrar que o investidor estrangeiro Educational possui substância econômica e que no endereço fornecido pode ser encontrado o corpo diretivo que os administra.*

*A falta de identificação plena dos beneficiários também pode impedir a constatação da transferência de propriedades dos ativos no exterior. Em relação às transferências de posições entre investidores não residentes ocorridas no exterior, se não sabemos quem é de fato o remetente e/ou beneficiário final, como poderemos controlar ou saber se houve a troca ou não dos titulares finais dos ativos?*

*...Colaciona quadro.*

*Ademais, a falta de identificação plena, no hipotético caso de transferência de propriedade no exterior, no menor dos males, implicaria em indefinida postergação fiscal, problemática menor diante da possibilidade de lavagem de dinheiro e obtenção de vantagens ilegais como estamos acompanhando nos casos da Operação Lava-Jato, uma entre várias operações do gênero em curso no nosso país.*

*Portanto, a identificação de veículos fiduciários “offshore” não pode ser considerada como a identificação do beneficiário efetivo, titular e usufruidor dos recursos financeiros.*

*Vejamos a seguir, os principais aspectos dos contratos de representação, custódia e dos formulários de registro do investidor não residente apresentados pela fiscalizada.*

*Do Contrato de Representação*

*Para o presente trabalho, transcrevemos abaixo, alguns trechos do contrato de representação celebrado entre a fiscalizada e o investidor não residente titular da conta coletiva – Educational:*

*Na continuidade, o TVF transcreve excertos do contrato de representação celebrado entre a fiscalizada e o investidor não residente titular da conta coletiva – Educacional. Segue o TVF nos seguintes termos:*

*“Formulário de Investidor”*

*Este é o formulário, cujo modelo constitui o Anexo da Resolução CMN nº 2.689/2000, que foi utilizado para o registro na CVM do investidor Educational, onde abaixo reproduzimos as partes mais importantes para esta auditoria fiscal.*

*...Colaciona excertos do Formulário de Investidor.*

*Quem assina o formulário pelo investidor são ANTONIO CARLOS DE FREITAS VALLE (diretor) e MARCELO BANDEIRA DE MELO (diretor).*

*Passemos à análise deste formulário:*

*1) O investidor informa como controlador HIGHLAND INVESTMENT FUND, detentor de 100% de participação. O endereço informado pelo investidor é “81 Fenchurch St, London, EC3M 4BT, UK”, que se qualifica como “pessoa jurídica constituída no exterior”.*

*2) Em verificações no site de consulta pública da Agência Governamental de Empresas do Reino Unido (Companies House)<sup>14</sup>, verificamos que, em 13/05/2014, este investidor se mudou para 30 City Road, London, EC1Y 2AB, e que a HIGHLAND INVESTMENT FUND situa-se em Ubs House, 227, Elgin Avenue PO BOX 852 Gt, Grand Cayman, Cayman Island, 852GT. Neste endereço funciona mais um veículo fiduciário, o UBS FUND (CAYMAN) LTD.*

*3) Já em 15/05/2014, conforme alteração contratual, a HIGHLAND INVESTMENTS FUND transferiu sua participação para MAROON BELLS INVESTMENTS LLC e TREASURE MOUNTAIN LLC, empresas com endereço em 3411 Silverside Road #104, Wilmington, Delaware, Usa. Em verificações no site da Divisão de Empresas da Secretaria de Estado do governo de Delaware (Division of Corporations)<sup>15</sup> constatamos que o endereço pertence ao Agente Registrado “ICC MANAGEMENT SERVICES, LTD”, fato que demonstra ser este apenas um endereço de fachada<sup>16</sup>.*

*4) Conforme documentação apresentada pelo Itau DTVM, a SOLO HILL FUND, situada em Ogier Fiduciary Services (Cayman) Limited, 89 Nexus Way, Camana Bay, Grand Cayman KY1-9007, Cayman Islands, é a única proprietária da MAROON BELLS INVESTMENTS LLC e TREASURE MOUNTAIN LLC, ficando a gestão destas duas últimas por conta da FVF PARTICIPAÇÕES E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA., empresa situada na Av. Brigadeiro Faria Lima, 2777, 16º andar, cj. 1603, Jardim Paulista, São Paulo, SP e representada por DIOGO C. FREITAS VALLE E BRUNO C. FREITAS VALLE.*

*5) Analisando-se o formulário, vê-se que o Itaú Unibanco concordou em ser o representante legal e tributário deste investidor.*

*Do Contrato de Custódia*

*Para o presente trabalho, transcrevemos abaixo, alguns trechos da tradução juramentada do contrato de custódia, celebrado o Itaú Unibanco e o investidor não residente Educational, para a custódia de investimentos que compõem à carteira desse investidor estrangeiro:*

*...Colaciona excertos do Formulário de Investidor.*

*Pois bem.*

*Conforme visto anteriormente, o investidor Educational é apenas uma empresa intermediária cujo controlador apresenta endereço pertencente à empresa que presta serviços especializados para clientes offshore, corporativos ou individuais, do mundo*

*todo, fato que demonstra que este local serve apenas para o recebimento de cartas ou correspondências, não representando assim o local da sede ou domicílio deste investidor, ou seja, não é neste endereço que pode ser encontrado seu corpo diretivo.*

*Os contratos estabelecem que a custódia e a representação cabem ao Itaú Unibanco. Mediante o preenchimento do Formulário do Investidor, a ele também cabe a representação no Brasil do investidor não residente, com o conseqüente registro do mesmo perante a CVM e o Banco Central.*

*Segundo o contrato de Representação, a fiscalizada poderá “O REPRESENTANTE responderá pelas obrigações tributárias do INVESTIDOR, decorrentes dos investimentos sob esta representação, perante as autoridades fiscais do País, mediante retenção prévia dos tributos devidos” por este investidor.*

*Na mesma toada segue o contrato de custódia: “O CUSTODIANTE como Representante Legal e Tributário do CLIENTE, será responsável, no que for pertinente, pela apuração, retenção do Imposto de Renda e a transmissão ao cliente das informações para recolhimento do referido Imposto”.*

*Diante do exposto, podemos verificar que o investidor identificado pela fiscalizada é, seguramente, mero intermediário, participantes de uma longa cadeia de participações societárias e não tivemos sucesso na obtenção dos beneficiários finais.*

*Ilustramos no organograma abaixo, o modelo desta cadeia de participações societárias onde é apresentada pela fiscalizada apenas uma ou duas camadas de intermediários e a conclusão obtida é a de que não foi possível identificar os reais beneficiários dos ativos:*

*...Colaciona quadro.*

*Analisemos a situação fática:*

*Além da identificação da fiscalizada como custodiante, Representante Legal e Tributário do investidor não residente, não foi possível identificar satisfatoriamente, em nenhum momento, nenhuma outra pessoa física ou jurídica, que dirá então, as pessoas físicas ou jurídicas dotadas de capacidade contributiva e que atuam em proveito próprio, os titulares finais dos ativos e seus respectivos domicílios.*

*Como visto, o investidor Educational informa como controlador uma empresa domiciliada nas Ilhas Cayman, cujo endereço corresponde a uma empresa especializada na prestação de registro de offshores.*

*De modo que, os contratos de representação e custódia, o formulário de investidor e a documentação apresentada pela diligenciada Itaú DTVM por si só, provam que nos endereços fornecidos não estão atuando os reais beneficiários ou investidores. O que se encontra são apenas “casca”, “empresas intermediárias” que apontam para uma caixa postal ou uma pasta em algum agente existente em Cayman ou Delaware.*

*Como é notório, as Ilhas Cayman e o estado americano de Delaware são mundialmente conhecidos como lugares onde a transparência da informação é limitada e, portanto, usualmente utilizados para dificultar o rastreamento de contribuintes.*

*Neste ponto, embora o investidor pessoa jurídica seja “estrangeiro”, para operar e ser reconhecido como tal no Brasil, ele deve proporcionar condições de similitude com aqueles investidores alcançados pela legislação pátria, digamos, um arm's length principle.*

*Para se verificar se os endereços informados podem ser aceitos como prova de satisfação de indicação de domicílio, é mister trazer à tona o conceito de estabelecimento.*

*O conceito coloquial para o termo empresa se relaciona com o conceito de estabelecimento contido no art. 1.142 da Lei nº 10.406, de 10/01/2002 (Código Civil):*

*“Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”*

*De modo que, o complexo de bens corpóreos e incorpóreos organizado pelo empresário ou pela sociedade empresária para o desenvolvimento da empresa denomina-se estabelecimento empresarial ou simplesmente estabelecimento.*

*Apesar dos termos “estabelecimento” e “complexo” remeterem-se à bens materiais, quando se lê o termo “bens” na norma legal, é preciso informar que não somente os bens materiais integram o estabelecimento de uma atividade empresarial.*

*De outra banda, verifica-se que a legislação quis, sutilmente através deste artigo, conceituar empresa como sendo a atividade do empresário, quando o artigo se refere ao “exercício da empresa”.*

*Os bens materiais serão o próprio imóvel onde se situa a empresa, bem como sua mobília, seus maquinários, utensílios, ferramentas, estoques, mercadorias, bem como outros itens materiais necessários ao desenvolvimento da sua atividade.*

*Já no campo dos bens imateriais se encontram a marca, o ponto comercial, os softwares de computador, as propriedades intelectuais (marcas, patentes, desenhos industriais), e outros bens e direitos de propriedade ou sob o uso da atividade.*

*Para alguns, estabelecimento é concebido como uma “universalidade de fato”, o que possibilita asseverar, outrossim, que o estabelecimento é objeto de direitos, cujo titular é o empresário ou a sociedade empresária (sujeitos de direito, titulares de personalidade jurídica), os quais, por outro lado, desenvolvem a empresa (atividade econômica organizada).*

*Sobre ser considerado uma universalidade de fato, o estabelecimento é descrito, ademais, como um bem móvel incorpóreo, consoante a observação de Rubens Requião, verbis:*

*...Transcreve excertos da doutrina.*

*Vale também destacar que, atualmente, é plenamente possível e aceitável que existam estabelecimentos exclusivamente virtuais, a partir do qual a empresa desenvolve suas atividades, também se encaixando no referido conceito do artigo 1.142 do Código Civil, entretanto, é bom que se diga, a indicação de endereço de um agente registrado ou de um contador, por exemplo, não é prova de revelação de domicílio.*

*Nestas condições, como admitir que o endereço de uma empresa de registro nos Estados Unidos, onde o investidor passageiro é apenas uma pasta, se tanto, possa ser considerada como comprovação de localização da sede ou domicílio deste investidor?*

*O que pode ser administrado a partir destes endereços informados? Qual a atividade econômica substantiva exercida pela pessoa jurídica neste tipo de endereço? Como endereço desta natureza pode revelar a presença física e significativa de sua cúpula diretiva vez que até a existência de um representante local ou de funcionários de escalão inferior, por si só, não constituem identificação de sua sede? Como este endereço faz prova de que não está afiliado a um grupo financeiro regulado sujeito a supervisão efetiva e consolidada? Como ele comprova a capacidade operacional apropriada para os seus fins, evidenciada, entre outros fatores, pela existência de empregados próprios qualificados em número suficiente e de instalações físicas adequadas para o exercício da gestão e efetiva tomada de decisões relativas aos objetivos sociais da empresa?*

*Em resumo, qual a qualidade efetiva de informação desta natureza? Onde está presente a administração de fato e de direito do investidor não residente? Nas respostas apresentadas, fiscalizada e diligenciados não se deram ao trabalho de demonstrar.*

*É evidente que nesta situação, não sendo informada toda a estrutura jurídica utilizada pelo contribuinte, restará caracterizada a simulação relativa, por interposição fictícia de pessoa, cabendo ao Fisco, como representante do Estado promover a desconsideração da entidade interposta, utilizando como fundamento o inciso I, do § 1º do artigo 167 do Código Civil: ...Transcreve o artigo citado.*

*De fato, estamos diante da ocorrência do “wholly artificial arrangement” ou arranjo totalmente artificial, expressão que tem sido utilizada em vários países membros da União Europeia com o intuito de desconsiderar planejamentos tributários que envolvam atos e negócios jurídicos adotados com exclusivo propósito de evitar a incidência tributária e camuflar os reais objetivos ou, no presente caso, ocultar os reais beneficiários.*

*No caso das operações em Delaware, esclareça-se que, diferentemente do Brasil, nos Estados Unidos a legislação societária é estadual e não federal.*

*Algumas modalidades de sociedades existentes lá e não existentes aqui, seja pela característica da legislação estadual a que estão submetidas, seja porque não têm patrimônio e não conduzem negócios dentro dos Estados Unidos, são consideradas isentas, não precisando apresentar nenhum tipo de balanço ou declaração de renda. Estas empresas são conhecidas como sociedades fiscalmente transparentes.*

*Quando seus sócios são residentes nos Estados Unidos, assumem pessoalmente, na proporção que lhes caiba, a carga tributária devida. O problema surge quando seus proprietários não residem lá e acabam se ocultando do regime fiscal a que estariam submetidos na condição de não transparentes.*

*Tais entidades são normalmente utilizadas em planejamentos tributários no comércio exterior. Seja em situações internacionais em que se aplicam os tratados contra a dupla tributação, seja naquelas em que não há tal possibilidade, por inexistência de um acordo entre os países envolvidos. Também podem ser utilizadas para proteção patrimonial, planejamentos sucessórios, etc. Cumpre destacar, também, que têm a sua utilização visando a sonegação fiscal e o acobertamento dos reais beneficiários de capitais não declarados.*

*A legislação que rege estas empresas existe em diversos países além dos Estados Unidos, como a França, a Suíça, Itália, Bélgica, Holanda, e em jurisdições como as Bahamas, Barbados, Ilhas Cayman, Chipre, Jérsei, Ilha de Man e Névis. O registro de empresas offshore nas Ilhas Cayman, por exemplo, é muito procurado devido à semelhança entre a legislação aplicada nestas ilhas com aquela utilizada em Delaware.*

*General Partnerships (GP), Limited Partnerships (LP), Limited Liability Partnerships (LLP) e Limited Liability Companies (LLC) são consideradas empresas transparentes quando não conduzem negócios nem possuem membros residindo na localidade onde estão registradas.*

*Na seqüência o TVF define cada tipo de empresa antes citada para posteriormente continuar nos seguintes termos:*

*Releva notar que a Receita Federal do Brasil considerou regime fiscal privilegiado o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas nos Estados Unidos sob a forma de Limited Liability Companies estaduais, cuja participação seja composta de não residentes, não sujeitas ao imposto de renda americano (Art. 2º, VII, da IN RFB nº 1037, de 04/06/2010).*

*Ao que nos parece, a preferência pelas offshores americanas reside na oportunidade de, com baixo custo e alta eficácia, ter acesso a sistemas legais locais (onshore) confiáveis, tais como, legislação corporativa, tribunais e infraestrutura governamental, além da confidencialidade e neutralidade fiscal.*

*Abrir uma Offshore em Delaware também significa ter total confidencialidade e anonimato. Não há requisitos para divulgar os nomes dos beneficiários, acionistas e diretores da empresa no registro público.*

*O certificado de incorporação, equivalente ao nosso registro societário ou empresarial, é o único documento arquivado no Registro de Empresas do Estado, órgão público oficial de Delaware. Este documento não inclui qualquer informação sobre os diretores, acionistas e titulares da empresa. O certificado de incorporação da empresa deve ser manuseado por um agente autorizado ou entidade autorizada pelo Estado do Delaware (Escritório ou Agente Registrado). No certificado de incorporação da*

*empresa somente consta o nome do agente registrado e o endereço da sede do agente autorizado.*

*Para pesquisas feitas pela internet, através do pagamento de taxas que variam de 10 a 40 dólares, podem ser acessadas informações adicionais.*

*Enquanto que no Brasil os lucros e dividendos são isentos de serem tributados, nos demais países a regra geral é que a tributação das sociedades ocorra em duas camadas. A primeira camada seriam os impostos incidentes sobre os lucros das sociedades. A segunda ocorreria quando os lucros/dividendos fossem distribuídos aos seus acionistas.*

*Naqueles países em que a legislação contempla sociedades fiscalmente transparentes, seus proprietários são autorizados a transferir a sua parcela de prejuízos e lucros diretamente à sua declaração de imposto de renda. Isto significa dizer que apenas os acionistas são tributados.*

*Entretanto, quando se trata destas sociedades, pertencente a sócios estrangeiros, que não realizem suas atividades no país onde se encontram estabelecidas, estas estariam dispensadas da dupla camada de tributação e da apresentação da declaração fiscal anual. Nesse caso, a tributação que incidiria sobre os ganhos dos proprietários/acionistas estrangeiros ocorreria em seus domicílios fiscais. Isto significa dizer que o sócio estrangeiro recolheria os tributos incidentes sobre os lucros delas no seu país de origem, daí a necessidade da correta identificação do beneficiário efetivo.*

#### Dos Contratos de Câmbio

*Em relação aos contratos de câmbio, para verificar a origem e o destino*

*final dos numerários, intimamos o contribuinte a proceder a identificação de toda a cadeia de participação societária dos investidores não residentes, até alcançar os seus proprietários e/ou beneficiários finais. Em relação aos contratos de câmbio – operação venda, elaboramos a planilha abaixo:*

*...Colaciona planilha.*

*Para os contratos de câmbio acima cruzamos os valores informados com as datas constantes na conta-corrente individual do investidor. Para o investidor Educational, embora o mesmo esteja situado no Reino Unido os valores foram enviados para Cayman, endereço de seus controladores.*

#### Do Resultado da Auditoria Fiscal

*Como vimos anteriormente, em determinadas situações, a legislação brasileira oferece benefícios fiscais que incluem alíquota zero ou redução de alíquota de Imposto de Renda para os investidores não residentes no Brasil e não domiciliados em paraísos fiscais que aplicam nos mercados financeiro e de capitais.*

*A presente fiscalização foi instaurada a fim de se verificar a adequação do contribuinte a esta legislação, no que diz respeito à identificação do real destinatário da operação, aos pagamentos efetuados e/ou a remessa de recursos ao exterior, nos anos-calendário de 2012 a 2014, bem como comprovar, mediante documentação hábil e idônea, se os investidores, de fato, se enquadram como efetivos titulares dos ativos e não são residentes no Brasil.*

*Pelos dados disponibilizados verificamos que tanto fiscalizada como diligenciados não comprovam qualquer atividade operacional dos investidores, os quais estão localizados em endereços pertencentes a empresas especializadas na prestação de serviços de registros de offshores.*

*Este investidor possui um comando centralizado na pessoa jurídica da SOLO HILL FUND, situada em Ogier Fiduciary Services (Cayman) Limited, 89 Nexus Way, Camana Bay, Grand Cayman KY1-9007, Cayman Islands, que é a única proprietária da MAROON BELLS INVESTMENTS LLC e TREASURE MOUNTAIN LLC, ou seja, estabelecida em endereço de fachada em país de tributação favorecida.*

*Em virtude do Itaú Unibanco não ter disponibilizado informações a respeito dos efetivos beneficiários das remessas que realizou, ficamos impossibilitados de proceder as verificações adequadas às transações efetuadas, constatando, assim, em relação aos pagamentos realizados e/ou aos recursos entregues a beneficiário no exterior, um ambiente propício à interposição de pessoas na administração de contas bancárias ali mantidas, à sonegação fiscal, evasão de divisas e lavagem de dinheiro.*

*É um paradoxo, em razão dos altos valores envolvidos nessas operações, a dificuldade geral que existe em identificar quem são os verdadeiros investidores.*

*É aceitável que a fiscalizada tenha se comprometido a representar alguém que desconheça? Que tenha remetido vultosos recursos a quem não saiba quem é?*

*Concluindo-se pela máxima “A instituição financeira não pode representar alguém que não sabe quem é” e que vai totalmente contra a obrigação de conhecer o seu cliente (know your customer).*

*Ora, conforme disposições legais, é necessário descobrir o real titular e beneficiário do numerário remetido para fora do país, objetivo somente alcançado através da obtenção da comprovação completa e perfeitamente identificável do recebedor final dos valores.*

*Do exposto, mostra-se conveniente discorrer sobre a figura do beneficiário final e sua identificação.*

*A obrigatoriedade da plena identificação dos investidores para investir no Brasil não é matéria nova na legislação brasileira.*

*Na Lei nº 4.131, de 03/09/1962, editada para disciplinar a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior, já verificávamos a necessidade de identificação do titular dos ativos sob pena de responsabilização do agente financeiro:*

*...Transcreve excerto da lei citada.*

*Com o advento da Lei nº 8.021, de 12/04/1990, cujo principal objetivo foi a vedação de títulos ao portador, a identificação do beneficiário final no Brasil passou a ser uma exigência legal. Ou seja, ficou estabelecido que nenhum pagamento ou resgate, relativo a qualquer título, valor mobiliário ou investimento seria efetuado para um beneficiário não identificado, e que nenhum título, valor mobiliário ou pagamento seria emitido ou realizado ao portador.*

*...Transcreve excerto da lei citada.*

*Na mesma esteira, a Lei nº 9.069, de 29/06/1995, determinou aos estabelecimentos financeiros a necessidade de identificação clara, precisa e plena de qualquer cliente ou beneficiário, aí incluído o investidor não residente:*

*...Transcreve excertos da lei citada.*

*Em 1998, com a edição da Lei nº 9.613, de 03/03/1998, que veio dispor sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, impôs-se novos mecanismos de controle ao sistema financeiro nacional, principalmente com relação à atualização cadastral e identificação dos reais beneficiários:*

*...Transcreve excertos da lei citada.*

*Sendo assim, é correto afirmar que nas operações financeiras realizadas no Brasil, a obrigatoriedade de identificação do beneficiário final se impõe como regra há tempos. Portanto, já existe por parte dos representantes de investidores não residentes (Instituições Financeiras) o dever da identificação dos beneficiários finais – aqueles que são os reais detentores dos ativos. Em função deste dever é que existem os processos de “due diligence” de investidores não residentes, mais conhecidos pelo termo Processos CDD - “Customer Due Diligence”. Na mesma linha, posicionou-se a CVM e o BACEN.*

*A Instrução CVM nº 301, de 16/04/1999, editada em função da lei acima, entre outros assuntos, tratou da identificação, do cadastro e do registro das operações, mormente os*

*decorrentes de entidades constituídas em países que não aplicam ou aplicam insuficientemente as recomendações do GAFI:*

*...Transcreve excertos da Instrução CVM citada.*

*Por sua vez, a Instrução CVM n.º 387, de 28/04/2003, estabeleceu que as corretoras sejam obrigadas a manter o devido registro de seus clientes e fornecer às bolsas e entidades de compensação informações precisas dos clientes. No mesmo sentido as Instruções CVM n.º 325, de 27/01/2000, e 505, de 27/09/2011, que revogou a Instrução CVM n.º 387/2003, determinam que as mesmas regras sejam aplicadas aos investidores estrangeiros.*

*Seguindo as recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI) criado pelo G7 para promover políticas nacionais e internacionais de prevenção contra esses tipos de crime, do qual o Brasil é membro pleno desde 2000, a Diretoria Colegiada do Banco Central editou as Circulares n.ºs 3.461 e 3.462 com o objetivo de aprimorar as normas já em vigor para a prevenção e combate à lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo (Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998).*

*As novas regras contidas nas circulares ampliaram as exigências de identificação de clientes bancários e consolidaram e aprimoraram dispositivos anteriormente presentes em normativos editados a partir de 1988.*

*A Circular BACEN n.º 3.461, de 24/07/2009, por exemplo, determina que as informações relativas a cliente pessoa natural devem abranger as pessoas naturais autorizadas a representá-la, já as informações cadastrais relativas a cliente pessoa jurídica devem abranger as pessoas naturais autorizadas a representá-la, bem como a cadeia de participação societária, até alcançar a pessoa natural caracterizada como beneficiário final:*

*...Transcreve excertos da Circular Bacen citada.*

*Como se vê, excetua-se do disposto no § 2º acima, as pessoas jurídicas constituídas sob a forma de companhia aberta ou entidade sem fins lucrativos, para as quais as informações cadastrais devem abranger as pessoas naturais autorizadas a representá-las, bem como seus controladores, administradores e diretores, se houver.*

*Reforçando tal diploma, o BACEN, por intermédio da Carta-Circular n.º 3.430, de 11/02/2010, determinou que devem ser reunidas informações que permitam conhecer a estrutura de propriedade e controle, identificando a cadeia de controle societário até a(s) pessoa(s) natural(is) que detém(êm), em última instância, o controle sobre o cliente pessoa jurídica.*

*Assim, temos que, se a identificação quando pessoa física e jurídica nacional alcança as pessoas físicas autorizadas a representá-las o que dirá quando a pessoa jurídica é estrangeira!*

*Se estas verificações devem ser aplicadas nos clientes nacionais, soa óbvia a necessidade de mais cautela em relação àqueles que estão situados fora do país e movimentam grandes recursos financeiros.*

*Frequentemente, empresas offshores têm sido apontadas, em recentes investigações de lavagem de dinheiro, corrupção e blindagem patrimonial, como meio de ocultação da origem ilícita de capitais remetidos ilegalmente, ou mesmo para o recebimento de valores relativos a atos ilícitos praticados no país. As jurisdições onde frequentemente estão sediadas favorecem sobremaneira a ocultação do real proprietário dos bens e valores movimentados. Nesses casos, o anonimato é a garantia da impunidade. A falta de informações quanto ao real beneficiário dessas pessoas jurídicas impossibilita a responsabilidade penal ou fiscal dessa pessoa natural. Como efeito colateral, a falta de informação acaba de certa forma colocando sob um mesmo prisma empresas legitimamente constituídas para fins lícitos, e estas eminentemente criadas para a consecução de atos ilícitos.*

*A identificação de beneficiários finais de pessoas jurídicas e de arranjos legais, especialmente os localizados fora do país, tem se revelado um importante desafio para a prevenção e combate à sonegação fiscal, à corrupção e à lavagem de dinheiro em âmbito mundial.*

*Do ponto de vista internacional, a preocupação com a identificação do beneficiário efetivo também remonta há vários anos.*

*O tema tem sido intensamente debatido nos fóruns internacionais tributários, de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e à corrupção, e de transparência, capitaneado, muitas vezes pelo GAFI, organismo internacional vinculado à OCDE, seguindo na mesma linha, outros organismos internacionais ligados ao G20.*

*Consistente com essa tendência, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA tem se preocupado com a questão desde suas primeiras edições: pelo menos seis metas/ações abordaram o assunto de alguma forma, em 2004, 2005, 2007, 2010, 2014 e 2015. Pode-se considerar que sob o ponto de vista preventivo o país evoluiu no que foi possível, com uma regulamentação razoavelmente harmônica e consistente entre todos os reguladores, e bem avaliada pelo GAFI, a qual prevê que as instituições financeiras devem realizar diligências no sentido de conhecer seus clientes, identificando “a cadeia de participação societária, até alcançar a pessoa natural caracterizada como beneficiário final”, bem como a necessidade de se conhecer os beneficiários finais das movimentações bancárias.*

#### Recomendações do GAFI

*O Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo é uma entidade intergovernamental criada em 1989 por membros pertencentes ao Grupo dos Sete (G7) que é composto por Alemanha, Canadá, Estados Unidos, França, Reino Unido, Itália e Japão. No entanto a União Europeia também está representada no G7. A função do GAFI é definir padrões e promover a efetiva implementação de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e o financiamento da proliferação, além de outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional relacionadas a esses crimes. Em colaboração com outros atores internacionais, o GAFI também trabalha para identificar vulnerabilidades nacionais com o objetivo de proteger o sistema financeiro internacional do uso indevido.*

*As Recomendações do GAFI estabelecem um sistema abrangente e consistente de medidas que os países devem adotar para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, bem como do financiamento da proliferação de armas de destruição em massa.*

*Os cuidados que as instituições financeiras devem ter em relação ao cadastro de seus clientes estão dispostos na “Recomendação n.º 10” abaixo, que trata das medidas de DDC (devida diligência acerca do cliente) exigidas para identificar corretamente o cliente e o real beneficiário. Vejamos alguns trechos das recomendações publicadas em fevereiro de 2012:*

*...Transcreve excertos da Recomendações do GAFI citada.*

*Aqui também encontramos, no glossário geral, a definição de real beneficiário:*

*“Real beneficiário Real beneficiário refere-se à pessoa(s) física(s) que efetivamente possua(m) ou controle(m) um cliente e/ou a pessoa física em nome de quem a transação esteja sendo conduzida. Isso inclui também as pessoas que exercem o controle efetivo final de uma pessoa jurídica ou de outra estrutura jurídica.”*

#### Da conclusão

*Preliminarmente, sendo o lançamento tributário resultado da atividade vinculada da Administração Pública, deve a autoridade fiscal demonstrar com clareza o fato tributável, observando todos os requisitos de constituição do crédito tributário, na forma do art. 142 do CTN:*

*...Transcreve o artigo citado.*

*Assim, a autoridade fiscal ao lavrar auto de infração não pode se utilizar de meras presunções e indícios da forma que lhe apeter, pois, o lançamento representa título jurídico, que confere à Fazenda Pública a exigibilidade do crédito tributário, razão pela qual há que se demonstrar com clareza o fato tributável, por meio de provas, não podendo, por exemplo, o contribuinte não residente ser simplesmente presumido a partir de uma simples conta bancária personalizada no exterior, sob pena de ser o lançamento considerado inválido.*

*Neste diapasão, vale a pena destacar que a correta identificação do contribuinte não pode se limitar a uma mera consulta de dados cadastrais internos ou de terceiros para verificar a existência ou não de um registro qualquer. Trata-se de identificar o contribuinte, tanto o residente quanto o não residente, enquanto titular de capacidade contributiva substancial, nos termos do § 1º do art. 145 da Constituição Federal:*

*...Transcreve o artigo citado.*

*A apresentação de uma empresa offshore, estabelecida em endereço de empresa estrangeira especializada na prestação de serviços de agente registrado, constituída sob a forma de LP, LLP ou LLC, a demonstrar ausência de qualquer atividade no país de sua constituição, aliada à ausência da identificação de seus reais investidores, não pode ser aceita como satisfativa às necessidades legais para apresentação dos seus beneficiários finais.*

*Como visto, a única entidade realmente identificada foi a fiscalizada. Em relação ao investidor não residente, a única identificação providenciada foi de elo intermediário, sem substância econômica, da cadeia societária. E que, em razão da estrutura jurídica que adotam, necessariamente não revestem o papel de efetivo beneficiário.*

*Os investidores não residentes acabam sendo clientes da fiscalizada vez que aportam e retiram recursos, possuem conta-corrente, etc., logo, embora o cadastro de investidor residente no exterior, para fins de CVM, seja simplificado, este fato não desobriga a fiscalizada de tomar, no mínimo, os mesmos cuidados que aplica aos demais clientes pessoas jurídicas. (Não soa crível para esta autoridade fiscal que para estes se adote cadastro e verificações simplificadas nem que seja suficiente, para uma pessoa não natural que a ela se apresente, apenas o fornecimento dos dados de seu representante ostensivo, sem qualquer preocupação com relação a quem são seus controladores de fato e reais beneficiários).*

*A manutenção de cadastro simplificado diz respeito às condições mínimas necessárias para o fornecimento de dados dos investidores não residentes em relação ao dia a dia junto às operações controladas pela CVM.*

*Claro que a fiscalizada está obrigada a obedecer aos demais arcabouços legais quanto à identificação dos seus clientes e contidas na legislação que visam combater e prevenir a lavagem de dinheiro, ou seja, independentemente de procedimentos simplificados adotados pela CVM para suas finalidades peculiares, as instituições financeiras estão obrigadas a observar a Lei, conforme dispositivos mencionados (Lei nº 4.131, de 03/09/1962, Lei nº 8.021, de 12/04/1990, Lei nº 9.069, de 29/06/1995, Lei nº 9.613, de 03/03/1998).*

*Como fartamente demonstrado, o Itaú Unibanco não conseguiu identificar os reais beneficiários dos ativos.*

*Nestas condições, em não o fazendo, relativamente às remessas de valores ao exterior, com base na presunção de rendimento tributável de que trata o art. 61 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, eis que não identificado o beneficiário, a fiscalizada resume-se à condição de titular/ordenante das remessas. Todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, está sujeito à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%.*

*...Transcreve o artigo citado.*

*Para evitar o disposto no art. 61 acima, a sociedade intermediária destinatária imediata da remessa/pagamento deve ser validada pelo contribuinte/fonte pagadora mediante a identificação daquele beneficiário que usufrui do pagamento através deste destinatário imediato no exterior.*

*Quando estiver demonstrado que o destinatário imediato do pagamento ou da remessa ao exterior é uma sociedade intermediária a aplicação do caput do artigo é certa, na hipótese da não identificação do seu beneficiário pela fonte pagadora. Claro que a mera apresentação de uma cadeia de sociedades intermediárias (Delaware, Cayman, Bermudas. etc.) não substitui a identificação do beneficiário, usufruidor final. Assim, na hipótese de não atendimento pela fonte pagadora de uma intimação de identificação do beneficiário final ou de mera apresentação de uma cadeia de outras sociedades intermediárias no seu quadro de sócios ou de quotistas, deve se considerar o beneficiário não identificado.*

*Finalmente, resta fazer uma breve avaliação do art. 61 da Lei 8.981/95:*

*O artigo é uma norma especial destinada a impedir que o terceiro, beneficiário/destinatário final, evite a sua tributação enquanto contribuinte devidamente identificado. Nesta interpretação, o artigo em questão criou uma presunção do auferimento de renda pelo contribuinte anônimo e atribuindo à fonte pagadora a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, na condição de substituta. Essa interpretação é, sem dúvida, a mais adequada, pois a fonte pagadora que faz esse tipo de remessa conhece o contribuinte encoberto, apenas não pretende apontá-lo. Ao tomar essa atitude, impede que o terceiro seja alcançado, o que resulta em ofensa ao princípio da capacidade contributiva. Daí a razão final da fonte pagadora que efetua esse pagamento ser responsabilizada pelo recolhimento do imposto de tributação exclusiva na fonte.*

*Visto que o artigo criou uma presunção legal de auferimento de renda pelo beneficiário anônimo, a primeira condição para a correta aplicação do artigo exige a demonstração pelo fisco de um pagamento efetivamente realizado a este destinatário imediato, a segunda condição é a demonstração que este destinatário imediato é uma sociedade intermediária, representada por administradores fiduciários e com quadro de sócios/quotistas/beneficiários finais desconhecido.*

*Entende-se o veículo fiduciário “offshore” (ou administrador, gestor de recursos “offshore”) como a entidade que, constituída em um Estado (país ou dependência que detém soberania), negocia ativos e auferem renda fora deste país ou dependência, em proveito de terceiros não residentes, tais como Companhia de Responsabilidade Limitada – Limited Liability Company (LLC) “offshore”, Trust (relação contratual de confiança), Fundações de Interesses Privados, Fundos de Investimentos Fechados e demais entidades offshore (por exemplo, IBC – International Business Company). São entidades meramente constituídas em um Estado para operar fora das fronteiras deste país em proveito de terceiros não residentes no mesmo. Portanto, não são pessoas físicas ou jurídicas devidamente identificadas e que sejam contribuintes residentes no exterior, dotados da necessária capacidade contributiva no seu Estado de constituição e que estejam operando por sua própria conta.*

*Uma remessa para um administrador fiduciário no exterior deve obrigatoriamente ser validada mediante a identificação de seu beneficiário, ou seja, da pessoa física ou jurídica dotada de capacidade contributiva e que seja titular final da renda ou ativo.*

*Um administrador fiduciário no exterior com beneficiário efetivo não identificado pode ser um caso de usufruto indevido de benefício fiscal condicionado, sonegação, evasão de divisas ou lavagem de dinheiro.*

*O contribuinte na hipótese de uma remessa para um administrador/fiduciário no exterior é sempre o beneficiário efetivo da entidade, ou seja, quem está sendo acobertado por este veículo fiduciário. Remessa para administrador fiduciário no exterior sem beneficiário efetivo é sempre remessa para beneficiário não identificado. Nesta hipótese, o único sujeito passivo identificado é a fonte pagadora que opera*

*remessas para o administrador fiduciário. O contribuinte, assim entendido o beneficiário efetivo, é não identificado.*

*A cadeia de investidores fiduciários no exterior apresentada pela fonte pagadora não permite a identificação dos seus beneficiários. Este cenário é potencialmente perigoso, podendo levar ao cometimento de abusos de benefícios fiscais, sonegação e lavagem de dinheiro. A fonte pagadora deve arcar com as consequências da não identificação do contribuinte investidor a partir do exterior.*

*Adicionalmente, sendo a fonte pagadora responsável uma instituição financeira de porte, espera-se que esta instituição esteja cercada de todos os altos padrões de governança corporativa, entre os quais a transparência de suas operações, perante seus clientes, acionistas e autoridades, e não dificulte a identificação dos beneficiários de entidades offshore espalhadas pelo mundo.*

*A jurisprudência do CARF é tranquila na matéria: Cabe ao Fisco provar a existência do pagamento. E de forma direta, não podendo ser presumido (vide 1º Conselho de Contribuintes / 4a. Câmara / ACÓRDÃO 104-20.071 em 08/07/2004. Publicado no DOU em: 06.10.2004).*

*Assim, demonstrado que o destinatário imediato no exterior trata-se de mera conta bancária offshore operada remotamente, travestida de empresa no exterior (apenas constituído mas sem substância econômica no local) e sem a identificação de seus beneficiários efetivos estamos sim diante de uma remessa ao exterior para beneficiário não identificado.*

*Por último, é apenas depois de proceder a devida identificação dos beneficiários investidores não residentes no Brasil que poderíamos passar para a etapa seguinte, ou seja, a questões como determinar se os benefícios fiscais destinados a certos investidores não residentes e não domiciliados em paraísos fiscais são aplicáveis ao caso ou não.*

*Quando apenas o destinatário imediato da remessa é identificado, mas não o seu beneficiário, não há que se falar na aplicação de quaisquer benefícios fiscais destinados a determinadas categorias de beneficiários no exterior.*

#### **DA INFRAÇÃO**

*Nos termos do artigo 61, caput, e parágrafos 2º e 3º da Lei n.º 8.981, de 20/01/1985, foi efetuada a tributação dos valores constantes nos contratos de câmbio, operação de venda, exclusivamente na fonte a alíquota de 35%, sobre a base de cálculo reajustada, conforme demonstrado na planilha em anexo.*

*Resumidamente, de acordo com a planilha, as bases de cálculos reajustadas estão assim quantificadas: ...Colaciona planilha demonstrativa das bases de cálculos reajustadas.*

#### **Do Fato Gerador**

*Fato gerador é uma expressão jurídico-contábil, que representa um fato ou conjunto de fatos a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado.*

*É o fato gerador que gera a obrigação tributária, para que como tal, possa ser imposta ao contribuinte. De acordo com os art. 114 a 116 da Lei n.º 5.172/66 (Código Tributário Nacional), fato gerador é a situação de fato, definida na lei de forma abstrata, que, ao se verificar as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios, faz com que ocorra o nascimento da obrigação tributária principal ou acessória.*

*...Transcreve os artigos citados.*

#### **Do IRRF**

*Com o advento da Lei n.º 8.383, de 30/12/1991, o lançamento do IRRF passou a corresponder à modalidade de lançamento por homologação. De modo que, não*

havendo pagamento antecipado de IRRF, o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário decai após 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme dispõe o artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN.

Conforme o artigo 61 e parágrafo 2º da Lei nº 8.981, de 20/01/1995, o Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, considera-se vencido no dia do pagamento ou crédito das referidas importâncias.

Em vista dos ajustes efetuados, resumidamente, de acordo com a planilha, o IRRF lançado no presente auto encontra-se demonstrado na coluna “IRRF Apurado”:

Data do Câmbio / Vencimento	Base Recompоста (R\$)	IRRF (R\$)
30/01/2012	43.126.153,85	15.094.153,85
10/02/2012	3.971.538,46	1.390.038,46
11/05/2012	12.405.475,22	4.341.916,33
14/05/2012	2.246.615,38	786.315,38
15/05/2012	5.540.246,15	1.939.086,15
22/02/2013	40.097.026,28	14.033.959,20
25/02/2013	54.423.692,31	19.048.292,31
15/04/2013	3.036.461,54	1.062.761,54
28/08/2013	68.307.692,31	23.907.692,31
29/08/2013	5.428.384,62	1.899.934,62
14/02/2014	20.135.265,18	7.047.342,81

#### Da multa qualificada

Em face dos lançamentos de ofício do IRRF decorrentes da não identificação dos reais beneficiários caracterizada em itens precedentes, cumpre o exame da multa de ofício incidente sobre os créditos tributários ora constituídos.

A Lei nº 9.430, de 27/12/1996 (com redação atualmente dada pela Lei nº 11.488, de 15/06/2007) constitui o diploma legal que dispõe acerca das multas aplicáveis nos casos de lançamento de ofício. Na situação em comento, há que se destacar a previsão contida no seu artigo 44, inciso I, combinado com o § 1º:

...Transcreve o artigo citado.

Como visto, o artigo acima nos remete aos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, e que têm a seguinte redação:

...Transcreve os artigos citados.

Nesses termos, o que qualifica o agir do sujeito passivo como sonegação ou fraude é o dolo. Significa, portanto, que basta evidenciar o dolo para que se justifique a qualificação da multa de ofício.

Genericamente, o dolo se presta a provocar o erro na formação da vontade. Citando a doutrina:

...Transcreve excertos de doutrina.

Portanto, pode-se concluir que a definição de fraude, que é o dolo em sentido mais restrito, que dá suporte à qualificação da multa, no caso em exame, implicou num conjunto de ações tendentes a provocar a emissão de um juízo errôneo por parte da autoridade fiscal quando diante das análises retro mencionadas.

Diante das informações reunidas no curso deste procedimento fiscal – como já detalhadamente antes exposto –, resta inafastável concluir pela subsunção dos fatos caracterizadores da infração ora apontada à norma que veicula a exasperação da multa de ofício aplicável sobre créditos tributários objeto de lançamento de ofício.

A fiscalizada, ao formalizar seus registros de forma a dar uma aparência de correção às operações financeiras envolvendo os investidores não residentes em comento, pretendeu induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda.

*Transcrevemos abaixo, ilustrativa decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF que bem se coaduna com o caso dos autos:*

*...Transcreve excerto de Acórdão do CARF.*

*O patamar de 150% é destinado a apenar as condutas ilícitas intencionalmente praticadas pelos sujeitos passivos tributários. Essa sanção deve ser aplicada em razão do elemento subjetivo da prática delitiva – do querer praticá-la –, aspecto volitivo do ilícito exaustiva e inequivocamente caracterizado pelos fatos descritos ao longo do presente termo. Aliás, aqui, vale repisar que a fiscalizada não só identificou apenas empresas offshore, sem substância econômica, para ilicitamente reduzir a tributação do IRRF, mas também se valeu do ardil de ocultar os reais beneficiários ao acordar com terceiros (Pátria Investimentos e Itaú DTVM) a identificação apenas do elo intermediário imediato e nada mais.*

#### DOS PROCESSOS FORMALIZADOS

*Em face das constatações acima discutidas, foi lavrado o pertinente Auto de Infração de IRRF, formalizados no processo administrativo sob nº 16561-720.179/2017-56, abarcando os anos-calendário de 2012 a 2014.*

*Acompanha o presente, mídia digital (“CD/DVD”) contendo os documentos informados no rodapé deste Termo. Tais documentos também estão anexados no processo administrativo acima informado.*

*Ademais, em face do disposto na Portaria RFB nº 2.439, de 21 de dezembro de 2010, e alterações introduzidas pela Portaria RFB nº 3.182, de 29 de julho de 2011, foi formalizada a Representação Fiscal para Fins Penais através do processo administrativo sob nº 16561-720.181/2017-25.*

*E para constar e surtir efeitos legais, lavro o presente Termo, que é assinado digitalmente por mim, Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, sendo que uma mídia digital (“CD/DVD”) – contendo não só tal arquivo digitalmente assinado, mas também o auto de infração de IRRF também digitalmente assinado – é dirigida ao autuado e a cada um dos 02 (dois) responsáveis tributários solidários por via postal com Aviso de Recebimento (AR) aos seus respectivos domicílios tributários, para ciência e demais providências.*

...

*A ciência do Contribuinte, relativamente ao auto de infração, ocorreu em 20 de dezembro de 2017, conforme Termo de Ciência de Lançamentos e Encerramento Parcial do Procedimento Fiscal, anexo às fls. 738/739.*

*A impugnação da Contribuinte, com documentos anexos, foi apresentada em 18/01/2018, data confirmada pelo “Termo de Solicitação de Juntada”, às fls. 778.*

*A Unidade de origem se manifestou em Despacho, às fls. 1506, pela tempestividade da impugnação da Contribuinte.*

#### II) DA IMPUGNAÇÃO DA CONTRIBUINTE

*A Contribuinte apresentou impugnação, com documentos anexos, em 18/01/2018, data confirmada pelo “Termo de Solicitação de Juntada”, às fls. 778. As alegações desse documento de 115 laudas, firmado por Procuradores devidamente autorizados, anexo às fls. 831/945, em síntese, podem ser retratadas pelos trechos a seguir, transcritos, integralmente, da referida impugnação:*

...

#### II. ESCLARECIMENTOS INICIAIS

##### (A) Contexto Fático que permeia a presente Impugnação

...

*2. O Auto de Infração foi lavrado contra o Itaú Unibanco S.A. (“Itaú Unibanco” ou “Requerente”) para exigir o IRF supostamente devido sobre transferências efetuadas a*

*suposto beneficiário não identificado. Conforme será abordado em maiores detalhes ao longo da presente Impugnação, tais transferências estão relacionadas a meras movimentações de contas de custódia e depósito para retorno de capital e rendimentos de investidor estrangeiro devidamente identificado.*

*3. Desde logo, e para que não parem dúvidas desnecessárias, o beneficiário final de todos os pagamentos em análise era Antônio Carlos de Freitas Valle, pessoa física residente há muitos anos e, em especial, durante os anos de 2012, 2013 e 2014, na Suíça. A declaração pessoal do beneficiário final de tais pagamentos (Doc. no 4) é prova suficiente para esclarecer o único argumento de acusação das Autoridades Fiscais.*

*4. Dessa forma, tendo em vista que os benefícios econômicos e o exercício dos direitos políticos de todos os veículos de investimento encontravam-se concentrados, em última instância, na Pessoa Física residente na Suíça, não resta qualquer dúvida a respeito de qual seria o titular das ações da Educational em último nível: o sr. Antônio Carlos de Freitas Valle, residente e domiciliado na Suíça.*

*5. Note-se que a única razão pela qual esta informação ainda não tinha sido fornecida devia-se ao fato de que (i) não há qualquer obrigação prevista em lei que exija a prestação dessa informação; (ii) não há nada de errado em um residente na Suíça fazer seus investimentos via uma sociedade localizada no Reino Unido; e (iii) não havendo nada errado e nem lei que exigisse tal informação, não havia necessidade de divulgação adicional de informação às autoridades fiscais.*

*6. Mais uma vez deve ser ressaltado que nunca houve nada de errado em toda a estrutura, razão pela qual, nunca houve qualquer pagamento a beneficiário não identificado. Ademais, como o único argumento de acusação refere-se exatamente a esta curiosidade dos Auditores Fiscais, resta evidenciada a necessidade de cancelamento integral do presente Auto de Infração.*

*7. Apesar da lisura das operações, ao longo do Termo de Verificação Fiscal (“TVF”), parte integrante do Auto de Infração lavrado, a D. Fiscalização (doravante “Fiscalização” ou “Autoridade Fiscal”) tentou levar o leitor à interpretação de que as empresas indicadas no Auto de Infração teriam se organizado para esconder ou impedir que investidores estrangeiros fossem identificados. A Fiscalização chega a citar até a “Operação Lava-Jato”, como se os fatos aqui descritos pudessem ter qualquer proximidade ou similaridade a escândalos de corrupção, o que é o mais completo absurdo!*

*8. Muito embora não exista nenhuma obrigação legal de identificação da cadeia de investimentos no exterior, a Requerente demonstrará de boa-fé toda a estrutura de investimentos adotada pelo investidor estrangeiro até o último nível: uma pessoa física residente e domiciliada na Suíça (i.e. Antônio Carlos de Freitas Valle).*

...

*12. Portanto, o contexto fático no qual se inserem os fatos que serão narrados ao longo desta Impugnação diz respeito a empresa respeitada e cumpridora das normas vigentes, que sempre forneceu as informações solicitadas pela Fiscalização. Ademais, os valores transferidos ao exterior relacionam-se com resultados regulares de investimentos lícitamente realizados no mercado financeiro e de capitais, pagos a beneficiário identificado, qual seja, a empresa Educational Investments LLP, sediada no Reino Unido (Doc. nº 5 ao 8).*

#### (B) Breve Sumário do Contexto Fático

*13. Conforme mencionado, o Auto de Infração foi lavrado contra o Requerente para exigir o IRF sobre supostos pagamentos efetuados a beneficiários não identificados.*

*14. Dentre diversas atividades, o Requerente presta os serviços de representante de investidores estrangeiros, bem como de registro, custódia e manutenção dos recursos dos investidores estrangeiros em contas de custódia de ativos financeiros e depósito de numerário. Aqui é importante frisar que a Requerente não era administradora de fundo*

*ou gestora de recursos, tendo um papel limitado nos fatos narrados, qual seja, prestador de serviços de representante legal e, em certos casos, de custodiante dos ativos detidos pelos investidores não residentes.*

*15. No passado, essas contas de depósito e custódia de investidores estrangeiros eram denominadas "Contas de Depósito 2.689", uma vez que estavam regulamentadas na então vigente Resolução CMN 2.689, de 26.1.2000 ("Resolução 2.689/00").*

*16. No que interessa ao presente processo administrativo, a sociedade estrangeira Educational Investments LLP (CNPJ 07.521.717/0001-28) sediada no Reino Unido ("Educational" ou "Investidor Estrangeiro") abriu Contas de Depósito 2.689 junto ao Requerente para aplicação no mercado financeiro e de capitais. A Requerente esclarece que o Grupo Itaú Unibanco atuou na condição de representante legal (através da Requerente) e custodiante (através do Itaú Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. - "Itaú DTVM") (Docs. nº 9 e 12).*

*17. Ao longo dos anos, a Educational transferiu recursos de contas bancárias no exterior para a Conta de Depósito 2.689 mantida junto ao Requerente. Esses recursos foram utilizados para aplicação no mercado financeiro e de capitais conforme pode ser observado da análise dos extratos da Conta de Depósito 2.689.*

*18. Durante o mesmo período, o Investidor Estrangeiro também realizou o resgate de suas aplicações financeiras, além de receber os rendimentos decorrentes de suas aplicações (ganhos líquidos, dividendos e juros), com transferência de recursos para as Contas de Depósito 2.689. Tais recursos financeiros depositados nas Contas de Depósito 2.689 foram reinvestidos no mercado financeiro e de capitais e, posteriormente, transferidos (como retorno de capital) para contas bancárias mantidas pelo Investidor Estrangeiro no exterior.*

*19. As movimentações financeiras descritas acima podem ser comprovadas pelos extratos da Conta de Depósito 2.689, em que ficam evidentes as aplicações financeiras realizadas e os resgates e alienações de títulos (Doc. nº 13). Dessa forma, resta demonstrado que a estrutura adotada para investimento no Brasil e movimentação financeira foi absolutamente legítima, revestida de propósitos econômicos e atendeu às normas tributárias e à regulamentação emitida pela CVM e BACEN.*

*20. No entendimento da Fiscalização, contudo, o Requerente é o responsável tributário da Educational e teria a obrigação de identificar a cadeia dos "reais beneficiários" dos recursos mantidos na Conta de Depósito 2.689 e transferidos para contas no exterior durante o período de 2012 a 2014.*

*21. Em razão da suposta ausência de identificação dos "reais beneficiários", as autoridades fiscais entenderam que as transferências de recursos da Conta de Depósito 2.689 detida pela Educational para conta bancária no exterior de sua titularidade seriam equivalentes a um pagamento de recursos a "beneficiário não identificado", o que justificaria a imposição de IRF à alíquota de 35%, nos termos previstos no caput do artigo 61 da Lei 8.981, de 20.1.1995 ("Lei 8.981/95").*

*22. Confira-se trecho do TVF que discrimina as 11 operações específicas contestadas pela Fiscalização, bem como a capitulação legal da acusação:*

...

*24. Antes de qualquer esclarecimento adicional, a Requerente entende essencial destacar que os recursos e investimentos mantidos nessas Contas de Depósito 2.689 pertencem ao próprio Investidor Estrangeiro. Portanto, eventuais transferências de recursos das Contas de Depósito 2.689 para outras contas mantidas pelos mesmos Investidor Estrangeiro, no Brasil ou no exterior, constituem meras transferências bancárias entre contas de mesma titularidade decorrentes de expressa solicitação do próprio Investidor Estrangeiro.*

*25. Apesar do contexto fático apresentado, as Autoridades Fiscais entenderam que essas simples transferências bancárias constituiriam "pagamentos" efetuados pelo Requerente, que teria a obrigação de identificar o "real beneficiário" de tais recursos.*

*Por evidente que esse entendimento não deve prevalecer, uma vez que transferência de recursos entre contas de mesma titularidade não constitui “pagamento” e não pode dar origem a fato gerador de obrigação tributária relativa ao Imposto sobre a Renda.*

*26. O motivo é muito simples: não existe pagamento ou renda auferida nas transferências de recursos entre contas bancárias do mesmo contribuinte, mas tão somente a realocação dos recursos financeiros de propriedade do Investidor Estrangeiro.*

*27. Ademais, as Autoridades Fiscais presumiram que 100% das transferências de recursos das Contas de Depósito 2.689 constituem rendimentos auferidos pelos Investidores Estrangeiros, o que não condiz com a realidade das aplicações financeiras realizadas pela Educational conforme os extratos da Conta de Depósito 2.689 demonstram. Parte relevante dos valores transferidos ao exterior constitui retorno de capital investido (devolução de recursos originalmente aplicados no País), de forma que não podem estar sujeitos à incidência de Imposto de Renda.*

*28. Aliás, as Autoridades Fiscais deveriam ter analisado operação por operação, para verificar a data correta da ocorrência de cada fato gerador do IRF, quem seria o responsável tributário por fazer aquela retenção, a alíquota aplicável, e a base de cálculo que poderia ser aplicada para cada tributação. Ocorre que nada disso foi feito. Por essa razão, ao longo da presente Impugnação, o Requerente demonstrará as nulidades incorridas pela D. Fiscalização.*

*29. A Requerente também comprovará que o Requerente identificou de forma correta e precisa o beneficiário das transferências bancárias efetuadas a partir do Brasil. A abertura de toda a cadeia de investimentos demonstrará de forma incontestável que os recursos eram detidos, em último nível, por uma pessoa física residente e domiciliada na Suíça (i.e. Antônio Carlos de Freitas Valle – Doc. n.º 14 ao 16).*

*30. Vale destacar que a Requerente não está obrigada a deter e fornecer as informações apresentadas nesta Impugnação. Contudo, tendo em vista as gravosas alegações da Fiscalização, obteve informações adicionais a respeito dos investimentos junto ao Investidor Estrangeiro.*

*31. Contudo, antes de adentrar nas nulidades e nas razões de mérito que determinam o integral cancelamento deste Auto de Infração, a Requerente demonstrará que no presente caso existe a clara e precisa identificação de toda a cadeia de investidores – o que já impõe o imediato cancelamento do Auto de Infração em análise.*

### III. OS FATOS

*32. As Autoridades Fiscais entenderam que as transferências de recursos da Conta de Depósito 2.689 para conta corrente mantida pelo Investidor Estrangeiro no exterior constituíam rendimentos pagos a “beneficiários não identificados”, sujeitos à incidência de IRF à alíquota de 35%, conforme previsto no caput do artigo 61 da Lei 8.981/95.*

*33. Antes de examinar qualquer questão de mérito, a Requerente entende relevante fazer um esclarecimento fundamental: o presente caso trata de uma estrutura de investimentos adotada por uma pessoa física residente na Suíça (Docs. 14 a 16), que aplicou os seus recursos nos mercados financeiros e de capitais brasileiro através de Contas de Depósito 2.689, cujo beneficiário imediato era uma empresa sediada no Reino Unido (i.e. Educational Investments LLP).*

*34. Ainda que fossem ignoradas todas as nulidades cometidas pela Fiscalização e a impossibilidade jurídica de aplicação do caput do artigo 61 da Lei 8.981/95, o presente caso trata de estrutura de investimentos por um não residente no exterior devidamente identificado, de forma que todas as alegações da Fiscalização devem ser desconsideradas.*

*35. Nesse contexto, a Requerente demonstrará abaixo toda a estrutura de investimentos, comprovada com documentação hábil e idônea. Em linhas gerais, a estrutura de investimentos pode ser representada graficamente da seguinte forma:*

...

(A) BENEFICIÁRIO DA CONTA DE DEPÓSITO 2.689: EDUCATIONAL INVESTMENTS LLP

36. As remessas realizadas da Conta de Depósito 2.689 foram destinadas a conta bancária detida pela própria Educational junto à instituição financeira UBS AG nos Estados Unidos. Utilizando como base as transferências questionadas pelas Autoridades Fiscais, o fluxo financeiro pode ser demonstrado uma vez observado (A) os contratos de câmbio para remessa dos valores ao exterior e (B) o extrato bancário fornecido pelo UBS AG para os períodos (Docs n.º 17 a 27).

37. Assim, resta comprovado que as operações de câmbio questionadas pelas Autoridades Fiscais decorrem de meras transferências de conta de depósito detida pela Educational junto ao Requerente no Brasil para conta de depósito detida pela própria Educational junto ao UBS AG nos Estados Unidos. Do ponto de vista da Educational, as transferências em questão não resultam em acréscimo patrimonial (mutação patrimonial) mas tão somente na alteração da instituição financeira depositária. Os eventuais acréscimos patrimoniais ocorreram em momento anterior às transferências bancárias. Esse ponto será melhor analisado abaixo. Mas o importante neste momento da Impugnação é ficar claro que todas as transferências foram realizadas de uma Conta de Depósito 2.689 mantida com a Requerente, para uma conta de depósito no exterior, mantida junto a outra instituição financeira, o UBS AG, ambas de titularidade do mesmo Investidor Estrangeiro (i.e. Educational).

(B) SÓCIO E BENEFICIÁRIO DA EDUCATIONAL: HIGHLAND INVESTMENTS FUND

38. A Requerente esclarece que a sociedade Educational Investments LLP é entidade detida pelo Highland Investments Fund (“Highland”), fundo de investimentos sediado nas Ilhas Cayman, para implementar investimentos, diretos e indiretos, em participações societárias de empresas brasileiras. A titularidade das cotas da Educational pela Highland pode ser comprovada pelos próprios documentos de constituição da Educational (conforme docs. n.º 5 a 8 acima):

...

39. O documento acima comprova que, durante o período de 2012 a 2014, a totalidade dos proventos econômicos reconhecidos pela sociedade deveriam ser revertidos em benefício do Highland.

(C) TITULAR E BENEFICIÁRIO DO HIGHLAND: YARD PROPERTY S.A.

40. O fundo Highland, conforme consta em seus documentos societários (Doc. n.º 28 e 31), é um fundo de investimento dividido em 3 “subfundos” com carteiras de investimentos e quotistas/investidores segregados.

41. Ou seja, apesar do Highland figurar como uma única entidades para fins societários locais, na prática existia a segregação entre 3 patrimônios distintos, cada um com suas respectivas classes de cotas (“A”, “C” e “E”). Assim, o cotista de cada classe apenas possui direito a participação nos resultados obtidos pelo portfólio de investimento de sua própria classe, sem manter participação nos resultados econômicos auferidos pelo portfólio de investimento das demais.

42. Nesse contexto, vale identificar que todos os ativos financeiros mantidos pela própria Educational em sua Conta de Depósito 2.689 eram reconhecidos exclusivamente pelo portfólio constituído para os investidores das cotas de “Classe C”. Tal segregação pode ser identificada claramente a partir da análise das demonstrações financeiras auditadas pela PwC, onde todos os investimentos brasileiros realizados através da Educational estão reconhecidos diretamente pelo Highland e alocados para o patrimônio pertencente aos investidores da Classe C (Docs. n.º 32 a 35):

...

43. Especificamente a respeito dos investidores da “Classe C” no período de 2012 a 2014, as cotas em questão eram integralmente detidas pelo UBS Fund Services (Ireland) Ltd., sociedade que prestava o serviço de custódia de ativos na condição de sociedade de propósito específico (nominee) para os clientes do Grupo UBS (Docs. n.º 36 e 37). Vale ressaltar que as sociedades que figuram na posição de nominees apenas constam formalmente no registro de titularidade das ações sem que, no entanto, efetivamente exerçam qualquer poder de gerência ou auferam benefícios econômicos.

44. Dessa forma, analisando os extratos bancários referentes a distribuições de rendimentos realizadas pelo Highland em benefício dos efetivos cotistas da “Classe C”, é possível identificar que, economicamente, o efetivo beneficiário dessa classe era a sociedade Yard Property S.A. (“Yard”), sociedade devidamente constituída nas Ilhas Virgens Britânicas (Docs. n.º 38 a 40).

45. A comprovação pode ser efetuada a partir da seguinte sequência de documentos:

...

46. Portanto, resta comprovado que a Yard era a efetiva titular e beneficiária das ações Classe C da Highland.

(D) ACIONISTA E BENEFICIÁRIO DA YARD: SARBON MANAGEMENT CORP.

47. A respeito da titularidade dos interesses políticos e econômicos da Yard, vale mencionar a empresa Sarbon Management Corp (“Sarbon”), sociedade constituída conforme as leis de Belize, consta como detentora da integralidade das ações emitidas pela Yard, conforme o “Certificate of Shares” juntado ao processo (Doc. n.º 44):

...

48. Portanto, como visto, a Yard possuía um capital autorizado de USD 30 milhões, sendo a integralidade do investimento detida pela Sarbon.

(E) ACIONISTAS E BENEFICIÁRIOS DA SARBON: GREEN VALLEY INTERCONTINENTAL LTD. E GREEN VALLEY INTERCONTINENTAL LLC

49. Por sua vez, a Requerente esclarece que a posição acionária da Sarbon foi alterada durante o período entre 2012 a 2014. Assim, como forma de facilitar a identificação do sócio da Sarbon, segue abaixo resumo da estrutura de investimento adotada em diversos períodos:

...

57. Vale ressaltar que a Green Valley LLC (única acionista efetiva da Sarbon até 14.6.2013) era detida exclusivamente pela Green Valley Ltd (Doc. n.º 49). Dessa forma, mesmo durante o período em que a Green Valley LLC era a proprietária direta das ações, a Green Valley Ltd. sempre manteve, indiretamente, a totalidade da participação societária na Sarbon (Doc. n.º 47 acima).

(F) O TITULAR E BENEFICIÁRIO DA GREEN VALLEY LTD.: ANTÔNIO CARLOS DE FREITAS VALLE

58. Por fim, a sociedade Green Valley Ltd. era detida integralmente por Antônio Carlos de Freitas Valle (“Pessoa Física”), conforme comprovam os documentos societários da empresa – em especial o Share Register (Doc. n.º 50):

...

59. A Pessoa Física (Antônio Carlos de Freitas Valle) era residente na Suíça durante o período de 2012 a 2014 (conforme docs. n.º 14 a 16 acima), conforme comprovam os certificados de residência fiscal emitidos pelo Consulado-Geral do Brasil em Zurique para todos os anos, cuja imagem está colacionada exemplificativamente para o ano de 2014:

60. A Pessoa Física utilizava a estrutura de investimento descrita acima para realizar seus diversos investimentos ao redor do mundo, mantendo sociedades veículos em várias jurisdições como forma de garantir a flexibilidade necessária para realizar investimentos nas mais diversas jurisdições e aplicações financeiras.

61. O investidor Pessoa Física era domiciliado e de fato tinha o seu centro de interesses vitais na Suíça, sendo considerando residente naquela jurisdição para todos os fins de direito. Esse fato pode ser constatado pelos próprios controles internos da Receita Federal do Brasil, sendo inquestionável que o investidor era residente naquele País.

62. Dessa forma, tendo em vista que os benefícios econômicos e o exercício dos direitos políticos de todos os veículos de investimento encontravam-se concentrados, em última instância, na Pessoa Física residente na Suíça, não resta qualquer dúvida a respeito de qual seria o titular das ações da Educational em último nível: o sr. Antônio Carlos de Freitas Valle, residente e domiciliado na Suíça.

#### (G) SÍNTESE CONCLUSIVA

63. Tendo sido comprovada documentalmente toda a cadeia societária de investimento relacionada a sociedade Educational, é evidente que o Auto de Infração sequer poderia ser lavrado contra o Requerente. Independentemente de todos os graves equívocos cometidos pela Fiscalização, que implicam a nulidade e a improcedência do Auto de Infração, é evidente que toda a cadeia de investimentos foi identificada.

#### IV. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO

##### (A) A Qualificação da Requerente como Sujeito Passivo pelo TVF

...

67. De fato, após a análise de todos os esclarecimentos apresentados pela Requerente no curso do procedimento de fiscalização, o TVF relata que a Requerente assinou um contrato de representação (“Contrato de Representação”) com cada um dos investidores estrangeiros no qual, além de assumir espontaneamente a representação legal, assumiu também a representação tributária desses investidores no Brasil.

68. Assim, com base na análise das cláusulas contratuais do Contrato de Representação firmado pela Requerente com o Investidor Estrangeiro, a Autoridade Fiscal concluiu que caberia à sociedade – na qualidade de responsável tributária dos investidores – exercer os direitos e obrigações relacionados ao recolhimento de IRF nas operações discutidas neste processo administrativo:

...

69. Não obstante tal entendimento, a Requerente demonstrará em detalhes que, nos termos da legislação tributária aplicável aos presentes fatos, a Requerente – na qualidade de representante legal dos Investidores Estrangeiros – não possui qualquer responsabilidade tributária pela retenção e pagamento do IRF incidente sobre investimentos realizados em situações em que existem fontes pagadoras específicas, tal como nos fundos geridos e/ou administrados pelo Grupo Pátria ou nas outras aplicações financeiras especificamente realizadas nos mercados financeiro e de capitais por dois Investidores Estrangeiros.

##### (B) IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA À REQUERENTE

###### (B.1) Responsável Legal x Responsável Tributário

70. Conforme exposto, a Fiscalização pretende atribuir à Requerente a responsabilidade tributária pelo recolhimento do IRF que, no seu entendimento, incidiria sobre as transferências efetuadas aos Investidores estrangeiros após o resgate dos recursos aplicados em Conta de Depósito 2.689. Assim, inicialmente, faz-se necessário compreender os conceitos de “responsável legal” e “responsável tributário” aplicáveis ao presente caso.

71. À época dos fatos contestados neste Auto Infração, os investidores estrangeiros que pretendessem investir no mercado financeiro e de capitais brasileiro estavam obrigados a observar os requisitos previstos na Resolução 2.689/00, com a abertura de uma Conta de Depósito 2.689 mantida por instituição financeira local:

...

72. Como se pode notar, o investidor estrangeiro em Conta de Depósito 2.689 deve constituir um representante legal no Brasil, que será responsável pelo cumprimento de determinadas obrigações regulatórias previstas na legislação específica. Este responsável legal, todavia, não se confunde com o responsável tributário, figura definida exclusivamente em lei tributária específica.

73. De fato, conforme determina o artigo 121 do Código Tributário Nacional ("CTN"), o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo, podendo este ser (A) o contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, ou então (B) o responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

74. No caso concreto, o Contribuinte será aquele que tem relação pessoal e direta com a disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza (os Investidores Estrangeiros). O Responsável Tributário, por sua vez, será aquele que, mesmo não realizando o fato gerador da obrigação, ocupará a condição de responsável pelo recolhimento em função de determinação expressa em Lei, satisfazendo o crédito tributário em favor do Contribuinte.

75. No caso específico de operações realizadas no mercado financeiro e de capitais, a regra de responsabilidade está prevista no artigo 16 da Medida Provisória no 2.189-49, de 23.08.2001 ("MP 2.189-49/01"):

...

76. Os dispositivos indicados acima são muito claros. No caso de investimentos realizados no mercado financeiro e de capitais, a responsabilidade pelo pagamento do imposto de renda é da fonte pagadora dos rendimentos e ganhos. Apenas para operações em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, quando o regime previsto no caput do referido artigo 16 acima transcrito não for aplicável, é que o responsável tributário poderia ser responsabilizado pelo recolhimento do IRF.

77. Essa regra geral de responsabilidade é completada por outros dispositivos específicos, conforme será explorado abaixo. Não obstante, esse dispositivo já serve para demonstrar o total descabimento da aplicação de responsabilidade à Requerente, que não é a fonte pagadora de qualquer valor aos Investidores Estrangeiros. Como será visto acima, não há regra impondo a responsabilidade tributária à Requerente (representante legal) no caso destes autos.

(B.2) A insuficiência da fundamentação legal do auto de infração 78. Conforme mencionado, sendo a Requerente enquadrada (pela Fiscalização) como responsável tributária para o recolhimento do IRF em questão sobre os ganhos auferidos pelos investidores estrangeiros (contribuintes), deveria a Fiscalização ter indicado o dispositivo de lei que expressamente colocaria a Requerente nessa condição de responsável tributária.

79. Todavia, tal fundamentação não foi realizada pela Fiscalização. Isso porque, conforme exposto acima, o Auto de Infração se valeu de dispositivos genéricos previstos na legislação que não são suficientes para qualificar a Requerente como sujeito passivo da obrigação tributária. Como se verá adiante, foram utilizados dispositivos genéricos e extremamente vagos, os quais não têm qualquer aplicação às operações realizadas no mercado financeiro. Não houve a identificação de conduta específica que pudesse ligar de modo claro, objetivo e necessário a Requerente a determinado fato tributável, na qualidade de responsável tributário.

80. Inicialmente, a Fiscalização faz referência ao artigo 128 do CTN, o qual dispõe sobre a atribuição de responsabilidade tributária a terceiro quando assim determinar expressamente a lei:

...

81. Como se pode notar, o Artigo 128 do CTN é uma “norma em branco”, sendo desprovida de efeitos se não acompanhada de uma lei que expressamente atribua a responsabilidade a terceiro. Nesse sentido, para que fosse caracterizada a responsabilidade tributária da Requerente, deveria a Fiscalização ter citado lei que expressamente atribuísse essa responsabilidade.

82. Assim, visando estabelecer alguma conexão com dispositivos de lei que pudessem preencher a “lacuna” deixada pelo artigo 128 do CTN, a Fiscalização utilizou o raciocínio de que essa responsabilidade decorreria de uma obrigação contratual firmada pela sociedade com cada um dos investidores estrangeiros, na qual a Requerente teria assumido a representação tributária desses investidores no Brasil.

83. Com base nessa obrigação contratual assumida pela Requerente, a Fiscalização argumenta que a sociedade estaria então vinculada ao cumprimento das obrigações de recolhimento de IRF em nome dos investidores, tendo por fundamento os artigos 115 a 118 do Código Civil de 2002, que tratam da representação contratual para fins civis.

...

85. Com efeito, esse entendimento, todavia, não tem qualquer aplicabilidade aos presentes fatos, uma vez que os dispositivos citados no TVF regulam apenas relações cíveis entre particulares e não possuem qualquer relação com a determinação do sujeito passivo de uma relação tributária. As operações analisadas nestes autos são altamente complexas e há um regime jurídico tributário específico para cada uma das situações ocorridas, o qual afasta qualquer responsabilidade da Requerente sobre tributos incidentes nas operações de investidores não residentes.

86. Ademais, é necessário ressaltar que as eventuais obrigações que decorram da relação contratual privada estabelecida entre a Requerente e os investidores em nada devem afetar a relação Fisco-Contribuinte, que é ditada por uma legislação tributária específica. As convenções firmadas entre particulares – como é o caso dos contratos de representação – não têm o condão de alterar o sujeito passivo de uma obrigação tributária, conforme determina de forma expressa o artigo 123 do CTN:

...

87. Assim, nota-se que ao tentar atribuir a responsabilidade tributária à Requerente com base em uma obrigação contratual, a Fiscalização – ao invés de indicar um dispositivo de lei que suporta a sua pretensão – elegeu na verdade uma situação jurídica na qual o próprio CTN impede a alteração da relação jurídica tributária (determinação de responsabilidade tributária por meio de convenções particulares).

88. Com base nesses primeiros esclarecimentos, já é possível constatar que é absurda a tentativa de se imputar responsabilidade tributária à Requerente, uma vez que:

a) a Requerente não é o contribuinte, já que não participa diretamente (e sequer indiretamente) do fato gerador (acréscimo patrimonial);

b) tampouco é responsável pela obrigação, uma vez que, como visto, a Fiscalização não conseguiu indicar dispositivos de lei que expressamente coloquem a Requerente nessa posição, não fazendo o necessário cotejamento dos fatos e dispositivos de lei que de forma clara, objetiva e necessária poderiam justificar a imputação de responsabilidade tributária à Requerente, e

c) é vedada a atribuição de responsabilidade tributária através de convenção particular, conforme determina expressamente o artigo 123 do CTN.

89. Assim, desde já, é possível concluir que a Fiscalização indicou dispositivos que simplesmente não podem ser aplicados ao caso concreto, o que gera a incorreta capitulação legal do presente auto de infração e, conseqüentemente, a nulidade do lançamento fiscal. A esse respeito, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”) já se manifestou por diversas vezes pela nulidade de autos de infração eivados de vícios na fundamentação:

...

(B.3) A responsabilidade tributária nas operações com fundos de investimento: a legislação específica aplicável aos presentes fatos

90. Afastados os dispositivos de lei invocados pela Fiscalização, faz-se necessário analisar o regime jurídico tributário específico que regulamenta as operações em fundos de investimento. Isso porque, alguns dos valores investidos pela Educational foram alocados em aplicações em fundos de investimentos. Para isso, é inicialmente importante ter em mente quais são as partes envolvidas em uma estrutura desse tipo, conforme graficamente representado a seguir:

...

91. Nesse sentido, os principais agentes envolvidos nesse tipo de estrutura podem ser assim qualificados:

...

92. No presente caso, a Requerente figura como representante legal e tributário dos Investidores Estrangeiros na estrutura discutida. Cumpre frisar que tanto a Resolução 2.689/00 quanto a mais recente Resolução BACEN nº 4.373/14 sempre reforçaram a inexistência de correlação do representante tributário da conta depósito com a figura do responsável tributário definido em lei:

...

93. Como se pode notar, a legislação faz uma distinção absolutamente clara entre representante legal e responsável tributário, determinando que este último deverá ser previsto em legislação tributária específica aplicável ao caso concreto, e que ambos não são necessariamente os mesmos. Ou seja, há situações em que o representante legal não é o responsável tributário no caso concreto.

94. No caso específico do IRF, o regime jurídico do sujeito passivo é regulamentado pelo artigo 45 do CTN, o qual define o contribuinte como aquele que se apresenta como titular da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza. Nesse caso, poderá haver também a atribuição de responsabilidade tributária a terceiro:

...

95. Assim, no caso específico de investimentos estrangeiros no Brasil, ainda que os contribuintes sejam os próprios Investidores Estrangeiros, a lei designa como responsáveis tributários terceiros relacionados ao fato gerador, tendo em vista as grandes dificuldades impostas à operacionalização do pagamento por esses não residentes. Os responsáveis tributários nesses casos são, em regra, as fontes pagadoras dos rendimentos.

96. Com efeito, diversas são as previsões normativas que designam a fonte pagadora como responsável tributário pelo recolhimento. Confira-se:

...

97. Dessa forma, conforme determina a legislação específica, o responsável tributário pelo recolhimento do IRF devido nas operações com fundos de investimento é aquele que efetua o pagamento das remessas destinadas aos Investidores Estrangeiros.

98. Ocorre que, como esse responsável deve ter uma capacidade jurídica própria para cumprir o seu papel de responsável tributário – o que não ocorre com os fundos de investimento, entidades não revestidas de personalidade jurídica – o efetivo responsável tributário nessa relação é o administrador do fundo de investimento, que fica com o encargo de efetuar o recolhimento dos tributos devidos.

99. Especificamente sobre a sistemática de recolhimento de impostos nas operações no mercado financeiro ou de capitais, deve-se destacar as disposições contidas na Lei nº 9.532, de 10.12.1997 (“Lei 9.532/97”), a qual atribui de forma expressa a responsabilidade do administrador do fundo:

...

100. A Lei 9.532/97 atribui ao administrador, inclusive, algumas faculdades como por exemplo efetuar a compensação de eventuais perdas apuradas no resgate de cotas com ganhos auferidos em operações posteriores. Dessa forma, resta claro que somente o administrador do fundo detém os meios necessários para controlar as transações relativas à retenção e recolhimento de tributos, bem como é o único a dispor de controle geral das finanças do FIP. Confirma-se o Artigo 28, §4º da Lei 9.532/97:

...

101. No mesmo sentido, o artigo o artigo 4º da Lei nº 9.779, de 19.1.1999 (“Lei nº 9.779/99”), que, dentre outros temas dispõe sobre a tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário e dos rendimentos auferidos em aplicação ou operação financeira de renda fixa ou variável, estabelece de forma expressa que a instituição administradora do fundo será a responsável tributária pelo recolhimento dos tributos incidentes sobre o resgate dos recursos investidos:

...

102. Portanto, no que diz respeito aos investimentos financeiros sujeitos à metodologia de recolhimento do IRF, a fonte pagadora é, como regra geral, o responsável pela retenção e recolhimento do imposto devido na qualidade de responsável tributário. No entanto, em operações específicas com fundos de investimento (entes despersonalizados), a lei atribui à administradora do Fundo a qualidade de responsável tributária. Esse é o regime jurídico aplicável aos fatos ora analisados.

103. E a jurisprudência do CARF sobre o assunto confirma esse entendimento, estabelecendo que o administrador do fundo é o efetivo responsável tributário pelo recolhimento do imposto devido nas operações com investidores estrangeiros:

...

104. Conforme precisamente determinou o Acórdão acima, a instituição administradora do Fundo de Investimento Imobiliário é responsável pelo cumprimento das obrigações tributárias do Fundo, inclusive acessórias. Trata-se de uma situação jurídica na qual a lei atribui de forma específica responsabilidade tributária a terceiro, imputando ao administrador do fundo a obrigação pelo recolhimento do crédito tributário.

105. Nesse mesmo sentido, o Acórdão 1402-002.320 do CARF, de 4.10.2016 manteve o entendimento de que o administrador do fundo de investimento tem responsabilidade tributária atribuída por lei sobre os pagamentos efetuados pelo fundo aos seus investidores:

...

“Portanto, é a instituição administradora a responsável pela gerência de toda a atividade do fundo e, exceto em relação à responsabilidade da fonte pagadora pela retenção do imposto sobre os rendimentos de que trata o art. 16 da Lei nº 8.668/93, responde também pelo cumprimento das demais obrigações tributárias, inclusive acessórias, do fundo, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.779/99.

(...)

106. Por todo o exposto, considerando que: (A) O representante legal só é responsável tributário nas hipóteses em que a lei assim expressamente definir, (B) não foi apontado pela Fiscalização qualquer dispositivo de lei que atribuísse a responsabilidade tributária à Requerente nas operações específicas analisadas nestes autos, (C) a Requerente não praticou ou teve qualquer relação com o fato gerador e, por fim, que (D) há regra específica na Lei 9.532/97 que atribui ao administrador a responsabilidade pela retenção e recolhimento dos tributos devidos nas operações com fundos de investimento, pode-se concluir que apenas o administrador dos fundos analisados neste processo teria a condição de responsável tributário sobre os rendimentos auferidos por esses investidores, sendo incabível a responsabilização de outras entidades para esse fim.

(B.4) A responsabilidade tributária nas operações no mercado financeiro e de capitais

107. O Investidor Estrangeiro Educational também realizou operações no mercado financeiro e de capitais em geral.

108. Conforme será detalhado abaixo na descrição das etapas do investimento estrangeiro, a Etapa n.º 3 é o momento em que pode eventualmente ocorrer algum fato gerador do IRF. Isso porque é exatamente nas operações específicas do mercado financeiro e de capitais que ocorrem o resgate, a alienação ou o auferimento de rendimentos que podem estar sujeitos ao IRF.

109. Ora, quando a D. Fiscalização pretende imputar responsabilidade tributária para a Requerente, deveria verificar se em cada uma das operações realizadas no mercado financeiro e de capitais havia, ou não, uma fonte pagadora específica, responsável pelo recolhimento do IRF devido pelo investidor não residente.

...

113. Quem deve recolher o imposto é aquele que a lei indicar. E a lei indica a fonte pagadora como a responsável pelo recolhimento do IRF para as aplicações no mercado financeiro e de capitais realizadas pelos Investidores Estrangeiros. Confira-se mais uma vez o parágrafo primeiro do artigo 16 da Medida Provisória 2.189-49/01:

...

114. Apenas para algumas operações muito específicas, quando não for aplicável o regime previsto no artigo 16 da Medida Provisória acima transcrita, é que os parágrafos 2º e 3º do mesmo artigo 16 estabelece a responsabilidade tributária do representante legal (i.e. operações em bolsa de valores). Note-se, todavia, que mesmo neste caso, as autoridades fiscais precisariam ter identificado com precisão qual operação e qual ganho estaria sendo considerado para que a Requerente pudesse ser considerada como sujeito passivo da obrigação tributária.

(C) O ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO E A NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

115. Pelo exposto acima, a Requerente tem por certo que a Fiscalização cometeu grave equívoco ao enquadrar a Requerente – mero representante legal e custodiante da Conta de Depósito 2.689 – como responsável tributário pelo recolhimento do IRF discutido nestes autos.

116. Na verdade, existe previsão legal expressa determinando que apenas a fonte pagadora terá a condição de responsável tributário sobre os rendimentos auferidos por esses investidores, sendo incabível a responsabilização de outras entidades para esse fim. Reitere-se, a Requerente não é fonte pagadora de nada. A Requerente é simples depositária dos valores, não figurando juridicamente como fonte pagadora de rendimentos e/ou ganhos aos Investidores Estrangeiros.

117. Nesse sentido, ao colocar a Requerente no polo passivo da presente obrigação tributária, a Fiscalização cometeu evidente erro na identificação do sujeito passivo, restando demonstrada a absoluta nulidade da presente exigência fiscal. Nesses casos, o CARF e a CSRF vem atestando a nulidade do lançamento fiscal e cancelando as autuações, conforme é possível extrair de diversos precedentes recentes:

...

(D) SÍNTESE CONCLUSIVA QUANTO AO ERRO NA INDICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO

120. A Requerente demonstrou que o presente Auto de Infração é nulo de pleno direito pelos motivos que podem ser sintetizados conforme abaixo:

...

V. AS DEMAIS NULIDADES DO LANÇAMENTO FISCAL

(A) NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO: O ERRO NA APLICAÇÃO DO DIREITO

121. À época das operações de câmbio contestadas neste Auto Infração (2012 a 2014), os investidores estrangeiros que pretendessem investir no mercado financeiro e de capitais brasileiro estavam obrigados a observar os requisitos previstos na Resolução 2.689/00, com a abertura de uma Conta de Depósito 2.689 mantida por entidade autorizada a prestar serviços de custódia pelo BACEN ou CVM.

122. Assim, os recursos financeiros que um investidor estrangeiro pretendesse investir no Brasil eram transferidos para uma Conta de Depósito 2.689 e, posteriormente, eram aplicados em ativos financeiros disponíveis no mercado financeiro e de capitais brasileiros. No que interessa à presente discussão, o processo de investimento no Brasil por investidores não residentes pode ser dividido em quatro etapas principais:

...

123. Conforme mencionado no TVF, as Autoridades Fiscais iniciaram o procedimento fiscal com o objetivo de validar “benefícios contidos no caput do art. 3º da Lei nº 11.312, de 27/06/2006, e aplicados aos rendimentos auferidos por beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, individuais ou coletivos, representados tributariamente, no presente caso, pelo Requerente”. Ou seja, as Autoridades Fiscais iniciaram a Fiscalização para verificar se o Investidor Estrangeiro possuía direito à aplicação da alíquota zero sobre rendimentos auferidos no momento do resgate/amortização de cotas de fundos de investimento em participações (Etapa nº 3 mencionada acima).

124. As Autoridades Fiscais afirmam que não tiveram êxito em comprovar adequadamente quem eram os investidores beneficiários dos FIPs, de forma que a Requerente teria efetuado pagamentos a “beneficiários não identificados”, o que justificaria a exigência de IRF à alíquota de 35% nos termos do caput do artigo 61 da Lei 8.981/95. Confira-se os seguintes trechos do TVF:

...

125. Em outras palavras, as Autoridades Fiscais entenderam que as transferências de recursos da Conta de Depósito 2.689 para a conta de mesma titularidade dos Investidores Estrangeiros (Etapa nº 4 descrita acima) seria equivalente a um pagamento efetuado por pessoas jurídicas a beneficiário não identificado.

126. Por evidente que existe grave erro na interpretação dos fatos e do direito aplicável por parte das Autoridades Fiscais, uma vez que foi presumida a existência de renda em transferência de recursos entre contas bancárias de mesmo contribuinte. Veja: a Requerente não é titular dos recursos e nem possui qualquer obrigação de pagar nada a ninguém, e, nessa condição, não efetua o pagamento a ninguém na Etapa nº 4. Os recursos estão apenas depositados na Conta de Depósito 2.689 aberta em nome do Investidor Estrangeiro.

127. Eventuais impactos tributários somente poderiam ser verificados na Etapa nº 3, quando o Investidor Estrangeiro liquida/resgata as suas aplicações financeiras no Brasil. É nesse momento que deve ser examinada a existência de efetivo ganho ou perda de capital, com a tributação aplicável nos termos da lei, pela pessoa responsável por tal pagamento, conforme a natureza do respectivo ganho.

128. Nesse contexto, a Autoridade Fiscal deveria examinar se houve ou não ganho de capital tributável no momento da amortização/resgate de cotas dos FIPs, com aplicação das regras previstas no Artigos 2º da Lei 11.312/06 (caso o beneficiário dos rendimentos não tenha direito à alíquota zero) ou no Artigo 3º da Lei 11.312/06 (caso o beneficiário dos rendimentos tenha direito à aplicação da alíquota zero). O mesmo ocorre em relação a outros investimentos no mercado financeiro e de capitais. Quando o Investidor Estrangeiro vende ações, títulos ou quaisquer outros direitos é que deveria ser verificada a existência ou não ganho de capital ou rendimento tributável, momento em que o imposto de renda precisaria ser pago e eventualmente recolhido pelo Representante Tributário, caso não pudesse ser aplicada a alíquota zero ou isenção específica para cada tipo de investimento.

129. Na hipótese de não comprovação do beneficiário de eventual ganho de capital ou rendimento auferido no resgate/amortização de cotas do FIP ou de outras aplicações financeiras (Etapa n.º 3), a Fiscalização deveria, quando muito, exigir a tributação incidente para cotistas dos fundos de investimentos que não fazem jus aos benefícios fiscais de alíquota zero de IRF ou a tributação do IRF sobre outros ganhos realizados pelos Investidores Estrangeiros nas operações em geral realizadas no mercado financeiro e de capitais.

130. No lugar de aplicar o direito correto à situação que potencialmente constitui o fato gerador da obrigação tributária (resgate/amortização de cotas do FIP e resgate ou alienação de outros investimentos no mercado financeiro e de capitais), a Fiscalização pretendeu presumir que uma simples transferência de recursos entre o mesmo titular (Etapa n.º 4) corresponderia ao pagamento de um rendimento em benefício dos Investidores Estrangeiros.

131. Ademais, vale notar que, em decorrência da reaplicação dos recursos presentes na Conta de Depósito 2.689, é muito complexo (ou até mesmo impossível) segregarem quais operações de câmbio corresponderiam exclusivamente aos recursos provenientes de suas aplicações em FIPs daquelas relacionadas a outras aplicações financeiras, uma vez que a transferência dos recursos não é fato gerador do Imposto de Renda. A Requerente esclarece que o investidor estrangeiro Educational possuía carteira de investimento altamente diversificada, sendo que os recursos mantidos em sua Conta de Depósito 2.689 eram originados de diversas fontes de aplicações distintas.

132. Nesse sentido, os questionamentos formalizados pelas autoridades fiscais partem de premissa simplista de que tais valores corresponderiam a rendimentos tributáveis, sem sequer demonstrar: (A) quais seriam os fundamentos para eventual tributação das aplicações financeiras que resultaram nos recursos depositados em conta; e, (B) qual seria a natureza do ganho (se existente) a ser tributado. Note que para se impor um auto de infração a um contribuinte ou responsável, no mínimo, deve-se indicar de modo claro e objetivo, qual é o fato gerador que se pretende tributar. A Fiscalização elegeu o momento da transferência ao exterior, indicando a operação de câmbio como sendo o fato gerador do IRF, quando, na verdade, deveria ter identificado cada uma das operações, suas datas, valores, base de cálculo, alíquota aplicável, etc., para que pudesse minimamente exigir qualquer tributado da Requerente. Este erro de direito é incorrigível e fulmina integralmente a validade do auto de infração.

133. Resta demonstrado que as Autoridades Fiscais atuaram de forma oportunista, presumindo a existência de renda em recursos que, até onde foi demonstrado pelo TVF, constituíam meras transferências de recursos entre contas de um mesmo titular.

134. A tributação de aplicações financeiras deve ocorrer pela análise individual das aplicações financeiras realizadas, considerando (A) o capital originalmente investido e (B) o tratamento tributário específico da aplicação financeira, conforme determinado pela própria legislação fiscal. Dessa forma, a análise genérica, simplista e abusiva, realizada pelas Autoridades Fiscais a respeito de transferências entre contas bancárias de um mesmo titular (investidor estrangeiro) desrespeita a própria lógica de tributação proposta pelo legislador nacional.

135. Por conta disso, há erro na aplicação do direito, fato que implica a integral nulidade do presente Auto de Infração.

136. Vale destacar que o STJ possui entendimento consolidado, em sede de recurso repetitivo, que a existência de um “erro de direito” macula o Auto de Infração de nulidade insanável, que não pode sequer ser objeto de revisão pela Autoridade Fiscal:

...

137. O presente caso não é um caso de “pagamento efetuado por pessoa jurídica a beneficiário não identificado”. Isto porque, no momento da transferência de recursos da Conta de Depósito 2.689 para a conta corrente dos Investidores Estrangeiros no exterior (Etapa n.º 4), não existe nenhuma fonte brasileira que efetua o pagamento de renda em favor de beneficiário no exterior. Grifado no original

138. No lugar de aplicar as regras específicas que tratam do ganho auferido na amortização/resgate de cotas do FIP ou de ganhos auferidos no resgate ou alienação de aplicações financeiras (Etapa nº 3), as Autoridades Fiscais aplicaram dispositivo legal que não possui nenhuma conexão com a realidade dos fatos ocorridos. Frise-se: o caput do artigo 61 da Lei 8.981/95 jamais poderia ser aplicado nas transferências de recursos entre contas de mesma titularidade (Etapa nº 4).

139. O “erro de direito” cometido pela Fiscalização guarda uma gravidade tão relevante que a jurisprudência vinculante do STJ (em sede de Recursos Repetitivos) dispõe que não é possível modificar o Auto de Infração caso constatada a existência de “erro de direito”. Dessa forma, a única conclusão possível é que o presente Auto de Infração é integralmente nulo, devendo ser imediatamente cancelado. Grifado no original

(B) Nulidade do Auto de Infração: Erro na Determinação do Fato Gerador

140. As Autoridades Fiscais elegeram 11 operações de câmbio como o fato gerador do IRF. Ocorre que, como bem demonstrado acima, as onze operações de câmbio indicadas pela D. Fiscalização relacionam-se apenas com a Etapa nº 3 do investimento feito pelo Investidor Estrangeiros.

141. Ora, como amplamente explicado acima, o Investidor Estrangeiro realizou investimentos nos mercados financeiros e de capitais nos mais variados tipos de investimento (fundos de investimentos, ações, títulos de dívida etc.).

142. A incidência do IRF relaciona-se com o auferimento de renda, ou seja, com a verificação de que o Investidor Estrangeiro auferiu em determinada operação algum ganho, rendimento ou acréscimo patrimonial.

143. O momento em que o Investidor Estrangeiro aufere essa renda é necessariamente o momento em que ocorre o resgate, a alienação ou a liquidação das referidas aplicações financeiras. Esses fatos ocorrem necessariamente na Etapa nº 3 do investimento feito pelo não-residente.

144. A D. Fiscalização escolheu fatos que ocorreram na Etapa nº 4 da estrutura descrita acima, qual seja, a transferência de recursos aos Investidores Estrangeiros. Ocorre que esse fato do mundo fenomênico não é fato tributável pelo IRF.

145. Em verdade, as operações de câmbio elegidas pelas Autoridades Fiscais podem ser fato gerador do Imposto sobre Operações Financeiras, na modalidade Câmbio (“IOF/Câmbio”), mas não fato gerador do IRF.

146. Fato gerador do IRF ocorre apenas quando o Investidor Estrangeiro resgata, aliena ou liquida de qualquer forma as operações financeiras realizadas no mercado financeiro e de capitais (ações, fundos de investimento, títulos de dívida, etc.).

147. Assim, é evidente que a D. Fiscalização errou o fato gerador tributável. Esse erro de fato gerador implicou também o erro de sujeito passivo como descrito acima. De fato, como o fato gerador já tinha ocorrido antes da Etapa nº 4 (transferência de recursos ao exterior), o sujeito passivo da obrigação tributária era a fonte pagadora do ganho, rendimento ou renda auferida.

148. Note-se que a argumentação pela nulidade do presente Auto de Infração é inafastável: só se tem renda tributável quando ocorre o resgate, alienação ou liquidação de uma aplicação financeira ou de um ativo financeiro. Quando a autoridade busca tributar um evento posterior ao suposto fato gerador, o faz errado e ao arrepio da lei.

...

154. Porque errou a data do fato gerador, errou também a pessoa responsável pelo recolhimento do suposto imposto. Do mesmo modo, errou a base de cálculo, pois não verificou qual foi o ganho em cada operação. Também errou a alíquota, porque os ganhos possuem naturezas jurídicas distintas.

155. Aplicando-se esse raciocínio ao caso em análise, temos que a D. Fiscalização buscou tributar apenas a transferência de recursos ao exterior (Etapa nº 4), sem verificar as operações específicas (Etapa nº 3) que poderiam gerar eventual ocorrência do fato gerador do IRF.

156. O fato do mundo fenomênico que ele tentou tributar não é fato tributável pelo IRF. Quando muito poderia ser pelo IOF-Câmbio, mas nunca pelo IRF. O erro de fato gerador é patente e impõe o cancelamento integral do presente Auto de Infração.

**(C) NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO: ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO**

157. No presente caso, existiu grave erro na aplicação do direito, uma vez que as Autoridades Fiscais pretenderam tratar simples transferências de recursos entre contas bancárias de mesma titularidade (Etapa nº 4 descrita acima) como rendimento auferido pelos Investidores Estrangeiros.

158. Não obstante, conforme corretamente mencionado acima, na Etapa no 3 dos investimentos realizados em Conta de Depósito 2.689 é que o Investidor Estrangeiro compra e vende ativos, podendo realizar ganho e perdas em seus investimentos.

159. Ora, os extratos da Conta de Depósito 2.689/00 (conforme doc.no 14) demonstram claramente que o Investidor Estrangeiro Educational realizou centenas de operações em bolsa de valores, comprando e vendendo ações no mercado brasileiro.

160. Essas operações geraram ganhos de capital auferidos pelo Investidor Estrangeiro. Como o investidor estava situado no Reino Unido e seu último sócio era uma pessoa física residente e domiciliada na Suíça, resta claro que qualquer ganho tributável reconhecido nessas operações seria isento.

161. O mesmo ocorreu com os investimentos feitos pela Educational nos Fundos de Investimentos em Participações – FIPs. Por possuir investimento em percentual inferior a 40% dos referidos fundos, não ser parte vinculada com os demais investidores e não estar localizado em paraíso fiscal, os ganhos auferidos pela Educational eram isentos de qualquer tributação, não podendo sequer ser falado em tributação dos valores depositados na Conta de Depósito 2.689.

162. Evidentemente que se os ganhos auferidos pelo Investidor Estrangeiro eram isentos, com mais razão ainda a posterior transferência desses recursos, realizadas em data diferente e em valores diferentes do que aqueles gerados nas operações, não poderia jamais ser considerada como fatos gerador de imposto de renda.

163. Se não poderiam ser considerados fatos geradores do imposto de renda com base nas alíquotas específicas, quem dirá com base na alíquota genérica de 35%, reajustada. Por óbvio, que esse procedimento foi totalmente equivocado.

164. A aplicação das normas tributárias não pode estar sujeita à comodidade das Autoridades Fiscais. No caso em questão, a Fiscalização deixou de realizar seu trabalho de analisar, individualmente, as aplicações financeiras realizadas pelo Investidor Estrangeiro e simplesmente optou por presumir que os valores transferidos ao exterior constituíam rendas tributáveis.

165. A consequência da desastrosa lavratura deste Auto de Infração é a incidência de IRF à alíquota efetiva de 53,8% (após o reajustamento da base de cálculo) sobre o retorno do capital originalmente aportado pelos Investidores Estrangeiros no País. Não existe outra denominação a ser conferida ao agressivo posicionamento adotado pela Fiscalização: trata-se de verdadeiro CONFISCO do patrimônio do Investidor Estrangeiro!

166. Portanto, o Auto de Infração cometeu grave equívoco na quantificação do montante potencialmente tributável e deve ser considerado integralmente nulo, conforme orienta a jurisprudência do próprio CARF:

...

167. O erro da determinação da base de cálculo é gritante no caso desses autos. Qual foi o ganho auferido pelo Investidor não residente? Qual foi a alienação que gerou ganho? Qual o montante desse ganho? Quem foi a contraparte desse ganho? Qual a natureza jurídica do ganho ou do rendimento? Em que data esse ganho ou rendimento auferido? Qual a lei que determina o ganho de capital tributável? Nenhuma dessas perguntas foi respondida ou analisada! Como pode a D. Fiscalização ignorar todas as operações realizadas e buscar tributar uma transferência ao exterior de contas de um mesmo titular? Operação de câmbio não é fato gerador de imposto de renda. Nunca foi e nem nunca será base de cálculo de Imposto de Renda!

**(D) NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO: ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA APLICÁVEL**

168. O Auto de Infração foi lavrado para exigência de IRF sobre as transferências de recursos das Contas de Depósito 2.689 para contas bancárias mantidas pelos Investidores Estrangeiros no exterior (Etapa nº 4 mencionada acima). Já foi demonstrado que a transferência de recursos entre contas bancárias de mesma titularidade não configura “rendimento” e não pode estar sujeita à incidência de IRF.

169. Caso as Autoridades Fiscais pretendessem exigir qualquer valor a título de IRF, deveriam examinar o tratamento tributário de cada uma das aplicações financeiras conduzidas pelos Investidores Estrangeiros a partir da Conta de Depósito 2.689.

170. No caso de investimentos realizados nos FIPs, dois tratamentos tributários distintos poderiam ser verificados:

- O Investidor Estrangeiro atende aos requisitos para aplicação do benefício fiscal de IRF: nessa hipótese, aplica-se o disposto no Artigo 3º da Lei 11.312/06, com incidência de IRF à alíquota zero sobre os ganhos de capital auferidos pelo Investidor Estrangeiro.

- O Investidor Estrangeiro não atende aos requisitos para aplicação do benefício fiscal de IRF: já neste segundo cenário, aplicar-se-ia a regra geral prevista no Artigo 2º da Lei 11.312/06, com incidência de IRF à alíquota de 15% sobre os ganhos auferidos pelo investidor estrangeiro.

171. Portanto, no caso de aplicações financeiras efetuadas pelo Investidor Estrangeiro no FIP, apenas duas alíquotas de IRF podem ser aplicadas: a alíquota zero (no caso de Investidor Estrangeiro que cumpre os requisitos do benefício fiscal) ou a alíquota de 15% (no caso de todos os demais Investidores Estrangeiros).

172. Se as Autoridades Fiscais concluíram que não houve confirmação do atendimento aos requisitos para aplicação da alíquota zero de IRF nos investimentos efetuados no FIP, na pior das hipóteses deveriam ter aplicado a regra geral que prevê a alíquota de 15% sobre o ganho auferido no resgate das cotas – e nunca presumir o pagamento a beneficiário não identificado sujeito ao IRF à alíquota de 35% (carga tributária efetiva de 53,8%).

173. A consequência do não preenchimento aos requisitos para a concessão do benefício fiscal é a aplicação da alíquota genérica (15%) sobre os ganhos auferidos pelo Investidor Estrangeiro. No presente caso, as Autoridades Fiscais ignoraram o tratamento tributário aplicável às aplicações efetuadas pelos Investidores Estrangeiros e simplesmente presumiram que as transferências de recursos das Contas de Depósito 2.689 configuraram pagamento a beneficiário não identificado.

174. Se existe alguma irregularidade no gozo dos benefícios tributários previstos na Lei 11.312/06, as Autoridades Fiscais deveriam – quando muito – impor a alíquota genérica aplicável no resgate de aplicações financeiras no FIP (15%). Para o ganho auferido em outras modalidades de aplicações financeiras (investimentos em bolsa de valores ou títulos públicos, por exemplo), deveria ser aplicável a respectiva alíquota prevista na legislação tributária.

175. O que não pode ser admitido é conferir às aplicações financeiras efetuadas no Brasil um tratamento tributário muito mais gravoso do que o que seria admitido na

*hipótese de os Investidores Estrangeiros não gozarem de determinados benefícios fiscais. Se uma determinada entidade não faz jus a uma isenção específica, a consequência é a aplicação da regra de tributação genérica – e nunca a imposição de um tratamento tributário excessivamente mais gravoso.*

*176. No caso de investimentos realizados no mercado financeiro e de capitais, dois tratamentos tributários distintos poderiam ser verificados:*

*· O Investidor Estrangeiro atende aos requisitos para aplicação do tratamento específico de IRF (isenção dos ganhos de capital, tributação à alíquota de 15% para rendimentos em geral, e tributação à alíquota de 10% para operações de swap): nessa hipótese, aplica-se o disposto no 16 da Medida Provisória 2.189-49/01.*

*· O Investidor Estrangeiro não atende aos requisitos para aplicação do tratamento específico de IRF (isenção dos ganhos de capital, tributação à alíquota de 15% para rendimentos, e tributação à alíquota de 10% para operações de swap): neste segundo cenário, a mesma regra aplicável às pessoas físicas deveria ser aplicada para tributação dessas operações, devendo ser aplicada cada uma das alíquotas específicas para cada tipo de ganho.*

*177. Ora, mesmo no caso do mercado financeiro e de capitais, as autoridades fiscais precisariam ter identificado cada uma das operações que poderiam ter ensejado o reconhecimento de um ganho de capital, rendimento ou ganho em operação de swap para, se fosse o caso, aplicar a alíquota cabível.*

*178. De se notar que o parágrafo 2o do artigo 16 da Medida Provisória 2.189-49/01 é muito claro ao estabelecer que a reponsabilidade pelo pagamento do imposto devido pelo investidor não residente é da fonte pagadora de cada rendimento. A responsabilidade do representante tributário se aplica apenas para operações em bolsa de valores ou outros casos específicos previstos na legislação, quando o investidor estiver localizado em paraíso fiscal.*

*179. Nada disso foi feito no caso concreto desses autos. Não houve a necessária identificação das operações da Etapa nº 3 que pudessem justificar a incidência do IRF com a correta alíquota aplicável e, mais importante, identificar quem seria o eventual responsável pelo recolhimento do imposto.*

*180. Por evidente que o erro a aplicação da alíquota configura vício formal que macula o presente Auto de Infração de nulidade, conforme reconhecido pela jurisprudência do CARF:*

...

*181. Dessa forma, tendo em vista o erro formal na aplicação da alíquota, o presente Auto de Infração é nulo de pleno direito.*

#### **VI. A DECADÊNCIA: FATOS GERADORES OCORRIDOS DURANTE NO ANO DE 2012 ESTÃO FULMINADOS PELA DECADÊNCIA**

*182. A Requerente esclarece que os valores exigidos pelas Autoridades Fiscais sobre remessas efetuadas antes de 22.12.2012 (mais de cinco anos antes da lavratura do Auto de Infração) estão integralmente abrangidos pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN. Portanto, cinco remessas ao exterior efetuadas até 22.12.2012 não poderiam ser objeto de autuação fiscal:*

Data Câmbio	Nº do Contrato de Câmbio	Valor
30/01/2012	102592313	28.032.000,00
10/02/2012	102851204	2.581.500,00
11/05/2012	104763255	8.063.558,89
14/05/2012	104798375	1.460.300,00
15/05/2012	104831180	3.601.160,00

*183. O artigo 150, § 4º, do CTN, é claro ao afirmar que, em se tratando de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do IRF, a Fazenda possui o prazo de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, para questionar o recolhimento do tributo efetuado pelo contribuinte:*

...

184. No presente caso, o Auto de Infração tem por objeto as remessas realizadas através

de contratos de câmbio celebrados entre Janeiro de 2012 e Fevereiro de 2014. Contudo, a autuação foi lavrada apenas em 20.12.2017, isto é, mais de 5 anos após a ocorrência dos fatos geradores relativos aos meses de Janeiro a Maio de 2012.

185. Se as Autoridades Fiscais não se pronunciaram acerca dos supostos débitos do IRF discutidos nos 5 (cinco) anos posteriores à ocorrência dos fatos geradores, resta extinto o crédito tributário, sendo a presente autuação nula de pleno direito.

186. É inquestionável a caracterização do IRF como um tributo sujeito ao lançamento por homologação, reconhecido, inclusive, pelas Autoridades Fiscais no presente Auto de Infração. Além disso, o suposto fato gerador do IRF é diário e verificado na data da efetiva remessa ao exterior. Conforme reconhecido pela RFB em diversas Soluções de Consulta, o fato gerador do IRF nas remessas ao exterior ocorre na data do seu efetivo pagamento:

...

187. Portanto, uma vez que os supostos fatos geradores do IRF relativo aos referidos contratos de câmbio (n.ºs 102592313, 102851204, 104763255, 104798375 e 104831180) se aperfeiçoaram há mais de 5 (cinco) anos, operou-se a decadência e consequente homologação tácita do lançamento tributário.

188. E não se venha afirmar que não houve “princípio de pagamento” do IRF, de forma que a regra de decadência aplicável deveria ser a do Artigo 173, I, do CTN. Isso porque a Requerente foi contribuinte do IRF no ano-calendário de 2012, conforme pode ser confirmado pela própria RFB nas declarações apresentadas pela Requerente e evidenciadas com os DARFs juntados a este processo administrativo:

189. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) é cristalina ao afirmar que havendo pagamento do tributo, ainda que não integral, estará ele sujeito à regra do Artigo 150, § 4º, do CTN:

...

190. Portanto, não restam dúvidas de que se operou a decadência dos supostos fatos geradores de IRF ocorridos entre Janeiro e Maio de 2012, sendo o Auto de Infração nulo por mais esse motivo.

#### VII. O AUTO DE INFRAÇÃO

191. As Autoridades Fiscais entenderam que as transferências de recursos das Contas de Depósito 2.689 para contas mantidas no exterior pelo Investidor Estrangeiro corresponderiam a um pagamento efetuado a beneficiário não identificado, o que justificaria a imposição do IRF à alíquota de 35%, com reajustamento da base de cálculo (o que leva a alíquota efetiva de IRF ao patamar de 53,8%), acrescido de multa de 150% e juros calculados conforme a taxa SELIC.

192. No entendimento da Fiscalização, o Requerente deveria ter identificado os beneficiários finais das remessas de recursos a partir das Contas de Depósito 2.689, uma vez que: (A) a entidade constituída no reino Unido (Investidor Estrangeiro titular da Conta de Depósito 2.689) é desprovida de substância econômica e foi constituída com o único propósito de gerar benefícios fiscais; e (B) as normas fiscais e regulatórias determinam que o Requerente identifique toda a cadeia de investidores até o nível do beneficiário final.

193. Importante destacar que o escopo do Auto de Infração é específico e delimitado: (A) existe o questionamento de 11 operações de câmbio para transferência de recursos ao exterior, efetuadas para um único investidor estrangeiro; e (B) a única alegação é que não houve a identificação do beneficiário final de tais transferências. As autoridades fiscais não questionam em nenhum momento a origem ou a causa da operação, limitando-se a aplicar o disposto no caput do Artigo 61 da Lei 8.981/95.

194. Como já visto acima, a cadeia de investimentos no Brasil foi devidamente identificada, sem que se possa cogitar a aplicação do caput do artigo 61 da Lei 8.981/95. Conforme será visto de forma detalhada, o presente Auto de Infração não merece prosperar e deve ser integralmente cancelado.

VIII. O DIREITO | IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE APLICAÇÃO DO IRRF DE 35%

(A) A DELIMITAÇÃO DA APLICAÇÃO DO CAPUT DO ARTIGO 61 DA LEI 8.981/95

195. O Auto de Infração foi lavrado para exigência de valores a título de IRF, à alíquota de 35%, sobre as transferências de recursos de Contas de Depósito 2.689 para contas bancárias mantidas no exterior pelos Investidores Estrangeiros.

196. No entendimento da Fiscalização, essas simples transferências de recursos constituem pagamentos efetuados pelo Requerente para beneficiários não identificados. A fundamentação utilizada pelas Autoridades Fiscais é o caput do artigo 61 da Lei 8.981/95:

...

197. A redação do dispositivo deixa claro que existem duas hipóteses para a aplicação do IRF à alíquota de 35%:

- a. Primeira Hipótese: No caso de pagamento a beneficiário não identificado; ou
- b. Segunda Hipótese: No caso de pagamento ou entrega de recursos sem comprovação da operação ou a sua causa.

198. A Primeira Hipótese ocorre quando existe o pagamento a beneficiário não identificado. O legislador utiliza apenas o termo “pagamento”, que possui definição específica no ordenamento jurídico.

199. Já a Segunda Hipótese ocorre quando existe o “pagamento ou entrega de recursos” sem comprovação da operação ou a sua causa. Nesse caso, o legislador amplia o leque de operações que podem estar sujeitas ao IRF de 35%: tanto as operações caracterizadas como “pagamento” como a “entrega de recursos”.

200. No presente caso, o Auto de Infração exige a incidência de IRF em razão de um suposto pagamento a beneficiário não identificado (Primeira Hipótese), sem nenhum questionamento sobre a comprovação da operação ou a sua causa (Segunda Hipótese). Confira o seguinte trecho do TVF, que efetivamente limita o escopo de aplicação do caput do artigo 61 da Lei 8.981/95:

...

201. A Requerente ressalta que, em nenhum trecho do Termo de Verificação Fiscal, as Autoridades Fiscais questionam: (A) a efetividade das operações de investimento realizadas pelos Investidores Estrangeiros; (B) a causa para realização das transferências questionadas; ou (C) a não indicação do parágrafo primeiro do referido artigo 61 da Lei 8.981/95 como fundamento da autuação fiscal. Dessa forma, o lançamento tributário foi lavrado exclusivamente com fundamento na Primeira Hipótese de aplicação do caput do artigo 61 da Lei 8.981/95: o suposto “pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado”.

(B) OS REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA APLICAÇÃO DO CAPUT DO ARTIGO 61 DA LEI 8.981/95

202. A leitura do caput do Artigo 61 da Lei 8.981/95 demonstra que existem dois requisitos principais para que o dispositivo possa ser aplicado a uma determinada situação específica:

- Primeiro Requisito | Pagamento: a transferência de recursos deve ser caracterizada como um efetivo pagamento;
- Segundo Requisito | Identificação do Beneficiário: não é possível identificar o beneficiário do pagamento efetuado pela pessoa jurídica.

203. *Ao menos esses dois principais requisitos previstos no caput do Artigo 61 da Lei 8.981/95 devem ser atendidos para que o Auto de Infração possa ser julgado procedente. Como será demonstrado, contudo, no presente caso não existe atendimento a NENHUM dos dois requisitos essenciais previstos em lei para que se pudesse permitir minimamente a exigência de IRF à alíquota de 35%.*

204. *A Requerente ressalta que, além dos dois requisitos essenciais mencionados acima, há ainda um pressuposto importante para a possibilidade da tributação das operações questionadas, a existência de efetiva renda nas transferências. De fato, como bem apontado pelo TVF, a aplicação do caput do artigo 61 da Lei 8.981/05 baseia-se na presunção (e não ficção) jurídica. Nesse sentido, em sendo uma presunção, a Requerente esclarece ser possível apresentar prova em contrário.*

205. *Como se verificará no caso em análise, este terceiro pressuposto também não é verificado no caso destes autos, havendo provas documentais (juntadas na presente Impugnação) de que parcela relevante dos valores transferidos ao exterior referiam-se a retorno do capital originalmente aplicado pelo Investidor Estrangeiro.*

206. *Abaixo, a Requerente demonstrará a inexistência de verificação dos três requisitos legais para aplicação do caput do referido artigo 61 da Lei 8.981/65.*

**(C) O PRIMEIRO REQUISITO NÃO FOI ATENDIDO : NÃO HOUVE PAGAMENTO**

**(C.1) A natureza das operações realizadas**

207. *Nos termos da então vigente Resolução 2.689/00, os ativos financeiros, os valores mobiliários e as demais operações financeiras realizadas por Investidores Estrangeiros devem, de acordo com a sua natureza: (A) ser registrados, custodiados ou mantidos em conta de depósito em instituição ou entidade autorizada à prestação desses serviços pelo Bacen ou pela CVM; ou (B) estar devidamente registrados em sistemas de registro, liquidação e custódia reconhecidos pelo Bacen ou autorizados pela CVM.*

208. *O Investidor Estrangeiro (Educational) contratou o Requerente para a prestação de serviços de abertura de conta de depósito (as Contas de Depósito 2.689) e custódia de ativos financeiros ou valores mobiliários. No que interessa ao presente caso, conforme já mencionado acima, o fluxo de investimento no Brasil pelos Investidores Estrangeiros seguiu quatro etapas principais:*

*(A) Etapa nº 1 | Ingresso de Recursos no Brasil: os investidores transferiram os recursos mantidos em contas bancárias no exterior para a Conta de Depósito 2.689 aberta no Brasil junto à Requerente;*

*(B) Etapa nº 2 | Aplicação no mercado financeiro e de capitais: os recursos transferidos para a Conta de Depósito 2.689 são aplicados no mercado financeiro e de capitais (ações, debêntures, certificados de depósito, FIPs, etc...). Os ativos financeiros são mantidos sob a custódia da Requerente;*

*(C) Etapa nº 3 | Liquidação/resgate da aplicação financeira: o investidor não residente determina a liquidação/resgate da aplicação financeira. Nesse momento, o ativo financeiro é novamente convertido em caixa pela instituição custodiante e transferido para a Conta de Depósito 2.689 mantida junto à Requerente;*

*(D) Etapa nº 4 | Transferência de Recursos da Conta de Depósito 2.689 para contas mantidas no exterior: por fim, o investidor estrangeiro transfere a disponibilidade de caixa mantida na Conta de Depósito 2989 junto à Requerente para outra conta bancária de sua titularidade no exterior*

209. *Portanto, os negócios jurídicos firmados pelo Investidor Estrangeiro com a Requerente e o Itaú DTVM possuem, respectivamente, a natureza de: (A) um Contrato de Depósito, para os recursos depositados na Conta de Depósito 2.689 (Etapas nº 1 e 4); e (B) um Contrato de Custódia, para os ativos financeiros detidos no Brasil (Etapas nº 2 e 3).*

210. *No contexto dos contratos de depósito e de custódia, o Requerente em nenhum momento se torna titular ou proprietário dos recursos financeiros ou dos ativos do*

*Investidor Estrangeiro. Os valores não são transferidos para a esfera patrimonial da Requerente que presta serviço típico de instituição financeira ao manter os recursos financeiros em contas de depósito e os ativos financeiros sob sua custódia.*

211. *Se os valores e os ativos não pertencem à Requerente nem ao Itaú DTVM, é evidente que a transferência dos recursos não pode ser considerada um “pagamento” em benefício do Investidor Estrangeiro. As operações contestadas pela Fiscalização constituem simples transferência de recursos financeiros da Conta de Depósito 2.689 (mantidos em depósito com a Requerente) para uma conta de depósito no exterior (mantida com outra instituição financeira estrangeira), , ambas detidas pelo mesmo titular.*

Os contratos de depósito (Etapas nº 1 e 4)

212. *Nos termos do Artigo 627 do Código Civil, o contrato de depósito é caracterizado pelo recebimento de um bem móvel pelo depositário – a Requerente, que deverá guarda-lo até que o depositante (Investidores Estrangeiros) o reclame.*

213. *O Código Civil estabelece, ainda, que o depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acréscimos, quando o exigir o depositante (Artigo 629).*

214. *A leitura dos dispositivos do Código Civil permite extrair duas conclusões indiscutíveis: (A) os valores mantidos na Conta de Depósito 2.689 não pertencem ao Requerente – e sim ao Investidor Estrangeiro; e (B) os frutos e acréscimos (rendimentos ou ganhos provenientes do bem depositado) também pertencem integralmente ao titular da Conta de Depósito 2.689.*

215. *Portanto, todo o trânsito de recursos do Investidor Estrangeiro para a Conta de Depósito 2.689 (e vice-versa) correspondem a transferência de recursos de mesma titularidade (e implementada no sistema financeiro entre duas instituições financeiras depositárias, uma no Brasil e outra no Exterior), o que jamais caracteriza a realização de um “pagamento”. Mesmo a parcela dos rendimentos (frutos e acréscimos) auferidos pelo Investidor Estrangeiro na Etapa nº 3 descrita acima, passam a ser caracterizados como meras transferências na Etapa nº 4, quando da transferência de recursos que pertencem ao depositante (Investidor Estrangeiro) para sua conta no exterior, sem nunca transitar na esfera patrimonial do depositário.*

O contrato de custódia (Etapas nº 2 e 3)

216. *Nos termos do Contrato de Custódia celebrado entre o Investidor Estrangeiro e a Requerente, a instituição custodiante se comprometeu a prestar os serviços de (A) guarda, (B) liquidação e (C) repasse dos proventos decorrentes dos ativos adquiridos pelo investidor não-residente no mercado financeiro e de capitais brasileiros:*

...

217. *A respeito da atividade de custódia, PONTES DE MIRANDA esclarece que uma entidade, ao assumir a obrigação de custodiar determinado ativo em favor de seu depositário, apenas se compromete a manter o ativo depositado da forma como recebeu. Confira-se:*

...

218. *Ou seja, o ato jurídico que estabelece o dever de custódia da instituição não tem a finalidade de efetivamente transferir a propriedade dos ativos custodiados do patrimônio do investidor para o patrimônio da instituição custodiante. Tal contrato de custódia, tão somente, pretende estabelecer a obrigação da instituição (A) guardar os ativos depositados “no estado em que o recebeu”, (B) operacionalizar a liquidação física e financeira dos ativos e (C) repassar eventuais proventos associados aos ativos guardados/liquidados.*

Conclusão sobre a natureza das operações

219. *Apenas como forma de esclarecer as transações questionadas pelas Autoridades Fiscais, a Requerente ressalta que a sua natureza é idêntica às operações desenvolvidas pelas instituições financeiras em transações entre contas correntes de titularidade da mesma pessoa física no Brasil.*

220. *Em tais casos, a instituição financeira presta o serviço de depositária, recebendo o valor depositado e reconhecendo obrigação de restituir seu cliente em mesmo valor conforme sua solicitação. Ou seja, a instituição financeira reconhece o valor depositado como uma “disponibilidade” (ativo) e, em contrapartida, um passivo no mesmo valor correspondente à “depósito à vista”. Dessa forma, o valor depositado pelo correntista não afeta o patrimônio da instituição financeira!*

...

223. *Nessa hipótese, a operação resulta na alteração da instituição financeira responsável pela guarda do numerário sem que, no entanto, haja modificação do titular patrimonial de tais recursos. Assim, resta claro que tal operação bancária não configura efetivo “pagamento” para fins financeiro e de direto, mas tão somente a operacionalização da vontade do correntista/cliente (efetivo titular do patrimônio) em reorganizar o local em que seus recursos (patrimônio) estão depositados.*

(C.2) O conceito jurídico de “pagamento”

224. *O conceito jurídico e corrente do termo “pagamento” envolve a contraprestação com o objetivo de extinguir uma obrigação. Ou seja, uma simples transferência de recursos financeiros entre contas de um mesmo titular não constitui pagamento do ponto de vista jurídico. Confira-se, nesse sentido, a definição de MARIA HELENA DINIZ sobre o conceito de “pagamento”:*

...

225. *Nesse mesmo entendimento, PONTES DE MIRANDA ensina que pagamento é a forma pela qual o devedor quita obrigação assumida perante o credor, extinguindo sua obrigação e satisfazendo a pretensão do credor:*

...

226. *Sendo assim, para que determinada transferência de ativo de uma pessoa para outra possa ser caracterizada como um “pagamento”, tal transferência deverá ser realizada em decorrência de negócio jurídico que estabeleça uma das partes como credor e outra como devedora. Apenas nesse contexto existiria a obrigação de uma das partes transferir parcela de seu patrimônio para a outra como forma de quitar a obrigação assumida.*

227. *O Código Civil brasileiro, ao estabelecer a regulamentação sobre a figura jurídica do “pagamento” e seus efeitos, também determinou que o pagamento será forma de adimplemento e extinção de obrigação (dívida) mantida pelo pagador (devedor) ao beneficiário (credor):*

...

228. *Nesse sentido, o conceito de pagamento está sempre e indissociavelmente vinculado à liquidação de uma obrigação em que uma parte é credora e a outra é devedora. A simples “devolução” de um bem móvel não caracteriza pagamento sob nenhuma perspectiva que se examine.*

229. *A instituição depositária/custodiante, em momento algum durante sua relação jurídica com o Investidor Estrangeiro, assume a posição de devedora em decorrência do contrato de depósito ou de custódia. O adimplemento de suas obrigações contratuais ocorre com a contínua prestação de serviços de custódia aos investidores não-residente e nunca com o pagamento de numerário. A Requerente jamais pode ser considerada como fonte pagadora.*

230. *Vale ressaltar aqui que a administração dos ativos/investimentos que originaram os recursos transferidos para o investidor não-residente foi realizada exclusivamente*

*pelo próprio investidor estrangeiro sem qualquer ingerência da instituição custodiante ou depositário.*

*231. Conforme é possível observar da simples leitura do contrato de custódia, as funções desempenhadas pelo Requerente estavam relacionadas, única e exclusivamente, à operacionalização dos atos necessários para realização dos negócios jurídicos e validação dos valores das operações conforme informações fornecidas dos Investidores Estrangeiros.*

*232. Juridicamente, a Requerente nunca foi proprietário dos ativos depositados/custodiados, a Requerente jamais jamais foi a “fonte pagadora” dos valores transferidos ao Investidor Estrangeiro. Nos termos do Código Civil, uma determinada pessoa somente pode ser considerada como proprietária caso detenha o direito de usar, gozar e dispor do bem conforme coleciona o artigo 1.228 do Código Civil.*

...

*235. Portanto, resta demonstrado que a Requerente nunca efetuou um pagamento em benefício do Investidor Estrangeiro, uma vez que: (A) a propriedade dos recursos/ativos nunca foi transferida ao seu patrimônio; e (B) os valores foram devolvidos ao Investidor Estrangeiro no contexto do contrato de depósito e custódia.*

*(C.3) O conceito de pagamento no contexto do caput do Artigo 61 da Lei 8.981/95 e a inaplicabilidade ao presente caso*

*236. O caput do artigo 61 da Lei 8.981/95 estabelece que é condição necessária para sua incidência que a transferência de recursos caracterize um efetivo “pagamento” para o seu beneficiário. Por evidente que o conceito de “pagamento” é o conceito jurídico vinculado à liquidação de obrigações, conforme esclarece RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA:*

...

*237. Portanto, em vista do exposto, é possível concluir que a natureza dos serviços prestados pelo Requerente em benefício do Investidor Estrangeiro é a de depósito e de custódia. Na qualidade de instituição depositária ou custodiante, a Requerente: (A) não se torna titular dos recursos financeiros depositados na Conta de Depósito 2.689 ou dos ativos custodiados; e (B) não efetua nenhum pagamento em benefício dos Investidores Estrangeiros.*

*238. Se existe algum pagamento entre as partes, esse pagamento é efetuado pelo Investidor Estrangeiro em benefício da Requerente, em razão dos serviços de depósito e custódia que são prestados.*

*239. Portanto, a única conclusão possível é que as operações de câmbio contestadas pela Fiscalização e interpretadas como “pagamento a beneficiário não identificado” constituem simples transferências de recursos entre contas de depósito de mesma titularidade. Não há nenhum pagamento de valores em benefício do Investidor Estrangeiro, mas sim simples devolução de recursos depositados.*

*240. Cumpre ressaltar que o próprio CARF já se posicionou a respeito da impossibilidade de exigência o IRRF, nos termos do caput do art. 61 da Lei 8.981/95, sobre valores que não configurem efetivos pagamentos para fins de direito:*

...

*241. Assim, a própria jurisprudência administrativa reconhece a existência de pagamento como requisito necessário para a aplicação do caput do art. 61 da Lei 8.981/95 e a impossibilidade das Autoridades Fiscais exigirem o IRF em casos que não consigam demonstrar a realização de efetivo pagamento.*

*242. Nesse ponto vale um esclarecimento importante: independentemente da entidade que tenha a responsabilidade pelo adimplemento das obrigações tributárias do investidor Estrangeiro, essa responsabilidade é adstrita para as operações que constituam fato gerador da obrigação tributária. A responsabilidade nunca pode ser*

*imposta sobre simples movimentação de recursos financeiros entre contas de mesma titularidade pela simples razão de inexistir pagamento!*

243. *Pretender caracterizar o Requerente como fonte pagadora de rendimentos em benefício do Investidor Estrangeiro é verdadeiro absurdo jurídico que deve ser corrigido por esta I. DRJ, com o integral cancelamento deste Auto de Infração.*

**(D) O SEGUNDO REQUISITO NÃO FOI ATENDIDO: AS TRANSFERÊNCIAS DE RECURSOS FORAM EFETUADAS A BENEFICIÁRIOS IDENTIFICADOS**

**(D.1) A Colocação da questão**

244. *Caso entenda-se que foi atendido o primeiro requisito (pagamento efetuado pelo Requerente) para aplicação do caput do artigo 61 da Lei 8.981/95, o que se admite apenas para fins de argumentação, será demonstrado que a Requerente identificou os beneficiários dos recursos remetidos ao exterior, sob qualquer perspectiva que se examine.*

245. *Em primeiro lugar, será demonstrado que a legislação vigente reconhece o Investidor Estrangeiro (sociedade sediada no Reino Unido) como beneficiários das Contas de Depósito 2.689 e dos recursos provenientes dos FIPs. A empresa constituída no Reino Unido está revestida de substância necessária ao desempenho de suas funções e não podem ser desconsideradas para fins tributários.*

246. *Não existia ao tempo das operações aqui analisadas nenhuma norma tributária que determinasse a obrigatoriedade de identificação de toda a “cadeia de investimentos” ou que permita a desconsideração da existência de entidades legitimamente constituídas no exterior. As normas que existiam ao tempo dos fatos aqui discutidos e que faziam referência ao conceito de “beneficiário efetivo” não eram aplicáveis ao caso e, ainda que o fossem, reconheceriam expressamente que o Investidor Estrangeiro (Educativo) era o beneficiário dos recursos transferidos a partir do Brasil.*

247. *Em segundo lugar, será demonstrado que a Requerente identificou a cadeia de investimentos acima do Investidor Estrangeiro, nos estritos termos previstos na legislação esparsa sobre o tema (que não é aplicável para fins tributários).*

248. *Caso entenda-se que o Investidor Estrangeiro (Educativo) deve ser desconsiderado para fins fiscais (o que se admite apenas para fins de argumentação), é inquestionável que o beneficiário do rendimento é a Pessoa Física residente na Suíça, titular, direta ou indiretamente, dos proventos econômicos obtidos com as aplicações financeiras no Brasil e que detém o poder político de gerência das sociedades participantes da estrutura de investimento.*

249. *Mesmo que seja admitida uma abordagem de substância sobre a forma conforme pretendida pelas Autoridades Fiscais, a Requerente reitera ter demonstrado, exaustivamente, todas as sociedades que constituíam a estrutura de investimento na época dos fatos discutidos. Dessa forma, é incontestável que a Pessoa Física residente na Suíça deve ser considerada como “real beneficiário” da estrutura e, portanto, mesmo partindo-se de uma perspectiva de substância sobre a forma, não seria possível manter a alegação das autoridades fiscais para manutenção de exigência de IRF fundamentada no caput do artigo 61 da Lei 8.981/95 ao caso em análise.*

250. *Pelo demonstrado e documentalmente comprovado ao longo de toda a presente Impugnação, a Requerente requer o imediato cancelamento do Auto de Infração pela evidente e incontestável inaplicabilidade do referido dispositivo legal ao caso em questão.*

**(D.2) As contradições da Fiscalização: a impossibilidade de desconsideração da estrutura conforme o próprio termo de verificação fiscal**

251. *As Autoridades Fiscais adotaram a teoria da substância sobre a forma para desconsiderar a existência do Investidor Estrangeiro e concluir que as remessas foram efetuadas pelo Requerente para beneficiário não identificado. Confira-se o seguinte trecho do Termo de Verificação Fiscal:*

...

252. As próprias Autoridades Fiscais reconhecem que a legislação brasileira não permite a desconsideração do Investidor Estrangeiro. Apesar do Investidor Estrangeiro ser considerado como entidade transparente para fins fiscais no Reino Unido, a Fiscalização reconhece que ele é dotado de personalidade jurídica e legítimo titular de direitos e obrigações:

...

253. As próprias Autoridades Tributárias afirmam que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece o Investidor Estrangeiro como entidade domiciliada no Reino Unido. Ou seja, a Fiscalização reconhece a existência e validade da pessoa jurídica estrangeira, sendo as legítimas titulares das cotas do FIP e dos demais investimentos no mercado financeiro e de capitais..

254. A contradição é patente e ressalta uma verdade inquestionável: este Auto de Infração está fundamentado na tentativa ilegal de desconsiderar a existência de uma entidade regularmente domiciliada no Reino Unido. Se o Brasil enxerga o Investidor Estrangeiro “como uma entidade domiciliada em Londres”, as Autoridades Fiscais não possuem legitimidade para desconsiderar a sua existência.

(D.3) A impossibilidade de desconsideração do Investidor Estrangeiro (Educational)

As infundadas alegações da Fiscalização

255. No Termo de Verificação Fiscal, as Autoridades Fiscais destacam por diversas vezes que a entidade domiciliada no Reino Unido está constituída em local que “não corresponde a endereço onde se possa desenvolver quaisquer atividades econômicas ou financeiras”. Como consequência, foram considerados pela Fiscalização “como endereço fictício”.

256. Para subsidiar o seu argumento, as Autoridades Fiscais afirmam que o artigo 1.142 do Código Civil define estabelecimento como “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”, de forma que o endereço de uma caixa postal não pode “ser considerada como a sede ou domicílio no exterior do investidor”.

257. A Fiscalização toma emprestado o conceito da lei brasileira para definir se a entidade estrangeira existe e pode ser considerada como efetiva titular de direitos e obrigações. Ao concluir que o Investidor Estrangeiro (Educational) não possui um endereço de fato e capacidade operacional, as Autoridades Fiscais concluem que foi “caracterizada a simulação relativa, por interposição fictícia de pessoa, cabendo ao Fisco, como representante do Estado promover a desconsideração da entidade interposta”. Confira-se o seguinte trecho do Termo de Verificação Fiscal:

...

258. Além disso, as Autoridades Fiscais usam como argumento para desconsiderar a existência do Investidor Estrangeiro o fato que a entidade ser transparente do ponto de vista fiscal – ou seja, em situações específicas, os lucros auferidos pela entidade no Reino Unido são reconhecidos diretamente no patrimônio dos seus acionistas, sem nenhuma tributação no Reino Unido.

259. Como será visto abaixo, os argumentos das autoridades fiscais não podem prevalecer, em razão de quatro razões principais.

*Primeira Razão: a correta interpretação do ordenamento jurídico-tributário não permite desconsiderar a existência do Investidor Estrangeiro (Educational)*

260. Do ponto de vista jurídico-tributário, o Investidor Estrangeiro é o titular da Conta de Depósito 2.689 e é o proprietário das aplicações financeiras. As autoridades fiscais se apegam a uma interpretação equivocada da legislação para desconsiderar a existência e validade do Investidor Estrangeiro.

261. O instituto da “propriedade” e os direitos inerentes à condição de “proprietário” são questões que competem à esfera do direito privado, sem que a sua definição, conteúdo e alcance possam ser modificados pela legislação tributária, conforme determina o Artigo 110 do CTN:

...

262. Ao examinar a entidade que figura como titular de uma conta bancária ou proprietária de aplicação financeira, deve-se levar em conta a definição, o conteúdo e o alcance de institutos de direito privado. No campo do direito internacional privado, as normas que definem a vigência da lei no espaço estão inseridas na Lei de Introdução ao Código Civil (“LICC”).

263. O seu Artigo 7º expressamente reconhece a aplicação das leis do país de residência, para disciplinar a personalidade jurídica:

...

264. Como se vê, o próprio direito brasileiro assegura prevalência da legislação do país de residência (no caso, Reino Unido) como sendo aquela competente para determinar o início e o fim da personalidade jurídica.

265. Nos termos do Artigo 8º da LICC, “para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados” e, além disso, o Artigo 11 estabelece que “as organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituem”.

266. Por conseguinte, a qualificação de uma determinada entidade como “pessoa jurídica”, com autonomia e legitimidade para figurar como titular de direitos e obrigações, deve ser efetuada conforme o país em que a sociedade tenha sido constituída.

267. Ao recorrer à legislação do Reino Unido, verifica-se que as Limited Liability Partnerships (“LLP”) constituem empresas dotadas de personalidade jurídica separadas de seus sócios:

...

268. Em tradução livre, a norma do Reino Unido estabelece que uma LLP “é um corpo societário (com personalidade jurídica segregada dos seus membros) que é formada por ser constituída nos termos deste Ato”.

269. Portanto, a legislação estrangeira qualifica o Investidor Estrangeiro como “pessoas jurídicas”, titulares autônomos de direitos e obrigações. Essa qualificação deve ser obedecida para todos os fins de direito e somente pode ser desconsiderada em situações limitadas, seguindo procedimentos específicos previstos na legislação.

270. No presente caso: (A) o Investidor Estrangeiro é dotado de personalidade jurídica e autonomia patrimonial; (B) o patrimônio do Investidor Estrangeiro não se confunde com dos seus sócios; e (C) a entidade é legítima titular de direitos e obrigações.

271. Portanto, a única conclusão possível é que o Investidor Estrangeiro é o legítimo titular da Conta de Depósito 2.689 e proprietário das aplicações financeiras.

Essa conclusão é tão verdadeira que o Investidor Estrangeiro:

(A) É o efetivo titular da Conta de Depósito 2.689, contabilizando os investimentos efetuados a partir dessa conta como disponibilidade própria. Os recursos depositados na Conta de Depósito 2.689 somente podem ser transferidos para o Investidor Estrangeiro (e jamais para os seus sócios);

(B) Possui todos os direitos políticos inerentes à condição de proprietário das aplicações financeiras, que não podem ser exercidos por outras entidades. Os sócios do Investidor Estrangeiro jamais poderiam votar em deliberações relacionadas com as aplicações financeiras – prerrogativa que só pode ser exercida pelo próprio Investidor Estrangeiro;

(C) Possui todos os direitos econômicos decorrentes da condição de investidor, que não pode ser pagos ou liquidados em benefício de outras entidades. Os sócios dos Investidores estrangeiros não possuem direito algum aos rendimentos de suas aplicações financeiras; e

(D) Corre todos os riscos decorrentes de perdas provenientes dos investimentos efetuados com a Conta de Depósito 2.689, sem que a perda possa ser oponível a outras entidades.

272. Conclui-se que o Requerente identificou de forma precisa os beneficiários estrangeiros, transferindo os recursos da Conta de Depósito 2.689 para outra conta bancária de titularidade do mesmo Investidor Estrangeiro. Não houve descumprimento da legislação tributária ou ausência de identificação dos beneficiários dos recursos.

Segunda Razão: a incorreta aplicação por analogia do Artigo 1.142 do Código Civil

273. A Fiscalização toma emprestado o conceito de “estabelecimento” previsto na lei brasileira para definir se as entidades estrangeiras existem e podem ser consideradas como efetivas titulares de direitos e obrigações. No entendimento do Fisco, o conceito de estabelecimento pressupõe a existência de um endereço específico, sem que possa ser aceita a “indicação do endereço de um agente registrado ou de um contador”.

274. A utilização do conceito do Artigo 1.142 do Código Civil se mostra inadequado em razão de três motivos principais:

...

A Impugnação passa a descrever os motivos em questão, para dar continuidade, nos seguintes termos:

275. Ademais, conforme será visto abaixo, os Fundos de Investimento e as holdings constituídas no exterior não possuem, por definição, escritório próprio para o desenvolvimento de suas atividades.

Terceira Razão: o fato de a entidade ser transparente no exterior é irrelevante para fins tributários brasileiros

276. Outra alegação das Autoridades Fiscais é que a Educational é transparente do ponto de vista fiscal – ou seja, em situações específicas, os lucros auferidos são reconhecidos diretamente no patrimônio dos seus acionistas, sem nenhuma tributação no Reino Unido.

277. Apesar de as Autoridades Fiscais não terem especificado em que medida a transparência fiscal das empresas no Reino Unido impacta o tratamento tributário no Brasil, a Requerente entende pertinente efetuar alguns esclarecimentos importantes a respeito desse tema.

278. Em primeiro lugar, a transparência fiscal (ausência de tributação sobre a renda no Reino Unido) não confere nenhum benefício ao investidor estrangeiro com relação aos investimentos efetuados no Brasil. Isso porque a renda será tributada no Brasil independentemente de a entidade ser transparente do ponto de vista fiscal no exterior.

279. A transparência fiscal serve unicamente ao propósito de permitir que os investidores estrangeiros sejam tributados nas suas jurisdições de origem, sem que o Governo do Reino Unido (e não o Governo Brasileiro) imponha tributação sobre a renda auferida no exterior. Na perspectiva da tributação brasileira, a “transparência fiscal” não confere nenhuma vantagem tributária.

280. Em segundo lugar, é importante reiterar que “transparência fiscal” não muda o fato que a entidade estrangeira possui personalidade jurídica. Ou seja, a entidade é tipo societário cujo patrimônio não se confunde com os seus sócios. A transparência fiscal não desloca a titularidade da Conta de Depósito 2.689 ou das aplicações financeiras para o sócio da entidade transparente.

281. A transparência fiscal serve tão somente para que os rendimentos da entidade no Reino Unido não sejam tributados naquela jurisdição – mas apenas na pessoa dos seus

sócios. A entidade permanece com a sua personalidade jurídica intocada, sem nenhum reflexo direitos e obrigações assumidos perante terceiros, nem na tributação aplicável no Brasil.

282. Em terceiro lugar, deve-se notar que essas entidades não são “transparentes” fiscalmente no Reino Unido. Por exemplo, quando investem no Reino Unido, essas entidades podem ser tributadas regularmente. O que existe é um regime tributário específico, que exclui da tributação inglesa determinados ganhos e rendimentos, em determinadas situações.

283. Note-se que a própria legislação brasileira reconhece a legitimidade do tratamento fiscal britânico. Tanto isso é verdade que a legislação brasileira (IN 1.037/00) não trata as entidades do Reino Unido como paraísos fiscais ou regimes fiscais privilegiados.

284. Portanto, a interpretação dada pela Fiscalização é contrária à lei, à sua regulamentação e à própria interpretação dada pela RFB.

Quarta Razão: a desconsideração da personalidade jurídica deve seguir procedimentos específicos previstos na legislação brasileira

285. Caso fosse possível às Autoridades Fiscais brasileiras ignorar a legislação estrangeira de regência das sociedades constituídas no exterior, o que se admite apenas para fins de argumentação, ainda assim não seria possível simplesmente desconsiderar a existência do Investidor Estrangeiro, tendo em vista que a legislação nacional possui hipóteses legais específicas para desconsideração da personalidade jurídica.

286. Nos termos do Artigo 50 do Código Civil, a única maneira que uma entidade jurídica regularmente constituída pode eventualmente ser desconsiderada para todos os fins de direito seria nos termos do art. 50 do CC/02:

...

287. O texto do art. 50 do Código Civil é muito claro: somente caberá ao Poder Judiciário, e nunca ao Poder Executivo, desconsiderar a personalidade jurídica de pessoas jurídicas formalmente reconhecidas pelo direito brasileiro.

288. Ademais, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), tal desconsideração só seria feita se houver desvio de finalidade da utilização da sociedade ou se houver confusão patrimonial entre os sócios e a sociedade. Confira-se o trecho do REsp 1.412.997 sobre o tema:

...

289. A constituição do Investidor Estrangeiro, como já demonstrado e reconhecido pelas próprias Autoridades Fiscais, foi efetuada em decorrência de razões jurídicas e econômicas legítimas, sem que exista qualquer desvio de finalidade, confusão patrimonial ou benefício tributário indevido. Portanto, seria impossível desconsiderar a personalidade jurídica da Educational para fins fiscais, devendo ser reconhecida a regularidade dos atos e negócios jurídicos por ela celebrados.

A conclusão sobre a substância econômica dos Investidores Estrangeiros

290. Vale destacar que a Requerente não pretende aqui aplicar de forma indistinta o princípio da legalidade estrita com o objetivo de conferir validade a estruturas que envolvam a interposição fraudulenta de entidades estrangeiras. O que se pretende é tão somente a aplicação da legislação tributária a uma estrutura válida e legitimamente constituída, sobre a qual não recai nenhuma alegação consistente de fraude, dolo ou simulação.

291. As Autoridades Fiscais devem respeitar a personalidade jurídica (autonomia patrimonial) do Investidor Estrangeiro. Apenas em caso de comprovada interposição fraudulenta de sociedades (constituídas com o propósito exclusivo de economia fiscal) é que seria possível cogitar a desconsideração das entidades estrangeiras.

292. Por esse motivo, é inquestionável que o Requerente identificou de forma correta o titular da Conta de Depósito 2.689 no momento da transferência dos recursos entre contas de mesma titularidade. O Investidor Estrangeiro (Educational) é o verdadeiro titular e beneficiário da conta bancária, sem que se possa falar em “pagamentos efetuados e beneficiários não identificados”.

(D.4) As regras de tributação de investimentos aplicáveis a investidores não residentes

293. A D. Fiscalização foi clara ao estabelecer que o objetivo da fiscalização foi verificar a adequação da aplicação da alíquota zero prevista no artigo 3º da Lei 11.312/06 aos pagamentos feitos em decorrência de distribuições feitas por fundos de investimentos em participações (os FIPs).

294. De plano, verifica-se que a consequência a que chegou a Fiscalização está muito distante do objetivo fixado no começo da fiscalização. Ora, a consequência possível daquele objetivo seria apenas e tão somente a tributação das distribuições dos FIPs, quando não verificados os pressupostos previstos na Lei 11.312/06 para que a alíquota zero fosse aplicada. Nesse caso, dever-se-ia aplicar a alíquota de 15% sobre o eventual ganho realizado.

295. Nunca deveria ter sido aplicado o IRF de 35%, como se fosse pagamento a beneficiário não identificado. O beneficiário foi identificado. Se a isenção deveria ou não ser aplicada, esse é o único ponto que a D. Fiscalização poderia, no limite, ter discutido.

296. Mas é importante destacar que o caso destes autos não é de uma Conta de Depósito 2.689 que foi exclusivamente utilizada para investimentos em FIPs. Pelo contrário. A Educational fez investimentos variados no mercado financeiro e de capitais. Cada investimento específico continha valores, tratamento fiscal e contrapartes próprias.

297. Assim, é totalmente equivocada a tentativa das autoridades fiscais em atribuírem um tratamento único de IRF de 35%, para diversas operações que possuíam tratamentos muito diferenciados.

298. Aliás, como já foi dito acima. Como a D. Fiscalização errou o fato gerador, pegando como ponto de partida transferências feitas entre contas de um mesmo titular (Etapa n.º 4 dos investimentos de não-residentes), acabou por incorrer em diversos erros.

299. O mais gritante é que cada tipo de investimento possui regras muito específicas, que deveriam, por óbvio, ter sido verificadas. Confira-se por exemplo algumas situações:

(a) Investimentos em Bolsa de Valores: ganhos líquidos auferidos em bolsa de valores são isentos. Caso o investidor esteja situado em paraíso fiscal (o que não é o caso desses autos), então haveria que se aplicar as regras previstas para pessoas físicas brasileiras, qual seja, tributação do ganho a 15%;

(b) Recebimento de dividendos: os dividendos recebidos são isentos de tributação no Brasil. Se o investidor estiver sediado em paraíso fiscal ou não, a isenção é sempre aplicável;

(c) Investimentos em FIPs: regra geral, os ganhos pagos pelos FIPs estão isentos de tributação. Entretanto, caso os pressupostos da isenção não sejam aplicáveis, então haveria que se aplicar a alíquota de 15% sobre tais ganhos;

(d) Recebimento de juros pagos por títulos isentos: há diversos papéis que pagam juros isentos. Para investidores não-residentes que realizam investimentos através da Resolução 2.689/00 e não estão situados em paraísos fiscais, tais rendimentos são isentos de tributação no Brasil. Assim, como no presente caso, o investidor não estava em paraíso fiscal e preenchia todos os requisitos, eventuais pagamentos de juros isentos deveriam ter esse tratamento;

*(e) Investimentos em geral: outros investimentos em geral estão sujeitos à tributação à alíquota de 15%. Quando esses investimentos são em swap, a alíquota aplicável é fixada em 10%. Note-se que se o beneficiário estivesse em paraíso fiscal, então seriam aplicadas as mesmas alíquotas aplicáveis a residentes no Brasil.*

*300. O que está explicado acima é muito importante. As regras de tributação de não residentes indica tratamentos muito específicos. Esses tratamentos devem ser observados pelas Autoridades Fiscais.*

*301. A D. Fiscalização não teve o interesse, a vontade ou o trabalho de aplicar corretamente a legislação que seria aplicável caso as isenções não pudessem ser aplicadas, o que se admite apenas a título de argumentação.*

*302. Ao invés de aplicar o tratamento tributário para cada uma das aplicações financeiras, ele optou pelo trabalho simplista e totalmente ilegal, equivocado e desconectado dos fatos, de fazer a tributação apenas pelo saldo das transferências entre contas correntes, pela alíquota absurda de 35% (reajustada), como se fossem pagamentos a beneficiários não identificados.*

*303. O beneficiário sempre foi identificado. A Fiscalização pode até não gostar do beneficiário que foi identificado, mas jamais poderia dizer que não tinha sido identificado. Aliás, sempre é bom lembrar que, no caso concreto, o último nível de investidor era uma pessoa física residente e domiciliada na Suíça, de modo que, jamais se tratou de uma pessoa física residente no Brasil operando no mercado nacional.*

*304. Portanto, se alguma norma pudesse ser aplicada, a norma aplicável seria aquela referente aos investimentos detidos por residentes no exterior, mas jamais a regra prevista no caput do artigo 61 da Lei 8.981/95.*

**(D.5) AS NORMAS TRIBUTÁRIAS QUE TRATAM DA IDENTIFICAÇÃO DO BENEFICIÁRIO EFETIVO : A INAPLICABILIDADE AO PRESENTE CASO**

**Não existe nenhuma norma tributária que trate de identificação do “beneficiário final” nas aplicações financeiras efetuadas pelos Investidores Estrangeiros**

*305. Ao longo do TVF, as Autoridades Fiscais relacionam uma série de normas que supostamente determinariam a obrigação de a Requerente identificar toda a cadeia de investidores até o nível do denominado “beneficiário final”.*

*306. Vale destacar que as Autoridades Tributárias não foram capazes de identificar uma única norma que fosse aplicável às aplicações financeiras efetuadas pelos Investidores Estrangeiros. Pelo contrário, para estruturar o seu tortuoso raciocínio, as Autoridades Fiscais tiveram que tomar emprestados determinados conceitos que se aplicam a situações distintas e que em nada se relacionam ao apresente caso.*

*307. A Requerente demonstrará abaixo que a única norma tributária mencionada ela Fiscalização e que traz o conceito de “beneficiário final” é o Artigo 26 da Lei 12.249, de 11.6.2010 (“Lei 12.249/10”), que trata da dedutibilidade de despesas remetidas por pessoas jurídicas brasileiras ao exterior, sendo inaplicável ao presente caso.*

*308. Além disso, será esclarecido que mesmo as regras tributárias editadas posteriormente aos fatos geradores seriam inaplicáveis ao presente caso, uma vez que (i) foram editadas posteriormente aos fatos geradores aqui discutidos e (ii) possuem escopo específico e determinado. A conclusão que se chega, portanto, é que a Requerente observou todas as regras tributárias aplicáveis, com a identificação correta dos beneficiários finais das transferências de recursos a partir da Conta de Depósito 2.689: a Educacional.*

**A única norma tributária vigente à época dos fatos geradores: o Artigo 26 da Lei 12.249/10 possui escopo específico e limitado**

*309. As autoridades fiscais tomam emprestado o conceito de “beneficiário final” previsto no Artigo 26 da Lei 12.249/10 para afirmar que a Requerente estaria obrigado a identificar toda a cadeia de investimentos acima dos Investidores Estrangeiros. Confira-se a redação do dispositivo legal:*

...

310. A simples leitura do dispositivo legal é suficiente para afastar a sua aplicação no caso concreto. Entretanto, a Requerente demonstrará que nenhum dos pressupostos de aplicação do Artigo 26 da Lei 12.249/10 foi verificado no presente caso, uma vez que:

- A norma trata de dedutibilidade de despesas e não da tributação de rendimentos. Conforme já demonstrado à exaustão, a Fiscalização não questiona em nenhum momento a dedutibilidade de despesas por parte da Requerente, mas sim a tributação supostos pagamentos recebido pelo Investidor Estrangeiro. A norma prevista no Artigo 26 da Lei 12.249/10 não se aplica para a situação discutida nestes Autos..

- Os valores transferidos pela Requerente não constituem despesas da instituição financeira. O Requerente não incorre em despesas junto ao Investidor Estrangeiro. Pelo contrário, as operações questionadas constituem meras transferências de recursos entre contas de um mesmo titular (Educational). Além de o presente caso não discutir a dedutibilidade de despesas, a situação que supostamente configura o fato gerador do IRF sequer é qualificada como uma despesa para fins contábeis e tributários.

Outras normas editadas posteriormente aos fatos geradores: a inaplicabilidade ao presente caso

476. Após os fatos geradores discutidos neste Auto de Infração foram editadas outras normas tributárias que tratam: (A) da prestação de informações econômico-financeiras de investidores, para fins tributários; e (B) da identificação de investidores estrangeiros e do conceito de “beneficiário final”.

477. A Requerente demonstrará abaixo que, mesmo nos dias de hoje, nenhum desses normativos determinaria a demonstração de toda a cadeia de investidores acima dos Investidores Estrangeiros, conforme exigido pelas Autoridades Fiscais.

...

A Impugnação passa a discorrer sobre as normas editadas posteriormente aos fatos geradores, especificamente sobre: AS REGRAS DO FATCA; E-FINANCEIRA; IN 1.634/16 – A IDENTIFICAÇÃO DO BENEFICIÁRIO FINAL PARA FINS DE CADASTRO NO CNPJ.

(E) AD ARGUMENTANDUM: A CADEIA DE INVESTIMENTOS FOI ABERTA ATÉ O ÚLTIMO NÍVEL

327. Ainda que as Autoridades Fiscais pretendam desconsiderar a existência da Educational – o que se admite apenas para fins de argumentação – a Requerente abriu toda a cadeia de sociedades acima do Investidor Estrangeiro. A abertura da estrutura levou a uma conclusão:

O investidor em último nível é uma pessoa física residente e domiciliada na Suíça.

328. Portanto, não existe aqui nenhuma conduta praticada pela Requerente com o objetivo de ocultar o beneficiário dos rendimentos. Os recursos foram investidos e desinvestidos indiretamente pelo Sr. Antonio Freitas Valle, que não era um residente fiscal no Brasil.

329. A residência estrangeira está reconhecida por certificado emitido pelo Consulado-Geral do Brasil em Zurich, sendo inquestionável a sua condição de residente no exterior. Vale destacar que o certificado emitido pelo Consulado-Geral é documento dotado de fé pública, fazendo prova inquestionável da condição de não residente.

330. Portanto, sob qualquer perspectiva que se examine, é evidente que o beneficiário dos recursos foi devidamente identificado.

(F) CONCLUSÃO

331. A regra tributária que estabelece a obrigação de recolhimento de IRF à alíquota de 35% sobre os pagamentos efetuados a beneficiários não identificados (caput do artigo 61 da Lei 8.981/95 ) sequer pode começar a ser aplicada ao presente caso, uma vez que:

*A Impugnação passa a relacionar seus argumentos já anteriormente colocados, fazendo uma espécie de consolidação das suas argumentações anteriores. Na sequência, a Impugnação traz os seguintes argumentos:*

*333. Ademais, ainda que as Autoridades Fiscais pretendam desconsiderar a existência da Educational – o que se admite apenas para fins de argumentação – a Requerente abriu toda a cadeia de sociedades acima do Investidor Estrangeiro, com a identificação do investidor pessoa física em último nível: Sr. Antonio Freitas Valle, que era residente e domiciliado na Suíça.*

#### **IX. O DIREITO | O REGIME REGULATÓRIO APLICÁVEL PARA IDENTIFICAÇÃO DO INVESTIDOR ESTRANGEIRO**

##### **(A) A irrelevância das normas da CVM e do BACEN para fins tributários brasileiros**

*334. Foi demonstrado que o Requerente observou todas as normas previstas no ordenamento jurídico-tributário sobre a tributação de investidores não residentes e a sua identificação para fins fiscais no Brasil.*

*335. No entanto, a Fiscalização indicou uma série de dispositivos regulatórios emitidos pela CVM e pelo BACEN com a pretensão de demonstrar que o Requerente não teria identificado os beneficiários finais de aplicações financeiras.*

*336. No entendimento das Autoridades Fiscais, a CVM e o BACEN determinariam a obrigatoriedade da identificação não apenas dos cotistas investidores, mas também de toda a cadeia que esteja acima destas entidades, de forma a possibilitar a verificação dos reais beneficiários dos recursos investidos.*

*337. Para fundamentar tal pretensão, a Autoridade Fiscal indica as disposições contidas nas Instruções CVM n.ºs. 301/1999, 387/2003, 325/2000 e 505/2011, na Circular BACEN n.º 3.461/2009 e na Carta-Circular BACEN n.º 3.430/2010 e até na Lei n.º 9.613/1998, que trata dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Confira-se alguns trechos do relatório fiscal:*

...

*338. Como se pode notar, a Autoridade Fiscal se valeu de todas essas normas regulatórias, emitidas por órgãos administrativos e com competências extra tributárias, para chegar à conclusão de que os verdadeiros titulares dos investimentos (reais beneficiários) não teriam sido identificados, nos seguintes termos:*

...

*339. No entanto, a Requerente esclarece que essa conclusão apresentada no TVF é absolutamente equivocada na medida em que todos esses normativos, instruções e circulares apresentadas no TVF para fundamentar a pretensão fiscal simplesmente não afetam ou alteram a tributação da renda do investidor estrangeiro.*

*340. Na verdade, a discussão é muito mais simples e reside meramente no fato de que a tributação da renda de não residentes é disciplinada por um regime jurídico-tributário específico, hipótese em que, inegavelmente, não se inserem os normativos evocados pelas Autoridades Fiscais.*

*341. De fato, deve-se notar que todos os dispositivos colacionados no relatório fiscal tratam de questões formais específicas para o controle de operações no mercado financeiro brasileiro pelas Autoridades regulatórias, sem que haja qualquer questão tributária ou até conceitual (interpretativa) que possa impactar a renda dos investidores não residentes.*

*342. Independentemente do cumprimento, por parte da instituição financeira brasileira, de eventuais requisitos disciplinados por essas normas, o regime jurídico-tributário do investidor não residente permanecerá inalterado no caso concreto, de forma que, a despeito dessas regras, (1) não há qualquer pagamento ao beneficiário não identificado e (2) os recursos transferidos não constituem renda tributável, mas meras transferências entre um mesmo titular.*

343. *Essas são as premissas do caso concreto determinadas pelo regime tributário aplicável aos presentes fatos, as quais não podem ser modificadas por questões meramente formais/procedimentais eventualmente estabelecidas em normas regulatórias. Todas as regras evocadas no TVF são, portanto, absolutamente irrelevantes para fins de incidência tributária.*

344. *E é justamente em função desse racional que o próprio CARF já se manifestou no sentido da impossibilidade de equiparação de dispositivos meramente regulatórios ao status de norma tributária, uma vez que tais atos são elaborados para fins próprios das instituições que os editam e não têm o condão de alterar uma relação jurídico tributária estabelecida em Lei.*

345. *A esse respeito, note-se o voto proferido pelo Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior nos Acórdãos n.ºs 1302-001.184, de 8.10.2013, e 1302-001.150, de 7.8.2013:*

...

346. *A análise feita pelo CARF nos Acórdãos acima é relevante na medida em que reforça a necessidade de observância do regime jurídico-tributário previsto em Lei. Assim, se não houver uma norma tributária específica para fundamentar a pretensão fiscal, será necessário o cancelamento do auto de infração por ausência de base legal, conforme precisamente pontuou o I. Conselheiro relator:*

...

347. *Nesse mesmo sentido, o Acórdão CARF n.º 1101-00.354, proferido em 2.9.2010, estabeleceu que os atos normativos emitidos por órgãos regulatórios, tais como a CVM e o BACEN, são atos meramente administrativos e que não geram quaisquer efeitos fiscais, devendo prevalecer a norma tributária específica ao caso concreto. Confira-se:*

...

348. *O Acórdão acima estabeleceu duas premissas essenciais no que se refere à aplicação de atos normativos regulatórios ao direito tributário: (1) as instruções proferidas pela CVM e demais órgãos regulatórios têm um caráter meramente administrativo e infralegal, de forma que (2) a aplicação de tais atos não pode produzir quaisquer efeitos fiscais e tampouco prevalecer sobre lei tributária específica.*

349. *Por fim, também cabe destacar que a CSRF, proferiu recentemente o Acórdão n.º 9101-002.539, de 20.1.2017, no qual firmou-se o entendimento (a exemplo dos precedentes acima) de que as normas tributárias prevalecem sobre instruções ou atos publicados por órgãos reguladores. No caso, a Autoridade Fiscal pretendeu glosar despesas de amortização fiscal de ágio do contribuinte com base em dispositivos regulatórios emitidos pela CVM sobre a matéria, sendo tal pretensão categoricamente afastada pela CSRF:*

...

350. *Como se pode notar, trata-se de um importante precedente da CSRF, uniformizando o entendimento de que dispositivos emitidos por órgãos regulatórios (CVM, BACEN e outros) não têm o condão de alterar o conteúdo e a interpretação conferidos pela norma tributária específica.*

351. *Portanto, trazendo as conclusões e premissas estabelecidas pela jurisprudência do CARF ao caso analisado nestes autos, não há dúvidas de que todas as instruções, circulares, atos interpretativos e demais normas emitidas por órgãos regulatórios colacionados no auto de infração para fundamentar a suposta infração cometida pela Requerente não podem produzir quaisquer efeitos tributários.*

352. *E isso fica ainda mais evidente quando se tem em mente que (1) de acordo com as normas tributárias aplicáveis ao caso concreto, não há qualquer renda tributável pelos investidores estrangeiros (por se tratar de uma mera transferência de recursos entre contas), e que (2) não existe nenhuma norma tributária que trate de identificação do real titular do investimento ou real beneficiário do desinvestimento.*

353. Ou seja, se as normas tributárias específicas que regulamentam os presentes fatos não permitem a manutenção do presente lançamento fiscal, não pode se admitir a aplicação de determinados dispositivos regulatórios para fundamentar a suposta infração indicada no lançamento fiscal.

354. Dessa forma, pode-se concluir que, na perspectiva do investidor não residente, o cumprimento de eventuais requisitos formais exigidos por atos regulatórios é absolutamente irrelevante para fins tributários, de forma que os dispositivos mencionados no TVF não produzem quaisquer efeitos fiscais e tampouco podem representar fato gerador de obrigação tributária.

(B) AS AUTORIDADE FISCAIS NÃO POSSUEM COMPETÊNCIA PARA CONTESTAR QUESTÕES OBJETO DE INSPEÇÃO DE OUTRO ÓRGÃO REGULADOR

355. Além de já ter sido demonstrado que o regime regulatório trazido pela Autoridade Fiscal para tentar justificar a suposta infração cometida pela Requerente é irrelevante para fins tributários, deve-se também ressaltar que o TVF procurou abordar uma matéria de competência exclusiva da CVM e do BACEN, fazendo interpretações próprias de dispositivos editados por órgãos de natureza meramente administrativa e procurado atribuir efeitos tributários a partir dessas interpretações.

356. Assim, tendo em vista que a legislação fiscal não impõe qualquer exigência que trate de identificação do “beneficiário final” do investimento, a Autoridade Fiscal decidiu fundamentar a sua autuação fiscal com base em questões regulatórias que não são de sua competência, o que por si só já é suficiente para determinar o cancelamento deste Auto de Infração.

357. Nesse contexto, cumpre esclarecer que a CVM foi criada por meio da Lei nº 6.385, de 7.12.1976 (“Lei 6.385/76”) e tem como uma de suas competências regulamentar e fiscalizar as companhias abertas, com o objetivo de proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra “atos ilegais de administradores e acionistas controladores de companhias abertas” (Artigo 4.º).

358. Além disso, a Lei 6.385/76 também atribuiu à CVM a competência específica para regular e fiscalizar as operações em fundos e sociedades de investimento. Confira-se abaixo os dispositivos específicos da Lei 6.385/76:

...

359. Ademais, existe um órgão específico na CVM – a Superintendência de Relações com Investidores Institucionais (“SIN”), que é responsável por coordenar, supervisionar e fiscalizar os registros de fundos de investimento e dos próprios investidores não residentes:

...

362. Por esse motivo, não é razoável admitir que a CVM não teria fiscalizado as operações realizadas pelos investidores não residentes que investem em cotas de FIPs ou em outros ativos do mercado financeiro e de capitais. A Autarquia tem competências específicas delimitadas por Lei para regulamentar estruturas análogas à presente e um rigoroso processo de controle e fiscalização.

363. Nesse mesmo racional, ao regulamentar a política e as instituições monetárias nacionais, a Lei 4.595, de 31.12.1964 (“Lei 4.595/64”) delegou a competência para fiscalização de operações financeiras ao BACEN. Confira-se:

...

364. No exercício dessa função, o BACEN exerce uma importante supervisão e fiscalização de instituições financeiras e de controle das políticas monetária, cambial, de crédito e de relações financeiras com o exterior. Assim, também não é razoável admitir que o BACEN não teria fiscalizado as operações realizadas pelos investidores não residentes que investem em cotas de FIPs e em outros ativos do mercado financeiro brasileiro.

365. Do acima exposto, é possível concluir que a competência para regulamentação e fiscalização de instituições financeiras e operações com valores mobiliários (derivativos, ações, fundos de investimento, etc.) é exclusiva do BACEN e da CVM. Trata-se de competência delegada por leis específicas editadas pelo Congresso Nacional, em obediência à competência privativa da União para legislar sobre essas matérias.

366. Somente estes órgãos têm o poder de verificar se as operações com fundos de investimento atendem aos pressupostos legais e possuem validade jurídica. No presente caso, todas as operações realizadas foram devidamente aprovadas e levadas a conhecimento do BACEN e da CVM. Todas as partes envolvidas são regularmente fiscalizadas por estas autarquias. As operações realizadas pela Requerente são, portanto, consideradas legítimas e não podem ser contestadas pelas Autoridades Fiscais, por absoluta incompetência funcional.

367. Na verdade, cabe à Autoridade Fiscal verificar se a legislação tributária está sendo efetivamente observada no que diz respeito aos impactos fiscais das operações realizadas. Entretanto, não é atribuição da RFB desconsiderar a natureza de operações legítimas e devidamente fiscalizadas pelo BACEN e pela CVM. Tampouco pode a Fiscalização pretender indicar qual é o procedimento mais adequado a ser adotado por instituições financeiras.

368. A falta de legitimidade ativa da Fiscalização para contestar a matéria discutida nestes autos é tão evidente que, caso fossem consideradas procedentes as suas alegações, o que se admite apenas para fins de argumentação, as potenciais consequências dessa interpretação seriam exclusivamente de natureza não tributária, uma vez que – conforme demonstrado anteriormente, nenhuma das normas regulatórias indicadas no relatório fiscal têm o condão de alterar a natureza jurídica dos valores discutidos nestes autos, isto é, valores que não caracterizam renda do investidor estrangeiro, mas meras transferências de um mesmo titular.

369. Portanto, as Autoridades Fiscais não podem realizar interpretações arbitrárias e distorcidas de dispositivos específicos emitidos por órgãos reguladores sem possuir a capacidade e atribuição técnicas para esse tipo de atividade, de forma que (1) as operações em análise, que não foram questionadas por autoridades regulatórias, devem ser consideradas legítimas e não podem ser contestadas pelas autoridades fiscais, (2) de forma que a presente discussão deve se restringir à análise do regime jurídico-tributário aplicável aos fatos objeto do lançamento fiscal.

370. Ainda que não se entenda dessa forma, a Requerente passará a demonstrar, de boa-fé, que todos os requisitos regulatórios exigidos para a identificação do Investidor Estrangeiro e do beneficiário efetivo dos recursos foram devidamente atendidos no caso concreto, restando inequívoca a necessidade de cancelamento do presente auto de infração.

#### (C) A OBSERVÂNCIA DAS REGRAS EDITADAS PELO BACEN E PELA CVM

371. As normas editadas pelo Bacen e pela CVM são absolutamente irrelevantes para fins de determinação do tratamento tributário aplicável a determinado investidor estrangeiro. Não obstante, ainda que não se entenda dessa forma, a Requerente passará a demonstrar, de boa-fé, que todos os requisitos regulatórios exigidos para a identificação do investidor estrangeiro e do beneficiário efetivo dos recursos foram devidamente atendidos no caso concreto, restando inequívoca a necessidade de cancelamento do presente auto de infração.

372. No que diz respeito às regras editadas pelo Bacen, o TVF faz referência aos seguintes normativos específicos: (A) a Circular 3.461/09; e a Carta Circular 3.430/10. O escopo específico de cada uma das circulares editadas pelo Bacen pode ser verificado a partir da ementa de cada uma das normas:

...

373. Portanto, essas duas regras mencionadas pela Fiscalização possuem um escopo específico e limitado: estabelecer procedimentos a serem adotados na prevenção e

*combate aos crimes previstos na Lei 9.613/98, que trata dos crimes de “lavagem” ou “ocultação de bens, direitos e valores”.*

*374. No entendimento da Fiscalização, o Itaú teria deixado de cumprir com requisitos específicos previstos na Circular 3.461/09, na Circular 3.430/10 e na Lei 9.613/98, uma vez que essas normas determinariam a obrigação de as instituições financeiras identificarem “os beneficiários finais das operações”.*

*375. Antes de adentrar nos motivos pelos quais o Itaú Unibanco atendeu a todos os requisitos previstos na normatização do Bacen, vale esclarecer que o controle dos capitais estrangeiros e a fiscalização de instituições financeiras no âmbito do cumprimento da regulação aplicável a investimento estrangeiro cabe única e exclusivamente ao BACEN.*

*376. Nesse contexto, a Lei nº 4.131, de 3.9.1962 (“Lei 4.131/62”), disciplina a aplicação do capital estrangeiro e institui no BACEN (anteriormente a SUMOC) um serviço especial de registro de capitais estrangeiros, qualquer que seja sua forma de ingresso no País, bem como de operações financeiras com o exterior.*

*377. No contexto da Lei 9.613/98 (que trata dos crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens), foi estabelecido que as instituições financeiras deverão, nos termos da regulamentação editada pelo Bacen: (i) identificar seus clientes e manter seu cadastro atualizado e (ii) manter registro das transações realizadas acima de determinado limite financeiro.*

*378. Portanto, no uso da sua competência legal, o Conselho Monetário Nacional (“CMN”) e o BACEN optaram por regular as matérias de sua competência relativas ao investimento estrangeiro e à prevenção à lavagem de dinheiro de maneira ambivalente. Isso significa que a regulação sobre a matéria endereçou, ao mesmo tempo, as competências relacionadas (i) à legislação relativa a investimento estrangeiro e (ii) à prevenção à lavagem de dinheiro, nos termos da Lei 9.613/98.*

*379. A opção regulatória pela junção de tais competências representa a consciência do Banco Central e do CMN em tratar o investidor não-residente de maneira autônoma, uma vez que se trata de situação com especificidades que impedem que o tratamento a ele dispensado seja idêntico ao de um cliente domiciliado e residente no Brasil.*

*380. À época dos supostos fatos geradores discutidos neste processo administrativo, a regulamentação do investimento estrangeiro e das questões relacionadas à prevenção de lavagem de dinheiro eram reguladas por meio de três dispositivos específicos: (i) a Resolução nº 2.689/00, (ii) a Circular nº 2.963, de 26 de janeiro de 2000 (“Circular 2.963/00”) e (iii) a Circular nº 2.975, de 29 de março de 2000 (“Circular 2.975/00”).*

*381. Portanto, eram esses normativos que regulavam os requisitos específicos que deveriam ser atendidos pelos investidores estrangeiros que desejassem investir no mercado financeiro e de capitais (investimentos em portfólio) – sob qualquer perspectiva que se examine.*

*382. Essa modalidade de investimentos possui um módulo próprio no sistema de registro declaratório eletrônico do Bacen (RDE), no sistema denominado SISBACEN (RDEPortfolio).*

*383. A particularidade do módulo RDE-Portfolio é que o investidor estrangeiro necessita de alguma estrutura local para realizar as diversas operações a que a regulamentação lhe faculta acesso (i.e. todas as modalidades de investimentos no mercado financeiro e de capitais), assim evitando a perda de agilidade com diversas operações de câmbio. A regulamentação foi de suma importância para possibilitar o acesso de investidores estrangeiros ao mercado de capitais brasileiros e seu crescimento exponencial a partir dos anos 2000.*

*384. Tendo em vista essa necessidade específica, a Resolução 2.689/00, principal regulação sobre investimentos em portfólio à época dos fatos, estabelecia que, previamente ao início de suas operações, o investidor não residente deveria atender aos seguintes critérios:*

...

385. O Anexo 2.689, por sua vez, continha as informações básicas acerca do investidor não residente, quais sejam: (i) seu nome ou denominação social, endereço, país de origem (no caso de pessoa física) ou de constituição (no caso de pessoa jurídica) e qualificação; (ii) a qualificação, a natureza jurídica o ramo de atividade e o endereço na internet de seu representante local e seu co-representante local, caso o representante local não seja instituição financeira; (iii) a qualificação, a natureza jurídica o ramo de atividade e o endereço na internet de seu representante para efeitos fiscais, (iv) a condição tributária do investidor no Brasil, especificamente em relação a eventuais isenções de tributação quanto a (a) ganho de capital e (b) rendimentos, e (v) sua condição em relação a conta, especificamente se (a) titular de conta própria, (b) titular de conta coletiva ou (c) participante de conta coletiva devidamente especificada.

386. Ou seja: para investir no mercado financeiro e no mercado de capitais brasileiros ao amparo da Resolução 2.689/00, era permitido aos investidores não-residentes remeter moeda estrangeira para o Brasil, convertendo tais valores em moeda corrente nacional mediante a contratação de operação de câmbio oficial com banco local autorizado a operar em câmbio. O investimento local era realizado no Brasil com o montante de moeda corrente nacional oriundo de tal operação de câmbio, tendo à disposição todas as modalidades de investimentos nos mercados financeiro e de capitais (inclusive ações e fundos de investimentos) a que brasileiros teriam acesso.

387. Investimentos estrangeiros realizados de acordo com a Resolução 2.689/00 também eram sujeitos a registro no Bacen, na sistemática do RDE-Portfólio. A Circular 2.975/00, por sua vez, estabeleceu as condições para o RDE no Módulo RDEPortfólio, competente para o registro de operações realizadas sob as regras da Resolução 2.689/00. Os recursos ingressados no País devem ser registrados utilizando as seguintes transações do SISBACEN, cujas telas com as informações requeridas encontram-se destacadas:

...

388. O registro deveria ser feito pelo representante legal do investidor não residente no Brasil. Uma vez concluído o processo no módulo apropriado do RDE, o investidor recebia um número de RDE que era utilizado (i) para preenchimento do Anexo 2.689 e (ii) em todas as operações de câmbio realizadas em nome do investidor não residente com relação a seus investimentos ao amparo da Resolução 2.689/00.

389. Portanto, pode-se concluir que o Bacen regulamentou de forma detalhada e exaustiva os requisitos que devem ser cumpridos para a abertura de contas bancárias de investidor não residente e cadastro nos sistemas do Bacen. As exigências instituídas pelo Bacen aos investidores não residentes atendiam integralmente às previsões legais das Lei 4.131/62, 4.595/64 e 9.613/98, adequando as regras impostas a instituições financeiras às particularidades do investimento estrangeiro no mercado financeiro e de capitais.

390. Justamente em decorrência das particularidades do investimento sob a Resolução 2.689, em nenhum momento era solicitada na regulação qualquer informação em relação à cadeia de participação societária acima dos investidores não residentes cadastrados junto ao BACEN. Portanto, verifica-se que o Itaú Unibanco cumpriu integralmente os requisitos regulatórios no cadastro dos Investidores Estrangeiros, não sendo requerida a discriminação das complexas cadeias de investimentos no exterior.

391. Além disso, importa reiterar que todas as empresas citadas no presente Auto de Infração também cumpriram integralmente com os requisitos previstos na regulamentação da CVM no que diz respeito à identificação e cadastro dos investidores estrangeiros.

392. Em primeiro lugar, vale destacar que o Itaú Unibanco e o Pátria Investimentos atenderam integralmente os requisitos da ICVM 301, conforme sumarizado abaixo:

...

(F) como visto, portanto, a identificação da cadeia de beneficiários e/ou do beneficiário final deve ser efetuada sempre que houver a identificação de potenciais operações suspeitas. No presente caso, o Itaú Unibanco abriu contas de depósito em benefício de entidades constituídas pelo Grupo Pátria, um dos maiores gestores de fundos de private equity do Brasil. Os recursos foram e são utilizados no desenvolvimento de atividades lícitas e são provenientes de captações de recursos legitimamente efetuadas no exterior. Sob qualquer perspectiva que se examine, não existe indício de nenhuma irregularidade que obrigue a abertura de toda a cadeia de investimentos acima dos Investidores Estrangeiros.

393. Vale destacar que a ICVM 325 (vigente à época dos fatos geradores) tratava especificamente das regras de registro de investidor não residente perante a CVM, nos termos estabelecidos na Resolução 2.689/00. A norma trazia requisitos específicos para cadastro de investidores estrangeiros, bem como a lista de documentos que deveriam ser apresentados por cada uma das entidades.

394. Em nenhum momento, contudo, a norma exige informações detalhadas com discriminação da cadeia de investidores e/ou dos supostos beneficiários finais. Portanto, verifica-se que os Investidores Estrangeiros, o Itaú Unibanco e o Pátria investimentos cumpriram integralmente com os requisitos previstos na ICVM 325, que é regra mais específica e editada posteriormente à ICVM 301.

395. Portanto, muito embora a questão seja absolutamente irrelevante para o deslinde deste processo administrativo, restou demonstrado que todos os requisitos previstos nas normas regulatórias foram devidamente atendidos, sem que exista nenhuma irregularidade no processo de cadastro e identificação do investidor estrangeiro.

#### (D) AS NORMAS INTERNACIONAIS E A COMPLEXIDADE DO TEMA

##### (D.1) OS DESAFIOS NA ESFERA INTERNACIONAL: DISCUSSÃO CONTEMPORÂNEA SOBRE AS POSSÍVEIS MUDANÇAS LEGISLATIVAS PARA IDENTIFICAÇÃO DE BENEFICIÁRIO EFETIVO

396. No TVF, além da indicação de uma série de dispositivos regulatórios que não alteram o regime jurídico-tributário aplicável às presentes operações, a Fiscalização também pretendeu demonstrar a suposta infração com base em atuais discussões no cenário internacional acerca de mudanças legislativas nas regras de identificação de beneficiário efetivo.

397. A esse respeito, a Autoridade Fiscal argumenta que a identificação de beneficiários finais de pessoas jurídicas tem sido um tema recorrente nas discussões internacionais para a prevenção e combate à sonegação fiscal, à corrupção e à lavagem de dinheiro, o que, no seu entendimento, corresponderia a mais um motivo para justificar a suposta infração imputada à Requerente no auto de infração. Confira-se alguns trechos do TVF nesse sentido:

...

398. No entanto, ainda que de fato exista uma série de discussões em âmbito internacional acerca de novas regras de controle de beneficiários finais de pessoas jurídicas e entidades offshore, deve-se destacar que o assunto ainda é objeto de debate, sem que tenha havido qualquer definição ou elaboração de acordo/tratado internacional sobre o tema.

399. Ademais, deve-se destacar que além de o Brasil não ser membro da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico – “ODCE”, a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, internalizada pelo Brasil e que prevê a troca automática de informações entre as jurisdições signatárias e o intercâmbio de informações no contexto do “Common Reporting Standard” – CRS, somente produzirá efeitos a partir do ano de 2018, com dados referentes ao ano-calendário de 2017, não sendo aplicável portanto aos presentes fatos geradores.

400. Dessa forma, o que se percebe é que a Autoridade Fiscal pretende utilizar meros debates internacionais para tentar reforçar o seu entendimento de que haveria uma

*infração pela falta de identificação de um beneficiário efetivo na estrutura analisada nestes autos. Nada mais absurdo.*

**(D.2) O GAFI, O ENCCLA E A LITERATURA INTERNACIONAL: INAPLICABILIDADE PARA FINS TRIBUTÁRIOS**

*401. A Fiscalização também fez referência a determinadas ações e recomendações editadas pelo Grupo de Ação Financeira Internacional - “GAFI” e pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – “ENCCLA”, tratando da identificação de beneficiários efetivos em estruturas de movimentação financeira de recursos.*

*402. No entanto, é necessário esclarecer desde já que as ações e pronunciamentos mencionados no TVF não têm efeito de norma tributária. Assim como ocorreu na transcrição de atos e normativos de órgãos regulatórios pelo TVF, aqui também se pretende aplicar meras ações e recomendações de instituições administrativas como se normas tributárias fossem, o que não pode ser admitido.*

*403. A esse respeito, vale notar que o ENCCLA é uma rede de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal e estadual e municipal, bem como do Ministério Público, para a formulação de políticas públicas voltadas ao combate de determinados tipos criminais. Os trabalhos do ENCCLA são concretizados por meio de Ações, elaboradas e pactuadas pelos seus membros.*

*404. O GAFI, por sua vez, é uma organização intergovernamental cujo propósito é desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, que elabora políticas visando reformas legislativas e regulatórias nessas áreas. Os trabalhos do GAFI são concretizados por meio de Recomendações publicadas pelo órgão.*

*405. Como se pode notar, esses dois institutos têm o objetivo de provocar discussões em determinadas matérias e incentivar a criação de novas políticas e reformas legislativas no combate aos crimes de natureza financeira, emitindo Ações, Recomendações e pareceres sobre o tema.*

*406. Todavia, ao contrário do que pretende demonstrar a Autoridade Fiscal, a competência atribuída a estes órgãos não pode ser confundida com o poder de editar normas tributárias e tampouco justificar a lavratura de auto de infração. Os fatos analisados nestes autos são regulados por um regime jurídico-tributário específico e definido em Lei, sendo inadmissível que tal regime seja alterado ou interpretado à luz de meros pronunciamentos e discussões emitidos por órgãos administrativos e sem competência tributária.*

*407. Portanto, em observância ao princípio da legalidade tributária, todas as discussões internacionais, Ações e pronunciamentos administrativos relacionados pela Fiscalização no TVF são, na verdade, irrelevantes para a discussão de mérito travada nestes autos.*

**X. A INEXISTÊNCIA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO | A INAPLICABILIDADE DA MULTA DE OFÍCIO**

**(A) AS ALEGAÇÕES DA FISCALIZAÇÃO: A DELIMITAÇÃO DO ESCOPO**

*408. Ainda que fosse admitida a exigência do principal nesta autuação, o que se admite apenas para argumentar, deve-se ressaltar que não pode ser aplicada a multa qualificada de 150%. Ao contrário do que equivocadamente supõe a Fiscalização, não ocorreu nenhuma conduta fraudulenta por parte da Requerente neste caso.*

*409. As Autoridades Fiscais qualificaram a multa de ofício em razão da existência de uma suposta fraude, uma vez que a Requerente formalizou os “seus registros de forma a dar uma aparência de correção às operações financeiras envolvendo os investidores não residentes”, induzindo “a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda”. As Autoridades Fiscais concluem afirmando o que segue:*

...

410. No presente caso, vale destacar que as Autoridades Fiscais atribuem a conduta fraudulenta à suposta fonte pagadora dos rendimentos e não ao efetivo beneficiário dos rendimentos. Ou seja, a conduta que justifica a majoração da multa para o patamar de 150% é a inexistência de identificação dos beneficiários dos rendimentos no exterior.

411. Nesse contexto, ainda que se entenda que qualquer valor é devido pela Requerente a título de principal, será demonstrado abaixo que a multa de ofício de 150% não deve ser aplicada.

**(B) OS MOTIVOS QUE DETERMINAM O CANCELAMENTO DA MULTA DE OFÍCIO**

412. As Autoridades Fiscais alegam que a Requerente praticou fraude fiscal, conforme previsto no Artigo 72 da Lei 4.502, de 30.11.1964 (“Lei 4.502/64”):

...

413. O conceito de fraude se baseia essencialmente na prática de ato lesivo a interesses de terceiros, com a clara intenção de frustrar regras e deveres legais.

414. A caracterização da fraude ainda depende da comprovação da intenção dolosa de mascarar ou disfarçar a ocorrência do fato gerador. Desse modo, a fraude se constata nos casos em que o contribuinte se vale de meios muitas vezes ilícitos para evitar a tributação ou reduzir o montante devido, como ocorre nos casos de falsificação de documentos, declarações falsas, contabilização de notas fiscais em duplicidade etc.

415. Para se indagar sobre o intuito de fraude, ou seja, o elemento doloso, deve-se examinar se o contribuinte teria conhecimento do ilícito e a vontade de enganar, que a doutrina penalista chama de “elemento intelectual e volitivo”. Por elemento intelectual entende-se o conhecimento do agente das circunstâncias caracterizadoras do ilícito e, em consequência, do valor tutelado pela norma. O elemento volitivo significa a vontade de realizar a conduta contraposta pela norma penal.

416. No presente caso, sob qualquer perspectiva que se examine, é impossível que exista uma intenção dolosa por parte a Requerente, do Pátria ou do Itaú DTVM. Essa inexistência de conduta dolosa é justificada por três razões principais.

417. A primeira razão é que não existe NENHUMA norma no ordenamento jurídico-tributário que determine a obrigatoriedade de a Requerente, o Pátria ou o Itaú DTVM identificarem toda a cadeia de investidores acima dos titulares das Contas de Depósito 2.689. A única regra tributária vigente à época dos fatos que trata do conceito de beneficiário final é o Artigo 26 da Lei 12.249/10, que trata especificadamente da dedutibilidade de despesas pagas por pessoas jurídicas brasileiras.

418. As partes não podem ter o “intuito doloso” de ocultar o real beneficiário de determinado investimento se a conduta não está prevista na legislação. A intenção de ocultar os supostos “beneficiários finais” apenas poderia existir se a legislação tributária estabelecesse a obrigatoriedade de identificação dos beneficiários finais e houvesse um arranjo comprovadamente doloso para que as informações não fossem fornecidas às Autoridades Fiscais.

419. No presente caso, as únicas normas vigentes à época dos fatos e mencionadas pela Fiscalização são as regras da CVM e do BACEN. Ainda que existisse alguma inobservância às normas emitidas pelos órgãos reguladores, o que se admite apenas para fins de argumentação, é evidente que o não atendimento a essas normas não constitui uma fraude fiscal que justifique a aplicação de multa qualificada de 150%.

420. Assim, não se pode arguir a existência de fraude ou dolo no presente caso. Quando muito, se as Autoridades Fiscais entenderem que existe uma obrigatoriedade de identificação dos beneficiários finais, seria possível falar em “erro de proibição”: ou seja, a Requerente, o Pátria e o Itaú DTVM não tinham conhecimento da suposta ilicitude dos atos praticados.

421. Na hipótese de o lançamento tributário ser julgado procedente, é inquestionável que a discussão trata de mera divergência de interpretação da legislação tributária – e jamais de uma vedação expressa prevista na legislação. Portanto, eventual irregularidade tributária, se existente, não era conhecida pelas partes envolvidas neste processo administrativo. É nesse sentido que tem decidido a jurisprudência administrativa:

...

422. A segunda razão que demonstra a inexistência de dolo ou fraude no presente caso é que as partes não tinham nenhum interesse – direto ou indireto – na suposta situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária.

423. O presente Auto de Infração exige a incidência de IRF sobre a transferência de recursos financeiros entre contas pertencentes ao mesmo titular. Trata-se de uma operação que não gera nenhum benefício ao Investidor Estrangeiros – e muito menos à Requerente.

424. Não existe nenhum interesse das partes gerar uma fraude fiscal com relação às remessas efetuadas ao exterior (operações de câmbio contestadas pela Fiscalização). Se não há interesse e benefício para as partes, é evidente que não existe o intuito volitivo de praticar a conduta dolosa.

425. Nesse ponto vale fazer um esclarecimento importante: o Auto de Infração não entende que houve conduta dolosa do Investidor Estrangeiro, cuja responsabilidade tributária recai sobre a Requerente. Pelo contrário, o Auto de Infração entende que a fraude fiscal foi praticada pela Requerente com o objetivo de beneficiar o Investidor Estrangeiro.

426. A alegação de fraude é efetuada contra a instituição financeira. Não se trata de uma conduta dolosa do investidor residente que deverá ser liquidada pelo seu responsável tributário – mas sim de um dolo da própria instituição financeira, que não tem nenhuma relação ou interesse na suposta economia tributária do estrangeiro.

427. O tortuoso raciocínio da Fiscalização pressupõe que a maior instituição financeira privada do Brasil (Requerente) teria praticado determinadas condutas dolosas para gerar benefícios tributários em benefício de terceiros não relacionados. Tal alegação, além de não comprovada, carece de uma análise razoável dos fatos e do direito aplicável.

428. A terceira razão que afasta toda alegação de fraude é que não existe nenhuma conduta fraudulenta comprovada pela Fiscalização. O Auto de Infração está fundamentado na equivocada conclusão que a impossibilidade de obtenção de informações sobre os beneficiários finais decorre de uma conduta dolosa.

429. Contudo, as Autoridades Fiscais pecam ao não descrever e comprovar quais foram as condutas dolosas e fraudulentas praticadas com o intuito de ocultar o suposto beneficiário final dos rendimentos. O antigo Conselho de Contribuintes chegou a editar a Súmula nº 14, no sentido de que a multa qualificada de 150% somente pode ser aplicada em caso de “comprovação do evidente intuito de fraude”, in verbis:

...

430. Para que as Autoridades Fiscais possam realizar a grave alegação de fraude fiscal, seria absolutamente necessária a comprovação do intuito de fraude: quais os atos fraudulentos praticados; qual era a intenção do contribuinte; quais eram perseguidos?

431. Nada disso aconteceu no presente caso! A alegação das Autoridades Fiscais para a majoração da multa está resumida em uma única frase: “vale repisar que a fiscalizada não só identificou apenas empresas offshore, sem substância econômica, para ilícitamente reduzir a tributação do IRRF, mas também se valeu do ardil de ocultar os reais beneficiários ao acordar com terceiros (Pátria Investimentos e Itaú DTVM) a identificação apenas do elo intermediário imediato e nada mais”.

432. Não há no presente caso a comprovação do intuito de fraude e dos atos praticados pela Requerente. Portanto, é inquestionável que a multa qualificada não deve ser aplicada.

(C) A ABUSIVIDADE DA MULTA APLICADA

433. Por fim, mesmo já tendo a Requerente demonstrado a total improcedência da multa de 150% aplicada pela Fiscalização, deve-se ressaltar também que nos casos específicos em que há a exigência de IRF nos termos do caput do artigo 61 da Lei nº 8.981/95, a aplicação dessa multa qualificada é ainda mais desproporcional.

434. De fato, como a própria legislação tributária prevê que nas hipóteses de pagamentos efetuados sem causa ou a beneficiários não identificados o IRF será devido à uma alíquota majorada de 35%, com reajustamento da base de cálculo, não é razoável que tal tributação seja combinada com a aplicação de uma multa de ofício qualificada de 150%.

435. Por esse motivo, ao analisar casos análogos ao presente (cobrança de IRRF à alíquota de 35% por suposto pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado) o CARF já afasta a aplicação da multa qualificada de 150%, como se verifica pelas decisões transcritas abaixo:

...

436. Conforme determinaram os precedentes acima, a tributação na fonte nos termos do artigo 61 da Lei nº 8.981/95 tem como objeto a falta de recolhimento do IRF, e não a omissão na indicação do beneficiário. Por esse motivo, nesses casos específicos deve ser aplicada apenas a multa de ofício no percentual de 75%.

437. Ademais, considerando todas as particularidades do caso concreto da Requerente já examinadas nesta impugnação, fica ainda mais evidente que a multa qualificada de 150%, aplicada de forma conjunta com um imposto cujo impacto efetivo para a Requerente é de 53,8%, além de indevida é nitidamente confiscatória, em prejuízo do disposto nos artigos 3º do CTN e 150 da CF.

438. Isso porque, na prática, as Autoridades Fiscais pretendem impor à Requerente uma carga tributária total de 134,50% sobre uma operação absolutamente legítima e na qual sequer existiram rendimentos passíveis de tributação na perspectiva dos investidores não-residentes.

...

441. Com base nessas premissas, é também certo que a carga tributária total de 134,50% sobre os valores discutidos nestes autos caracteriza verdadeiro confisco, na medida em que expropria o seu patrimônio, em violação ao artigo 150, inciso IV, da CF.

442. Nesse sentido, vale destacar a decisão abaixo do Supremo Tribunal Federal ("STF"), que, definitivamente, vedou a imposição de multas que superem o montante exigido a título de imposto:

...

443. Nesse mesmo sentido, vale frisar que o STF negou provimento ao Agravo Regimental interposto pela União Federal no Recurso Extraordinário nº 523.471, reconhecendo (i) que o princípio constitucional da vedação ao confisco se aplica às multas, e não apenas aos tributos, e (ii) a abusividade de uma multa de 60%. A multa do caso concreto, aliás, é muito inferior ao percentual aplicado no presente caso. Confira-se a ementa desse julgado:

...

444. Frise-se, ainda que o STF reconheceu a repercussão geral dos limites da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório (RE nº 736.090 – tema 863).

445. Dessa forma, resta demonstrada a total improcedência da multa qualificada de 150% imposta pela Fiscalização e o seu caráter nitidamente confiscatório (que produz à Requerente um impacto de 134,50% sobre os valores discutidos nestes), sendo certo que tal penalidade deve, no mínimo, ser reduzida ao percentual de 75%.

#### **XI. A INAPLICABILIDADE DA MULTA DE OFÍCIO, DOS JUROS SELIC E DOS JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO**

446. Muito embora já tenha sido demonstrada a total improcedência da presente infração, será também demonstrado nos próximos parágrafos (considerando uma remota hipótese de manutenção da exigência fiscal) que a multa de ofício imposta pela Fiscalização e os juros de mora calculados sobre a multa são improcedentes e não guardam qualquer razoabilidade com os fatos ora analisados.

#### **(A) A MULTA DE 75% TAMBÉM NÃO PODE SER APLICADA**

447. A Requerente considera que há exagero cometido na exigência de uma multa de ofício de 75% sobre o pretense débito em questão. A esse respeito, importa primeiramente notar as disposições do artigo 142 do CTN:

...

448. Como se vê, o texto legal contido no CTN sobre a atividade de lançamento do crédito tributário pela autoridade administrativa deixa claro que, apenas se e quando for o caso, a autoridade administrativa deverá propor a aplicação da penalidade cabível.

449. No caso destes autos, contudo, a Requerente demonstrou que todos os requisitos exigidos em normas tributárias foram devidamente atendidos e todas as operações foram levadas a conhecimento das autoridades regulatórias competentes. Dessa forma, não seria justo atribuir-lhe uma penalidade de 75% sobre o valor do suposto crédito tributário ora discutido, que ultrapassa os limites da razoabilidade e proporcionalidade, devendo ser prontamente reduzida. Confirma-se decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal ("STF") a esse respeito:

...

450. Portanto, resta demonstrado que, ainda que a presente autuação pudesse ser considerada procedente, o que se admite para fins de argumentação, a multa de 75% aplicada pela Fiscalização se configura desproporcional à suposta infração cometida, devendo ser reduzida para um valor mais justo e adequado à sua conduta.

#### **(B) IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO**

451. Por fim, a Recorrente pede vênias para destacar que, mesmo na hipótese de serem mantidos quaisquer valores a título de multa – o que também se coloca somente para argumentar –, a atualização desses valores não poderá ser feita com a incidência de juros pela taxa SELIC, já que o E. CARF se manifestou diversas vezes no sentido de que tais multas não são atualizáveis:

...

452. Do mesmo modo, a E. CSRF pacificou no julgamento do Recurso de Divergência n.º 202-131.351 a questão acerca da ilegalidade da incidência dos juros moratórios (seja a taxa SELIC ou o percentual de 1% ao mês) sobre a multa. Confira-se:

...

453. Inclusive, em sessão realizada em 8.12.2014, o Pleno da E. CSRF rejeitou proposta de Súmula que autorizaria a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício (4ª Proposta de Enunciado de Súmula prevista pela Portaria n.º 23, de 21.11.2014), o que deixa evidente a impossibilidade de cobrança de quaisquer multas com atualização por tal índice.

#### **VII. CONCLUSÃO**

454. Inicialmente, cabe destacar que a presente Impugnação é tempestiva e deve ser integralmente apreciada e acolhida.

(A) O ESCOPO DO AUTO DE INFRAÇÃO E O CONTEÚDO FÁTICO

A partir deste ponto, Impugnação passa a fazer consolidação e reiterar os argumentos constantes em todo o seu conteúdo, para finalizar, com o seguinte Pedido, in verbis:

(G) O PEDIDO

665. Em vista do exposto, a Requerente pleiteia seja dado INTEGRAL PROVIMENTO à presente Impugnação para que seja cancelado o Auto de Infração em discussão (principal, multa e juros), com o consequente arquivamento do processo administrativo.

147. A Requerente protesta ainda pela juntada posterior de documentos, nos termos do artigo 16, § 4º, alínea “a” do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

Quando da análise das controvérsias suscitadas pela Impugnante, esta 11a Turma da DRJ01 (à época ainda como 2a Turma da DRJ/Campo Grande/MS) achou por bem encaminhar os autos à Unidade de origem para realização de diligência, objetivando que fossem melhor esclarecidas as alegações da Impugnante, além de analisada a farta documentação apresentada junto com a impugnação, a bem da verdade material, nos termos do Despacho de diligência no 4.018 - 2ª Turma da DRJ/CGE, datado de 25 de maio de 2018, anexo às fls. 1509/1511.

Vale citar parte esclarecedora do citado Despacho de Diligência, in verbis (grifou-se):

8. Na situação posta, entendo ser fundamental o retorno dos autos à Autoridade lançadora para que a mesma verifique as argumentações e documentos acostados pela Impugnante, analisando e se manifestando, pelo menos, sobre as seguintes questões:

A- analisando a documentação apresentada com a impugnação, é possível considerar atendida a condição de identificação do beneficiário final do pagamento, para atendimento à Lei nº 11.312/2006?;

B- manifestar-se sobre a afirmação da Impugnante de que nunca efetuou pagamento a beneficiário no exterior, mas que os valores foram devolvidos ao Investidor Estrangeiro no contexto do contrato de depósito e custódia. Sobre o assunto, analisar se no decorrer da Fiscalização, ou se com a documentação apresentada na impugnação, a Autuada teria comprovado tal afirmação?.

...

11. Esclareço ser necessário tais análises pela Fiscalização, considerando-se a mesma ter realizado exaustivo, minucioso e demorado trabalho de verificação na Autuada e nos Diligenciados em questão, considerando, ainda, que a farta documentação juntada só foi apresentada nesta fase de julgamento.

12. Para atender a esta diligência, proponho a elaboração de Relatório Fiscal com as conclusões da Autoridade Fiscal, do qual a Autuada deve ter ciência, com a abertura de prazo, para que, em desejando, possa aditar sua Impugnação.

13. ...

14. Sendo assim, não obstante a excelente qualidade do trabalho realizado, levando-se em conta o já descrito, além da necessidade do atendimento do princípio da verdade material, proponho que os autos retornem à DEMAC - São Paulo para as providências antes solicitadas.

Após analisar os esclarecimentos e documentação apresentadas pela Autuada, a Delegacia de Operações Especiais de Fiscalização da Receita Federal em São Paulo – SP – DEOPE -SP emitiu o Relatório de Diligência Fiscal, datado de 19/04/2021, às fls. 2.022/2.098, juntando a esta documentação comprobatória.

Verifica-se que os itens “Do Resultado da Auditoria Fiscal”, “Respostas aos Questionamentos da 2a Turma da DRJ/Campo Grande/MS” e conclusão” “Da Conclusão” do Relatório de Diligência Fiscal resumem, em síntese o resultado do

*trabalho de análise da Fiscalização em resposta às arguições da Delegacia de Julgamento. Dessa forma traz-se a seguir excertos constantes dos itens citados de modo a sintetizar o teor do concluído na Análise da Autoridade atuante, in verbis:*

## **2 – DO RESULTADO DA AUDITORIA FISCAL**

*189. Como visto, a atuada entende que comprovou documentalmente toda a cadeia societária de investimento relacionada a Educational e admite a utilização de empresas veículos por Antônio Valle, em várias jurisdições, como forma de garantir a flexibilidade necessária para realizar seus diversos investimentos e aplicações financeiras ao redor do mundo, e conclui que os benefícios econômicos e o exercício dos direitos políticos de todos os veículos de investimento encontravam-se concentrados, em última instância na pessoa de Antônio Valle, à época, residente na Suíça.*

*190. Em reforço, junta a declaração acima onde o mesmo reconhece ser o beneficiário final dos recursos investidos no Brasil por intermédio da Educational. 191. Posto isso, vejamos o resultado obtido por esta auditoria fiscal nos documentos apresentados:*

### **1) Educational:**

- a) é uma entidade intermediária e não atua em proveito próprio;*
- b) seu controle é exercido pelas quotas Classe C do fundo Highland;*
- c) Antônio Valle e Marcelo Mello são conselheiros delegados até 15/05/2014;*
- d) é mera conta bancária offshore (EUA) operada remotamente, dissimulada de empresa no exterior (Reino Unido);*
- e) o fluxo financeiro apresentado demonstra os valores oriundos do Brasil, mas não revela para onde e para quem foram encaminhados;*
- f) os dados cadastrais da Educational mantidos pela atuada estão defasados em relação à documentação apresentada.*

### **2) Highland:**

- a) é uma entidade intermediária e não atua em proveito próprio;*
- b) é um fundo de investimentos cujos quotistas Classe C detêm 100% da Educational;*
- c) os múltiplos investidores da Classe C não foram revelados;*
- d) Antônio Valle e Marcello Melo são conselheiros delegados;*
- e) a atuada não identificou a pessoa física Marcelo Mello;*
- f) não houve apresentação de fluxo financeiro;*
- g) efetuou distribuição aos quotistas da Classe C. US\$ 7.017.000,00, em 2012, e US\$ 91.550.000,00, em 2013;*
- h) está sediado em país que integra a lista de países ou dependências com tributação favorecida emitida pela Receita Federal do Brasil*

### **3) Yard:**

- a) é uma entidade intermediária e não atua em proveito próprio;*
- b) existem indícios de que seu controle é exercido pela Sarbon vez que foi apresentado um certificado de ações emitido em 14/10/2009;*
- c) é um dos quotistas Classe C do fundo Highland. O percentual de participação não é conhecido;*
- d) é mera conta bancária offshore (Suíça) operada remotamente, dissimulada de empresa no exterior (Ilhas Virgens Britânicas);*
- e) não há comprovação de que os US\$ 5.500.000,00 recebidos do Highland são originários dos contratos de câmbio constantes nos autos e tampouco para onde estes recursos foram posteriormente;*

*f) no período em análise, Antônio Valle é conselheiro delegado;*

*g) está sediada em país que integra a lista de países ou dependências com tributação favorecida emitida pela Receita Federal do Brasil.*

4) Sarbon:

*a) existem indícios de que seja a detentora das ações emitidas pela Yard;*

*b) é uma entidade intermediária e não atua em proveito próprio;*

*c) não foram apresentadas peças societárias, tais como, memorando de constituição, certificado de constituição, certificado de incumbência ou documentos equivalentes;*

*d) não houve comprovação de fluxo financeiro;*

*e) não há comprovação de delegação de poderes para Antônio Valle;*

*f) está sediada em país que integra a lista de países ou dependências com tributação favorecida emitida pela Receita Federal do Brasil;*

*g) até 11/02/2013 suas ações eram ao portador e os detentores não foram revelados;*

*h) o único certificado de ações apresentado foi o de nº 7, válido para o período de 11/02/2013 a 02/05/2013. Ações detidas indiretamente pela Green Valley LLC, via Nolandir;*

*i) como não foi apresentado certificado de ações expedido pela Sarbon e assinado por seus conselheiros, existem indícios de que no período de 02/05/2013 a 14/06/2013 fosse detida diretamente pela Green Valley LLC;*

*j) como não foi apresentado certificado de ações expedido pela Sarbon e assinado por seus conselheiros, existem indícios de que a partir de 14/06/2013 seja detida pela Green Valley Ltd;*

5) Nolandir:

*a) é um agente intermediário agindo por conta e ordem da Green Valley LLC;*

*b) está sediado em país que integra a lista de países ou dependências com tributação favorecida emitida pela Receita Federal do Brasil.*

6) Green Valley LLC:

*a) é a detentora das ações emitidas pela Sarbon, período de 11/02/2013 a 02/05/2013;*

*b) como não foi apresentado o certificado de ações expedido pela Sarbon e assinado por seus conselheiros, existem indícios de que no período de 02/05/2013 a 14/06/2013 fosse sua controladora;*

*c) é uma entidade intermediária e não atua em proveito próprio;*

*d) é detida pela Green Valley Ltd. desde 03/10/2011;*

*e) Antônio Valle é administrador delegado;*

*f) não houve comprovação de fluxo financeiro;*

*g) integra a lista de regime fiscal privilegiado emitida pela Receita Federal do Brasil (Art. 2º, VII, da IN RFB nº 1037, de 04/06/2010).*

7) Green Valley Ltd.:

*a) não foram apresentadas peças societárias, tais como, memorando de constituição, certificado de constituição, certificado de incumbência ou documentos equivalentes, nº de registro, etc. Além do mais, sem a comprovação de em quantas ações se distribui o capital social da Green Valley Ltd., como saber o percentual de participação societária relativo às 10.000 ações supostamente detidas por Antônio Valle? Como saber se existem mais certificados expedidos? Para quem?*

*b) pela ausência de documentação societária sua existência legal não foi comprovada;*

c) o único documento por ela produzido e apresentado é o Registro de Ações (Doc. n.º 50) que indica a posse de 10.000 ações por Antônio Valle;

d) não apresentou o certificado de ações n.º 1, de 12/09/2011, e que estaria assinado por algum diretor, mandatário ou representante legal da empresa;

e) não há comprovação de delegação de poderes para Antônio Valle;

f) como não foi apresentado certificado de ações expedido pela Sarbon e assinado por seus conselheiros, existem indícios de que a partir de 14/06/2013 seja sua controladora;

g) é uma entidade intermediária e não atua em proveito próprio;

h) não houve comprovação de fluxo financeiro;

i) está sediada em país que integra a lista de países ou dependências com tributação favorecida emitida pela Receita Federal do Brasil.

192. Diante das constatações, elaboramos as demonstrações gráficas representativas dos elos societários e fluxos financeiros contidos na documentação apresentada:

1) Estrutura societária:

*Insere quadro.*

193. Como dito anteriormente, para algumas entidades foram apresentados vários tipos de documentos societários ou não. Entretanto, quanto mais longe se encontra o elo da Educational menos documentos foram apresentados, tanto que se chega ao ponto de que o único documento emitido pela Green Valley Ltd. é um registro de ações, daí o entendimento desta auditoria fiscal de que a prova legal de sua existência não pôde ser comprovada.

194. Quanto à Yard, conforme a análise conclusiva efetuada no tópico que lhe diz respeito, verificou-se que os montantes distribuídos pela Highland são bem superiores aos entregues para a Yard, daí a definição de “outros quotistas majoritários” para a parte não identificada e que recebeu a maioria dos recursos da Highland.

195. Vimos que as quotas Classe C da Highland detêm a totalidade da Educational, entretanto, pela documentação apresentada, verificamos que a Yard não é a detentora de 100% das quotas Classe C. Tampouco provou-se qual o percentual devido pela Yard.

196. Até 11/02/2013, as ações da Sarbon eram ao portador e não existe nos autos nenhuma evidência de que até esta data a mesma pertencesse à Green Valley LLC. A partir de 15/05/2014 aconteceu a troca dos sócios da Educational.

197. Desse modo, até 11/02/2013, a cadeia intermediária identificada pelo contribuinte vai apenas até a Sarbon.

198. De 11/02/2013 até 14/06/2013, existem indícios de que a Green Valley LLC e Sarbon tenham ligação entre si e detenham indiretamente parcela das quotas Classe C da Highland. A partir de 14/06/2013, e até 15/05/2014, a situação permaneceu inalterada, à exceção da saída da Green Valley LLC.

199. Em relação ao Sr. Antônio Valle, pelos documentos apresentados, constata-se que o mesmo exerce funções delegadas nas empresas acima, à exceção da Sarbon, onde ele não aparece. De qualquer forma, não existe comprovação de sua titularidade dos ativos, mesmo a partir de 11/02/2013.

2) Fluxo financeiro:

*...Insere quadro.*

200. Antes de mais nada, o fluxo financeiro representado graficamente abrange somente os anos de 2012 e 2013 em virtude das demonstrações financeiras da Highland se referirem a esses períodos.

201. Logo de início, verificamos que o fluxo financeiro é bem mais enxuto.

202. Como examinado, apesar de incompleto, as únicas entidades que apresentaram alguma existência de fluxo financeiro foram a Educational e a Yard. Para o fundo Highland, em virtude dos documentos apresentados, a existência de fluxo financeiro é concebível, mas não foi revelado para quem foram as transferências efetuadas pela Educational.

203. Quanto à Sarbon, Green Valley LLC e Green Valley Ltd. nada foi apresentado, e pelo fato de serem empresas veículos, muito provavelmente não movimentaram nenhum recurso financeiro.

204. Muito embora conste a declaração de Antônio Valle afirmando ser o beneficiário final das operações, não existe nenhuma evidência nos autos de que o mesmo recebeu, direta ou indiretamente, qualquer recurso financeiro originário da Educational.

205. Portanto, não houve a comprovação do destino derradeiro dos recursos financeiros saídos do Brasil nem a efetiva identificação do seu beneficiário final.

### 3 – RESPOSTAS AOS QUESTIONAMENTOS DA 2ª TURMA DA DRJ/CAMPO GRANDE/MS

206. A 2ª Turma da DRJ/Campo Grande/MS solicita o pronunciamento desta autoridade fiscal nos seguintes quesitos:

#### Pergunta:

“A- analisando a documentação apresentada com a impugnação, é possível considerar atendida a condição de identificação do beneficiário final das remessas, para atendimento dos termos da Lei nº 11.312/2006?;

#### Resposta a A:

207. Não. Conforme análises efetuadas na documentação apresentada, apesar da revelação de empresas interpostas nas Ilhas Cayman, Ilhas Virgens Britânicas, Belize, Bahamas e no estado americano de Delaware, a atuada não logrou êxito em comprovar quem eram os BENEFICIÁRIOS FINAIS das aplicações efetuadas no Brasil.

#### Pergunta:

B- manifestar-se sobre a afirmação da Impugnante de que nunca efetuou pagamento a beneficiário no exterior, mas que e os valores foram devolvidos ao Investidor Estrangeiro no contexto do contrato de depósito e custódia. Sobre o assunto, analisar se no decorrer da Fiscalização, ou se com a documentação apresentada na impugnação, a Atuada teria comprovado tal afirmação?.”

#### Resposta a B:

208. Durante a ação fiscal, e por ocasião da presente diligência, a atuada não comprovou quem são os beneficiários finais dos investimentos efetuados no Brasil pela Educational. Entende-se o beneficiário final como a pessoa física ou jurídica não constituída com o único ou principal objetivo de economia tributária que aufera esses valores por sua própria conta e não como agente, administrador fiduciário ou mandatário por conta de terceiro, ou seja, a pessoa física ou jurídica dotada de capacidade contributiva e que atua em proveito próprio.

209. Como fartamente relatado, a atuada é o sujeito passivo da obrigação por ser a representante legal e tributária do investidor não revelado, ou seja, nas operações cambiais analisadas, a atuada se apresenta como ordenante do pagamento e ao mesmo tempo faz às vezes desse investidor, haja vista a representação assumida, vale dizer, desconhecendo-se o beneficiário, a responsabilidade tributária recai sobre a atuada nos termos do artigo 61 da Lei nº 8.981/95 e artigo 128 do CTN.

210. Os fatos dos documentos e informações apresentados demonstrarem valores creditados em favor do investidor ostensivo e terem sido objeto de escrituração contábil em contas pertencentes ao grupo contábil “Compensação” não são suficientes, por si sós, para afastar a sujeição passiva por responsabilidade imputada à atuada. É que

*num primeiro momento, as representações legal e tributária não interferem no dia a dia da classificação econômico-financeira dada pela autuada e no registro contábil contemporâneo aos fatos examinados.*

*211. Nesse sentido, para comprovar tanto as operações quanto os agentes envolvidos não basta uma roupagem jurídica, os registros contábeis e fiscais de forma a dar uma aparência de correção, tampouco a apresentação de documentos pertinentes apenas ao investidor ostensivo. É indispensável que o contribuinte comprove de forma inequívoca, com documentos hábeis e idôneos, além da efetividade da operação o real beneficiário.*

#### 4 – DA CONCLUSÃO DA DILIGÊNCIA

*212. Diante das informações acima, no que mais interessa ao presente, concluo que os documentos e informações trazidos em sede de impugnação não tiveram o condão de modificar a presente autuação.*

*213. Á vista do relatado, considero atendida a presente diligência fiscal.*

*214. Antes do retorno dos autos à DRJ, o presente relatório fiscal será cientificado à autuada, com a abertura de prazo de 30 (trinta) dias, para que, em desejando, possa aditar sua Impugnação, em contraposição às verificações da presente diligência fiscal.*

*Cientificada desse Relatório de Diligência Fiscal, a Interessada apresentou Petição-Manifestação ao Relatório de Diligência, e outros documentos, anexos a partir das fls. 2.106.*

*Em resumo, a Impugnante faz uma análise do conteúdo e das conclusões do Relatório de Diligência. Segue o que consta em síntese nas Petições apresentadas, conforme o conteúdo do item “Conclusões e Pedidos”, in verbis:*

#### IV. CONCLUSÕES E O PEDIDO

*145. O procedimento de diligência foi instaurado para que a Autoridade Fiscal se manifestasse em relação a dois simples quesitos (fls. 1.509/1.511):*

...

*146. No que diz respeito ao Quesito A, inicialmente, o Requerente reitera ter comprovado que o titular da Conta de Depósito 2.689 e beneficiário de todos os rendimentos/remessas efetuados a partir do Brasil é a Educational, sociedade sediada no Reino Unido. Isso porque, a Educational consiste na efetiva entidade investidora dos recursos questionados e, portanto, beneficiária das transferências cambiais questionadas no presente Auto de Infração.*

*147. Caso a I. DRJ entenda que a Educational não deva ser caracterizada como a beneficiária das transferências, o que se admite apenas para fins argumentativos, o Requerente demonstrou documentalmente que a Educational era detida indiretamente por pessoa física residente na Suíça, pessoa que seria o “real beneficiário” de todas as transferências durante o período de 2012 a 2014, uma vez que concentrava todos os benefícios econômicos e o exercício dos direitos políticos de todas as sociedades que compunham a estrutura de investimento.*

*148. Portanto, ao contrário do que entendeu o Relatório, o Requerente identificou na presente Manifestação todas as entidades envolvidas na estrutura de investimento no exterior, apresentando documentação hábil e idônea para comprovar a existência e validade das entidades no exterior, bem como a veracidade dos esclarecimentos originalmente apresentados na Impugnação e reiterados na presente Manifestação.*

*149. Não fosse suficiente a documentação que já havia sido apresentada em sede de Impugnação, o Requerente reitera ter apresentado novos documentos na presente Manifestação para esclarecer em definitivo os equívocos incorridos pela Autoridade Fiscal na elaboração do Relatório. Tendo em vista que os documentos estão em língua estrangeira, o Requerente se compromete a juntar as versões traduzidas para análise.*

*150. Já em relação ao Quesito B, embora o escopo do questionamento não tenha sido devidamente compreendido pela Autoridade Fiscal, que respondeu a indagação com*

*alegações completamente alheias ao que foi de fato questionado, o Requerente demonstrou que*

*(i) o artigo 61, caput da Lei 8.981/95 é absolutamente inaplicável ao presente caso, uma vez que a transferência de recursos entre a Conta de Depósito 2.689 e a conta corrente no exterior, todas de titularidade do Investidor Estrangeiro, jamais poderiam ser classificadas como pagamentos; e*

*(ii) em termos documentais, a impossibilidade de classificação das transferências como pagamentos está devidamente comprovada pelos Contratos de Depósito e Custódia (fls. 1.026 a 1.058, acompanhados da legislação civil que regulamenta cada uma dessas relações jurídicas), pelos extratos da Conta de Depósito 2.689, em que ficam evidentes as aplicações financeiras realizadas, os resgates e alienações de títulos, e a remessa dos recursos para a conta corrente no exterior (fls. 1.060 a 1.240), e pelo extrato bancário da conta corrente no exterior (fls. 1.248 a 1.361).*

*151. O Requerente ainda demonstrou que os argumentos contrapostos pela Autoridade Fiscal no Relatório de Diligência são absolutamente improcedentes, nos seguintes termos:*

*(i) Suposta necessidade de identificação de beneficiários finais: embora o Requerente tenha evidenciado, em demonstração de sua boa-fé, a pessoa física que em última instância era a titular dos recursos remetidos ao exterior, deve-se ressaltar que não há na lei tributária brasileira uma norma sequer que imponha ao Requerente a exigência de identificação dos beneficiários finais de nada. Tampouco há qualquer norma estabelecendo que na falta de identificação de tais sujeitos seria autorizada a exigência do IRF à alíquota de 35% sobre os recursos remetidos ao exterior.*

*(ii) Desconsideração do Investidor Estrangeiro: sob qualquer ótica que se analise, o Investidor Estrangeiro é, de fato e de direito, o beneficiário dos recursos transferidos da Conta de Depósito 2.689, de sua titularidade, para a outra conta bancária no exterior, também de sua titularidade. A Autoridade Fiscal não poderia simplesmente desconsiderar o Investidor Estrangeiro, uma vez que (A) a legislação brasileira (LINDB) reconhece que a legislação estrangeira é apta a qualificar os bens e a regulamentar a existência de sociedades, e a legislação do Reino Unido efetivamente reconhece que o Investidor Estrangeiro possui personalidade jurídica e autonomia patrimonial, é um titular legítimo de direitos e obrigações, e seu patrimônio não se confunde como dos seus sócios; (B) as próprias autoridades fiscais reconhecem (ADI 5/19) que o Investidor Estrangeiro, titular da Conta de Depósito 2.689, só poderia ser desconsiderado para fins fiscais em caso de comprovação inequívoca de dolo, fraude ou simulação – o que não é o caso destes autos; e (C) a desconsideração da personalidade jurídica do Investidor Estrangeiro deveria seguir procedimentos específicos previstos na legislação brasileira, os quais em momento algum foram observados.*

*(iii) Suposta fraude por parte do Requerente: não há nesses autos um elemento sequer que se qualifique como indício de dolo, fraude ou simulação, e muito menos qualquer prova concreta produzida pela Autoridade Fiscal para subsidiar suas alegações vazias.*

*(iv) O Requerente, na condição de representante legal do Investidor Estrangeiro, não é e nunca foi responsável tributário pela exigência fiscal discutida nesses autos, uma vez que (A) as figuras do representante legal e o responsável tributário não se confundem; (B) a atribuição de responsabilidade tributária exige previsão legal expressa e específica. O artigo 128 do CTN, por si só, não é uma norma de atribuição de responsabilidade tributária, e não foi apontado pela Autoridade fiscal qualquer outro dispositivo de lei que atribuísse a responsabilidade tributária ao Requerente;*

*(C) os contratos celebrados não podem ser utilizados pela Autoridade Fiscal como fundamento legal para a responsabilização tributária do Requerente, uma vez que artigo 123 do CTN prevê expressamente que as convenções particulares não podem ser opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo; (F) o Requerente não praticou ou teve qualquer relação com o suposto fato gerador do IRF*

*e, portanto, não se reveste da condição de contribuinte; e (E) há regras específicas na legislação tributária (Lei 9.532/97 e a Medida Provisória 2.189-49/01) que atribuem a responsabilidade pela retenção e recolhimento do IRF, quando devido, a outras pessoas que não o Requerente (fonte pagadora / administrador dos fundos de investimento).*

*152. Nesse contexto, o Requerente pleiteia seja dado INTEGRAL PROVIMENTO à sua Impugnação para que seja cancelado o Auto de Infração em discussão (principal, multa e juros), com o consequente arquivamento do processo administrativo.*

*147. O Requerente protesta ainda pela juntada posterior de documentos, nos termos do artigo 16, § 4º, alínea "a" do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.*

*É o relatório.*

Na sequência, foi proferido o acórdão recorrido, que deu provimento à Impugnação apresentada, nos seguintes termos:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF**

**Ano-calendário: 2012, 2013, 2014**

**DECADÊNCIA.**

*Súmula CARF nº 114: O Imposto de Renda incidente na fonte sobre pagamento a beneficiário não identificado, ou sem comprovação da operação ou da causa, submete-se ao prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).*

**PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. PRESUNÇÃO LEGAL. EXASPERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO INDEVIDA. INADEQUAÇÃO DOS FATOS A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. NULIDADE POR VÍCIO MATERIAL.**

*Diante da impossibilidade de ter sido utilizado o art. 61 da Lei n. 8.981/1995 como fundamento para a aplicação da exasperação da base de cálculo presumida e incidência da alíquota de 35% para a exigência do IRRF, bem como da impossibilidade de ter o fisco se baseado na Lei n. 9.613/1998, na Instrução CVM n. 301/1999 e na Circular BACEN n. 3.461/2009, como meios de também justificar a necessidade de identificação do beneficiário final (pessoa natural controladora), beneficiária dos pagamentos, configurado está o vício material.*

**IRRF. ADMINISTRADORA DE FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO.**

*Consoante disposição do art. 25 da IN RFB n. 1.022, que dispõe sobre o imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos e ganhos líquidos auferidos nos mercados financeiro e de capitais, ressalvada a responsabilidade do próprio contribuinte pelo pagamento do imposto de que trata o § 1º, a instituição administradora do fundo é responsável pela retenção e recolhimento do imposto até o 3º (terceiro) dia útil subsequente ao decêndio de ocorrência dos fatos geradores.*

**MULTA QUALIFICADA. FALTA DE CONSTATAÇÃO DE SONEGAÇÃO, FRAUDE E CONLUÍO. INAPLICABILIDADE.**

*Descabe a aplicação da multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, quando não constatada na autuação em julgamento a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.*

**Impugnação Procedente**

**Crédito Tributário Exonerado**

Ciente do acórdão recorrido, não houve apresentação de Recurso Voluntário, sendo objeto de julgamento apenas o Recurso de Ofício interposto, em razão da exoneração integral do crédito tributário constituído.

O autos foram remetidos ao CARF e requeridos pela Fazenda Nacional para elaboração de razões de recurso de ofício.

Na sequência, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), através de sua Procuradora, apresentou razões do Recurso de Ofício, pugnando por seu provimento.

É o Relatório.

## Voto

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator.

### DO RECURSO DE OFÍCIO

Quanto à admissibilidade do recurso de ofício, deve-se ressaltar que a Portaria ME nº 2, de 17 de janeiro de 2023, estabeleceu novo limite para interposição de recurso de ofício pelas Turmas de Julgamento das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ). Confira-se:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

No caso em tela, a decisão recorrida afastou integralmente o crédito tributário constituído, cujos valores exigidos superam o limite de quinze milhões de reais, estabelecido pela norma em referência. Portanto, conheço do recurso de ofício.

O exame de mérito diz respeito ao lançamento de ofício do IRRF face aos pagamentos a beneficiários não identificados, nos termos do artigo 61 e parágrafos 2º da Lei nº 8.981, de 20/01/95. Trata-se do Imposto de Renda exclusivo na fonte, à alíquota de 35%, considerando-se líquido o pagamento, ou seja, incidente sobre a base de cálculo reajustada, conforme informa o TVF em questão.

A decisão recorrida acolheu os argumentos do Contribuinte, destinados ao cancelamento integral do débito, o que motivou a interposição do presente recurso de ofício.

Em sede de Impugnação, resumidamente, alega o contribuinte que nunca foi efetuado qualquer pagamento a beneficiários não identificados, nos fatos discutidos no presente processo. Em sua ótica, houve mera transferência de recursos entre contas de custódia e depósito, de titularidade de um mesmo investidor estrangeiro devidamente identificado.

Aduz que, dentre as diversas atividades econômicas exploradas pelo Grupo Itaú Unibanco, o Recorrido é sociedade que se dedica à prestação de serviço de representação legal de investidores estrangeiros, bem como de registro e manutenção dos recursos dos investidores estrangeiros em contas de depósito de numerário e de ativos financeiros (Contas 2.689), cujas contas eram regulamentadas pela Resolução CMN 2.689, de 26.1.2000, vigente à época dos fatos.

Neste contexto, alega que a sociedade estrangeira *Educational Investments LLP*, entidade sediada no Reino Unido, abriu Contas 2.689 junto ao Contribuinte, para aplicação no mercado financeiro e de capitais brasileiro, e que ao longo dos anos, transferiu recursos de contas bancárias no exterior para a citada Conta de depósito 2.689.

Estes recursos, continua, foram utilizados para aplicação no mercado financeiro e de capitais brasileiro, mediante a aquisição de ativos financeiros, e que, durante o período, o investidor estrangeiro também realizou o resgate de suas aplicações financeiras, além de receber os rendimentos decorrentes de suas aplicações.

Aduz que estes recursos financeiros depositados nas Contas 2.689 foram posteriormente transferidos, como retorno de capital, para contas bancárias mantidas pelo investidor estrangeiro no exterior, por meio de quinze operações de câmbio distintas, ao longo do período de 2012 a 2014.

A autoridade fiscal, contudo, ao se deparar com estes fatos, entendeu que o recorrido teria a obrigação de identificar a cadeia dos “*reais beneficiários*” dos recursos mantidos na referida Conta 2.689 e transferidos para contas no exterior, e em razão, na sua compreensão, de que as transferências destes recursos para conta bancária no exterior de titularidade da sociedade *Educational Investments LLP*, seriam equivalentes a um *pagamento* de recursos a *beneficiário não identificado*, lavrou o presente lançamento de IRRF à alíquota de 35% sobre o valor reajustado das operações e câmbio, nos termos previstos no *caput* do artigo 61 da Lei nº 8.981/95, acrescido de multa de ofício de 150% e juros SELIC.

Segundo a fiscalização, a multa foi majorada para o percentual de 150%, sob o entendimento de que o recorrido teria cometido fraude, em conluio, ao formalizar “*seus registros de forma a dar uma aparência de correção às operações financeiras envolvendo os investidores não residentes*”, e “*não só identificou apenas offshore, sem substância econômica, para ilicitamente reduzir a tributação do IRRF, mas também se valeu do ardid de ocultar os reais beneficiários através da identificação apenas do elo intermediário imediato e nada mais*”.

Submetida a lide à julgamento, a DRJ reconheceu a nulidade da exigência fiscal por vício material e ofensa ao artigo 142 do CTN.

Encaminhados os autos ao CARF, houve requerimento pela Fazenda Nacional para elaboração de razões de recurso de ofício. As razões de recurso apresentadas pela PGFN, foram assim segregadas:

i) A autoridade fiscal teria fundamentado o lançamento tanto na suposta simulação do investidor estrangeiro, quanto na falta de identificação dos beneficiários dos recursos emitidos ao exterior;

ii) com intuito de reformar o julgamento, a PGFN aborda três temas: a) inexistência de erros quanto ao fato gerador, base de cálculo e sujeito passivo do tributo; b) caracterização das remessas ao exterior como pagamentos ao investidor; c) omissão da decisão recorrida quanto à alegação de que o investidor estrangeiro era simulado; d) classificação do recorrido como “fonte” dos pagamentos efetuados ao investidor estrangeiro e, por consequência, a materialização da hipótese de incidência do art. 61 da Lei nº 8.981/95; e, e) adequação do procedimento de desconsideração do investidor estrangeiro.

Ao final, a PGFN pleiteia o provimento do recurso de ofício e a reforma da decisão recorrida.

Isso posto, passo à análise:

A discussão reside na verificação se ocorreu (ou não) os considerados pagamentos a beneficiários não identificados. Ao analisar o ponto, a DRJ inicia com a citação do próprio dispositivo que fundamenta a existência fiscal, qual seja, o art. 61 da Lei n.º 8.981, de 1995:

*Motivou o lançamento de IRRF, os considerados pagamentos a beneficiário não identificado. Vale citar o que disciplina o art. 61 da Lei n.º 8.981, de 1995, motivação e base legal principal do AI:*

*Art. 61. Fica sujeito à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.*

*§ 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74. da Lei n.º 8.383, de 1991.*

*§ 2º Considera-se vencido o imposto de renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.*

*§ 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.*

*O caput do art. 61 da Lei n.º 8.981, de 1995, instituiu a tributação exclusiva na fonte sobre rendimentos pagos a beneficiários não identificados. Igualmente, o seu §1º aplica a mesma tributação quando não for comprovada a operação ou a sua causa. (...)*

*Quanto ao que prevê a legislação citada, no caso de beneficiários não identificados há que existir um pagamento, o que para existência da cobrança do IRRF também forçosamente tem que haver uma renda a ser tributada, por óbvio.” Grifou-se*

Da leitura, observa-se, desde logo, duas premissas que devem ser destacadas neste voto, com as quais concordo. Primeira, lendo o dispositivo transcrito acima, extrai-se que a exigência do IRF à alíquota de 35% pressupõe, antes de mais nada, a existência de pagamento. E, a segunda, por se tratar o IRRF de uma modalidade do Imposto de Renda, o pagamento em questão deve constituir manifestação de renda, passível de tributação.

Nesse sentido, a DRJ tratou de explicar, de forma pormenorizada, que as transferências, discutidas neste processo (i) não se qualificam como pagamento; e (i) não denotam qualquer manifestação de renda. São eles, em essência, os principais fundamentos adotados pela DRJ para a declaração de nulidade da exigência fiscal. Veja-se:

*“Portanto, em face de todo exposto, entendo que a Fiscalizada não pode ter realizado um “pagamento”, se os valores transferidos não pertenciam ao seu patrimônio, mas que a mesma atuava apenas na transferência de recursos mantidos na Conta de Depósito 2.689 para outras contas bancárias de mesma titularidade no exterior. No caso, concluo que não há sentido em se admitir que um suposto devedor (a Impugnante) realize um “pagamento” a um suposto credor (os investidores) com recursos financeiros do próprio suposto credor (os valores de depósitos das contas 2.689).”*

Com efeito, de acordo com os autos, há quatro principais etapas de fluxo de recurso nos investimentos realizados por investidores estrangeiros no mercado financeiro e de capitais brasileiro, quais sejam:

(A) Etapa n.º 1 | Ingresso de recursos no Brasil: os Investidores Estrangeiros transferiram os recursos mantidos em contas bancárias no exterior para a Conta de Depósito 2.689, mantida no Brasil junto às instituições financeiras;

(B) Etapa nº 2 | Aplicação no mercado financeiro e de capitais: os recursos transferidos para a Conta de Depósito 2.689 foram aplicados em ativos oferecidos no mercado financeiro e de capitais brasileiro. Nessa etapa, ocorre a substituição de disponibilidades em caixa por ativos financeiros específicos, que foram mantidos sob custódia das instituições financeiras;

(C) Etapa nº 3 | Liquidação/resgate da aplicação financeira: os Investidores Estrangeiros solicitaram a liquidação/resgate de suas aplicações financeiras. Nesse momento, os ativos financeiros foram novamente convertidos em caixa pela instituição custodiante e transferidos para a Conta de Depósito 2.689 mantida junto ao Recorrido e ao Itaú DTVM; e

(D) Etapa nº 4 | Transferência de Recursos da Conta de Depósito 2.689 para contas mantidas no exterior: por fim, os Investidores Estrangeiros transferiram a disponibilidade de caixa mantida na Conta de Depósito 2.689 junto ao Recorrido e ao Itaú DTVM para outra conta bancária de sua titularidade no exterior.

Conclui-se daí, que os negócios jurídicos firmados pelo Investidor Estrangeiro como o Recorrido e o Itaú DTVM possuem, respectivamente, a natureza de (A) um Contrato de Depósito, para os recursos depositados na Conta de Depósito 2.689 (Etapas nº 1 e 4); e (B) um Contrato de Custódia, para os ativos financeiros detidos no Brasil (Etapas nº 2 e 3).

No contexto dos contratos de depósito e de custódia, em nenhum momento o Recorrido ou os coobrigados se tornaram titular ou proprietário dos recursos financeiros ou dos ativos detidos pelos Investidores Estrangeiros. Em nenhum momento algum os valores ou ativos foram transferidos para a esfera patrimonial do Recorrido ou do Itaú DTVM, que prestam o serviço típico de instituição financeira ao manter os recursos financeiros em contas de depósito e os ativos financeiros sob sua custódia.

Assim, de fato, se os valores e os ativos não pertencem ao Recorrido ou aos demais coobrigados, é evidente que a transferência desses valores ao exterior não pode ser considerada um “pagamento” em benefício dos Investidores Estrangeiros. Até porque, também não há qualquer obrigação contraída pelo Recorrido que viesse a ser quitada mediante “pagamento”, com a entrega dos recursos (transferências cambiais) para os investidores Estrangeiros.

Como ressaltado pela DRJ, o conceito de pagamento está sempre vinculado à noção de adimplemento de uma obrigação, em que uma parte é credora e a outra é devedora. Quer dizer, em termos amplos, no Direito Civil Brasileiro, o pagamento nada mais é do que uma forma de extinção de obrigações:

*“Carlos Roberto Gonçalves ressalta que embora a palavra “pagamento” na língua portuguesa seja utilizada, geralmente, para tratar da solução de dívidas em dinheiro, no sentido jurídico, trabalhado pelo Código Civil, ela significa o adimplemento da obrigação, de qualquer espécie, a exemplo de uma obra de arte entregue por um artista ou do pagamento do preço de um carro a seu vendedor. Portanto, o pagamento no direito civil representa, segundo Gonçalves, a realização, de forma voluntária, da prestação debitória, feita tanto pelo devedor como por terceiro, interessado ou não na extinção da obrigação.”*

Logo, mostra-se inconcebível que as transferências de recursos entre contas de mesma titularidade sejam equiparadas a pagamentos. Não houve, de fato, qualquer valor pago pelo Recorrido, pelo Itaú DTVM ou mesmo pelo Pátria aos Investidores Estrangeiros, tal como também não havia qualquer obrigação a ser extinta mediante pagamento de qualquer valor.

A DRJ ainda reconheceu que essas transferências não guardam qualquer relação direta com o conceito de renda, de tal forma que o momento e o valor de cada transferência cambial não poderiam, em hipótese alguma, terem sido adotados pelas Autoridades Fiscais como substrato para a apuração e exigência do IRRF.

*“Outrossim, o momento e os valores da transferência de recursos entre contas correntes da mesma titularidade também não podem ser classificadas como momento e os valores totais transferidos para aferição de renda (acréscimos patrimoniais), no âmbito de cobrança e apuração de base de cálculo do imposto de renda, como ocorreu no lançamento em análise.”*

Compreendo que esse fator é o ponto central da discussão. A incidência do IRRF pressupõe o auferimento de renda, ou seja, a verificação de que os Investidores Estrangeiros auferiram algum ganho, rendimento ou acréscimo patrimonial em determinada operação. Ocorre que os Investidores Estrangeiros somente poderiam ter auferido renda passível de tributação nos momentos em que promoveram o resgate, a alienação ou a liquidação das aplicações financeiras mantidas na Conta de Custódia 2.689. Ou seja, a renda só poderia ser verificada na Etapa nº 3 do investimento realizado pelo não-residente, conforme indicado acima.

É essa etapa, e somente ela, o evento relevante para fins tributários. Nesse instante que é verificado eventual ganho ou perda de capital por parte do Investidor não residente. A legislação tributária estabelece regras específicas para fins de apuração dos tributos devidos no momento da liquidação ou resgate de aplicações efetuadas no mercado financeiro e de capitais, cuja responsabilidade pela tributação varia e acordo com cada tipo de investimento.

Ainda assim, as Autoridades Fiscais elencaram fatos que ocorreram na Etapa nº 4 do investimento estrangeiro, qual seja, a transferência de recursos entre contas bancárias do mesmo titular (Investidores Estrangeiros) como forma de “pagamento” em que os investidores não residentes teriam auferido “renda”. Exatamente esse o equívoco insanável cometido pelas Autoridades Fiscais e que, no meu entender, foi corretamente verificado pela DRJ para cancelamento do Auto de Infração.

As transferências bancárias são completamente irrelevantes para efeitos de Imposto de Renda. Não há, de fato, qualquer manifestação de renda na mera transferência de recursos entre contas de um mesmo titular. Não é possível admitir, tal como pretendido pelas Autoridades Fiscais, que recursos já pertencentes ao seu patrimônio (Investidor Estrangeiro já detinha direito sobre o dinheiro), possa ser considerado como um “pagamento” da pessoa para si mesma.

É evidente que apenas as operações de resgate, liquidação e/ou alienação de aplicações financeiras poderiam ter acarretado na obtenção de renda pelos Investidores Estrangeiros. Tais negócios jurídicos poderiam ter sido fiscalizados pelas Autoridades Fiscais para análise do tratamento tributário aplicado pelos responsáveis tributários sobre eventual renda auferida.

Outro aspecto da decisão da DRJ a ser destacado é o reconhecimento da inexistência de norma tributária que determinasse a identificação do “beneficiário final” nas aplicações financeiras efetuadas pelos Investidores Estrangeiros. Tampouco havia qualquer norma tributária que fixasse um tratamento tributário diferenciado para os casos em que não fossem identificados os beneficiários finais.

Vale recordar que no entendimento das Autoridades Fiscais, as normas da CVM, do BACEN e até a Lei nº 9.616, de 3.3.1998 (que trata dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores), determinariam a obrigatoriedade da identificação não apenas dos

investidores estrangeiros diretos (Investidores Estrangeiros), mas também de toda a cadeia societária acima da entidade, de forma a possibilitar a verificação dos reais beneficiários dos recursos investidos.

As Autoridades Fiscais se valeram de todas essas normas regulatórias, emitidas por órgãos administrativos e com competências extra tributárias, para chegar à conclusão de que os verdadeiros titulares dos investimentos (reais beneficiários) não teriam sido identificados, e que esse fator autorizaria incidência do IRF, com base na presunção de pagamento de rendimentos tributáveis, nos termos do artigo 61 da Lei 8.981/95, conforme trecho abaixo, do Termo de Verificação Fiscal

(“TVF”):

*“Portanto, a inobservância pela fiscalizada destas normas jurídicas, além de impossibilitar a competente identificação das pessoas envolvidas e dos verdadeiros titulares dos investimentos, impediu a devida verificação de regularidade das operações.*

*Em assim sendo, e apurada a existência de pagamentos em relação aos quais não seja possível a identificação dos beneficiários, é legalmente autorizada a incidência de imposto de renda exclusivamente na fonte, com base na presunção de se tratar de pagamento de rendimento tributável, sujeito a uma alíquota diferenciada, em face das circunstâncias indicativas de irregularidade na identificação do terceiro beneficiado.”*

A esse respeito, a DRJ colacionou precedente recente da jurisprudência administrativa (Acórdão no 12-109.509 da 4ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro, julgado em 12.8.2019), no qual a exigência fiscal teve desfecho similar ao do presente processo administrativo (reconhecimento de nulidade do lançamento por vício material, nos termos do artigo 142 do CTN).

Vale dizer, assim como neste processo administrativo, no precedente citado acima, as Autoridades Fiscais também buscavam verificar, por vias oblíquas e supondo uma ausência de identificação de beneficiário, o atendimento dos requisitos previstos na Lei 11.312/06 para efeitos da aplicação da alíquota zero sobre rendimentos auferidos no momento do resgate/amortização de cotas de fundos de investimento em participações por investidores estrangeiros:

*“17. O fisco analisou, dentre outras questões, das hipóteses relativas aos benefícios fiscais trazidas pela Lei n. 11.312/2006, que estabeleceu regime de tributação mais vantajoso para investidores não residentes que investissem no mercado financeiro e de capitais. A Lei n. 11.312/2006 estabeleceu regras de tributação nas aplicações financeiras realizadas por investidores qualificados em determinados fundos de investimento, dentre os quais se inclui o FIP, reduzindo a zero a alíquota do IR Fonte sobre os rendimentos auferidos por investidores estrangeiros, desde que atendidas certas condições.” (não destacado no original)*

De forma muito similar ao que feito neste processo administrativo, naquele caso as Autoridades Fiscais alegaram que a Lei 9.613/98, a Instrução CVM 301/99, Circular BACEN 3.461/09, entre outros atos normativos, supostamente exigiriam a identificação dos beneficiários finais de recursos remetidos ao exterior para quotistas de FIP. Por considerar que o sujeito passivo supostamente não teria identificado os beneficiários finais do cotista estrangeiro do FIP, as Autoridades Fiscais compreenderam que seria cabível a aplicação do artigo 61 da Lei 8.981/95, em razão dos supostos pagamentos destinados a beneficiários não identificados.

Em razão da similaridade dos fatos e acusações discutidos naquele caso, as conclusões do Acórdão nº 12-109.509 foram adotadas como razões de decidir pela DRJ no

presente processo administrativo. Dessa forma, cumpre também salientar alguns aspectos relevantes abordados no Acórdão n.º 12-109.509:

*“IRRF. LEI Nº 11.312/06. BENEFÍCIO FISCAL. LEI N. 8.981/1995. IDENTIFICAÇÃO DO BENEFICIÁRIO DO PAGAMENTO. PRESUNÇÃO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA.*

*A análise da aplicação dos requisitos da Lei n. 11.312/06, referentes a quotistas de Fundos de Investimento em Participações, residentes no exterior, deve objetivar a desconsideração ou não do benefício fiscal da alíquota zero do IRRF; por sua vez, o art. 61 da Lei n. 8.981/1995 não exige a identificação do beneficiário final, pessoa natural, do pagamento efetuado ao quotista não residente. Assim, para a aplicação da presunção legal prevista no art. 61 da Lei n. 8.981/1995 não se identificando o beneficiário final, pessoa natural, descabe a exasperação da base de cálculo e incidência da alíquota de 35% para a exigência do IRRF Tampouco a Lei n. 9.613/1998, a Instrução CVM n. 301/1999 e a Circular BACEN n. 3.461/2009 devem servir de fundamento para justificar a necessidade de identificação do beneficiário final, pessoa natural, beneficiária dos pagamentos, vez que são normas voltadas a criação de ilícitos contra o sistema financeiro nacional, cujos regulamentos fixam meios de controle para evitar a utilização do SFN para a consecução dos referidos ilícitos, não servindo de justificativa para aplicação da exasperação da BC do IRRF, sob o fundamento da presunção legal (...)*

*PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. PRESUNÇÃO LEGAL. EXASPERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO INDEVIDA. INADEQUAÇÃO DOS FATOS A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. NULIDADE POR VÍCIO MATERIAL.*

*Diante da impossibilidade de ter sido utilizado o art. 61 da Lei n. 8.981/1995 como fundamento para a aplicação da exasperação da base de cálculo presumida e incidência da alíquota de 35% para a exigência do IRRF, bem como da impossibilidade de ter o fisco se baseado na Lei n. 9.613/1998, na Instrução CVM n. 301/1999 e na Circular BACEN n. 3.461/2009, como meios de também justificar a necessidade de identificação do beneficiário final (pessoa natural controladora), beneficiária dos pagamentos, configurado está o vício material. (...)*

*44. Afirma o fisco terem existido três quotistas sobre os quais não foi possível identificar os reais beneficiários dos pagamentos referentes ao GMT FIP, tal assertiva encontra-se no TVF a partir do item 14 (fl. 692 e ss), tendo o fisco utilizado os seguintes dispositivos legais e normativos como fundamentos da obrigação de identificação profunda dos titulares dos investimentos: arts. 9 e 10 da Lei n. 9.613/1998, arts. 3º, 3º-A e 6º da Instrução CVM n. 301/1999, art. 1º e 2º da Circular BACEN n. 3.461/2009 e, item 5 da Carta-Circular BACEN n. 3.430/2010, já que tais dispositivos tratam da identificação e do cadastro dos clientes de instituições financeiras. (...)*

*46. Note-se que, não obstante a supra mencionada lei [Lei 9.613/98] identificar, de fato, a figura da Interessada como responsável pela identificação completa dos quotistas-clientes, o objetivo da norma, prima face, não se adequa a questões primordialmente tributárias, visto que dispõe sobre crimes financeiros, como lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, e propor mecanismos de controle e prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática dos citados ilícitos, além de criar o COAF.*

*(...)*

*47. A Instrução CVM n. 301/1999, por sua vez, complementa, em seus arts. 3º, 3º-A e 6º, pormenorizadamente, as disposições da referida Lei, estabelecendo as informações necessárias para a identificação dos clientes pessoas jurídicas (no Brasil e no Exterior), verbis: (...)*

*48. A Circular BACEN n. 3.461/2009, de sua sorte, conforme previsão dos arts. 1º e 2º, complementa, dentro de sua área de competência, as medidas de controle a serem tomadas pelas instituições financeiras como reforço da necessidade de identificação cadastral de seus clientes, de modo a permitir identificar os beneficiários finais das*

*operações financeiras; todavia, ressalte-se, a referida norma também encontra-se voltada à mens legis da Lei n. 9.613/98, litteris: (...)*

*49. Resta, ainda, o item 5 da Carta-Circular BACEN n. 3.430/2010, também utilizada pelo fisco, que prevê, em cumprimento ao §2º do art. 2º da Circular BACEN n. 3.461/2009, acima referida, o seguinte: (...)*

*50. Tomando-se por base as normas supra mencionadas, está claro, a meu pensar, que a necessidade de as pessoas referidas no art. 9º da lei n. 9.613/1998 identificarem seus clientes, de forma profunda e retroativa, ao ponto de se chegar a pessoa natural controladora da pessoa jurídica cliente está coadunada tão somente ao objetivo da norma legal primária, pois o estabelecimento de critérios de segurança institucional objetiva dificultar a realização de ilícitos financeiros, em nada afetando ou determinando, prima face, a incidência do IR sobre os pagamentos efetuados. (...)*

#### **DA NULIDADE POR VÍCIO MATERIAL**

*90. Ficou constatado nos presentes autos que o que motivou o fisco a efetuar o lançamento foi a falta da correta identificação (no seu entender) do beneficiário dos pagamentos efetuados, e não quanto ao cumprimento dos requisitos objetivos relacionados a obtenção do benefício fiscal, previstos no art. 3º da Lei n. 11.312/2006, conforme parte final do relatório, extraída do TVF, abaixo colacionada: (...)*

*91. Diante da impossibilidade de ter sido utilizado o art. 61 da Lei n. 8.981/1995 como fundamento para a aplicação da exasperação da base de cálculo presumida e incidência da alíquota de 35% para a exigência do IRRF, bem como da impossibilidade de ter o fisco se baseado na Lei n. 9.613/1998, na Instrução CVM n. 301/1999 e na Circular BACEN n. 3.461/2009, como meios de também justificar a necessidade de identificação do beneficiário final (pessoa natural controladora), beneficiária dos pagamentos, configurado está o vício material.*

*92. Destarte, a desconformidade da correta adequação dos fatos a legislação aplicável, com a consequente má formação da base de cálculo exacerbada, fere os preceitos do art. 142 do CTN, verbis: (...)*

#### **CONCLUSÃO**

*93. Por todo o exposto, voto por Dar Provimento à Impugnação para tornar Nulo por vício material o Auto de Infração de fls. 702/703, que constituiu crédito tributário de IRRF, por ofensa ao art. 142 do CTN.”*

A decisão acima merece destaque duas principais conclusões adotadas para a razão de decidir. A primeira conclusão é que o artigo 61 da Lei 8.981/95 não exige a identificação de beneficiário final. O artigo se refere tão somente ao beneficiário dos pagamentos, sem estabelecer qualquer nível de identificação (beneficiário direto, beneficiário indireto, “beneficiário final”, etc.). Assim, na falta de qualquer exigência específica nesse sentido, não há margem para aplicação do artigo 61 da Lei 8.981/95 naqueles casos em que for devidamente identificado o beneficiário direto dos “pagamentos”.

A segunda conclusão é que as disposições contidas nas Instruções CVM n.ºs. 301/99, 387/03, 325/00 e 505/11, na Circular BACEN 3.461/09 e na Carta-Circular BACEN 3.430/10 e na Lei 9.613/1998 não podem ser utilizadas como fundamento para exigência de identificação de beneficiários finais. Essas normas são voltadas à prevenção de ilícitos contra o sistema financeiro nacional, e não justificam a aplicação do artigo 61 da Lei 8.981/95.

Em outras palavras, havendo a identificação do beneficiário direto dos recursos remetidos ao exterior, torna-se impossível a aplicação do artigo 61 da Lei 8.981/95, sendo irrelevante para fins tributários o exposto nas normas da CVM, do BACEN e também na Lei 9.613/98.

É de se destacar, por relevância, que esta Turma analisou caso semelhante, quando do julgamento do processo n.º 10872.720029/2018-33, de Relatoria do Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, e, mediante o acórdão n.º 1301-006.703, decidiu por negar provimento ao Recurso de Ofício, em conformidade com a ementa a seguir transcrita:

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

*Ano-calendário: 2013*

*IRRF. LEI N.º 11.312/06. BENEFÍCIO FISCAL. LEI N. 8.981/1995. IDENTIFICAÇÃO DO BENEFICIÁRIO DO PAGAMENTO. PRESUNÇÃO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA.*

*A análise da aplicação dos requisitos da Lei n. 11.312/06, referentes a quotistas de Fundos de Investimento em Participações, residentes no exterior, deve objetivar a desconsideração ou não do benefício fiscal da alíquota zero do IRRF; por sua vez, o art. 61 da Lei n. 8.981/1995 não exige a identificação do beneficiário final, pessoa natural, do pagamento efetuado ao quotista não residente. Assim, para a aplicação da presunção legal prevista no art. 61 da Lei n. 8.981/1995 não se identificando o beneficiário final, pessoa natural, descabe a exasperação da base de cálculo e incidência da alíquota de 35% para a exigência do IRRF;*

*Tampouco a Lei n. 9.613/1998, a Instrução CVM n. 301/1999 e a Circular BACEN n. 3.461/2009 devem servir de fundamento para justificar a necessidade de identificação do beneficiário final, pessoa natural, beneficiária dos pagamentos, vez que são normas voltadas a criação de ilícitos contra o sistema financeiro nacional, cujos regulamentos fixam meios de controle para evitar a utilização do SFN para a consecução dos referidos ilícitos, não servindo de justificativa para aplicação da exasperação da BC do IRRF, sob o fundamento da presunção legal citada;*

*LEI ESPECIAL.*

*Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais. A Lei n. 11.312/2006 deve ser considerada a norma especial, frente à Lei n. 8.981/1995.*

A semelhança entre os casos é inegável. Tanto o é que a própria DRJ, ao julgar a Impugnação do Recorrido, reconheceu a similaridade entre os casos, tendo inclusive citado a decisão de primeira instância proferida pela 4ª Turma da DRJ/RJ no Caso Dynamo (Acórdão n.º 12-109.509), em sua fundamentação, conforme visto acima.

Com efeito, o entendimento adotado por esta C. Turma no Caso Dynamo é perfeitamente aplicável ao presente caso, e acarreta a mesma conclusão: a exigência fiscal é nula por vício material.

Portanto, tendo em vista o exposto, pautando-se, inclusive, no citado acórdão n.º 12-109.509, confirmado por esta Turma, por unanimidade de votos, através do acórdão n.º 1301-006.703, conforme mencionado acima, há evidente ofensa ao artigo 142 do CTN, não havendo, portanto, reparos à decisão da DRJ, que declarou a nulidade do Auto de Infração por vício material.

Por fim, há ainda um outro ponto a ser analisado: a arguição de omissão suscitada pela PGFN, em petição de razões ao Recurso de Ofício.

Quanto ao ponto, a PGFN, assim se manifestou:

*“Segundo o entendimento adotado, a prévia exclusão das entidades interpostas era essencial para determinar quais os patrimônios estavam envolvidos na operação e, pois, os dispositivos legais aplicáveis no caso concreto, posicionamento esse que se alinha à remansosa jurisprudência do CARF sobre interposição de pessoas.*

*Deve-se reconhecer, pois, que, para aceitar que as entidades eram existentes, seria necessário que a DRJ desconstituísse os elementos de convicção coligidos no auto de infração no sentido de que os INRs eram meras interpostas pessoas. A decisão recorrida, entretanto, não se debruçou sobre o ponto.*

*Decidiu que os recursos transitaram pelo patrimônio da mesma entidade para negar-lhes o caráter de pagamento sem antes examinar quem efetivamente recebeu as quantias.*

*Caracteriza-se, portanto, omissão na parte do julgamento que negou a ocorrência de pagamento no caso em apreço, pois deixou de apreciar questão que era prejudicial à definição da natureza das remessas.*

*Registre, em homenagem à clareza, que não se pretende impor à autoridade julgadora o entendimento da fiscalização. A DRJ poderia alcançar conclusão diversa da fiscalização quanto à materialidade das entidades que compunham a cadeia de investimentos e decidir por não excluí-las da estrutura, o exame da matéria era essencial. Todavia, fosse para corroborar ou desconstituir as razões da autuação, a decisão deveria ser expressa no exame do tema, pois prejudicial à classificação das remessas.*

*Assim, por mais essa razão, merece reparos a decisão recorrida.”*

Na sequência, a PGFN alega que a suposta simulação dos Investidores Estrangeiros autorizaria, por si só, a aplicação do artigo 61 da Lei 8.981/95, em razão (i) da não identificação do beneficiário direto dos recursos remetidos ao exterior; e (ii) da demonstração de ilícito civil.

Por essas razões, pleiteia, como pedido subsidiário, que “*se reconheça a omissão do julgado a quo em relação à fundamentação do lançamento concernente à ausência de materialidade das sociedades constituídas na jurisdição de Delaware, estado-membro dos EUA, aliada ao exame da cadeia de investidores que é formada apenas por entidades situadas em paraíso fiscal ou no Brasil, determinando-se o retorno do feito para que DRJ julgue o auto de infração quanto a essa fundamentação, a fim de que se possa avaliar a caracterização do pressuposto do pagamento a "beneficiário não identificado" previsto no art. 61 da Lei n.º 8.981/95*”.

Ao contrário do que sustenta, compreendo que este tema não passou despercebido pela decisão recorrida, que dele se cuidou.

Veja-se que no Termo de Verificação Fiscal, a Autoridade Fiscal adotou a teoria da substância sobre a forma para desconsiderar a existência dos Investidores Estrangeiros e concluir que as remessas foram efetuadas pelo Recorrido para beneficiário não identificado. Ou seja, a Autoridade Fiscal concluiu que a estrutura societária era um arranjo simulado. Confira-se:

*“É evidente que nesta situação, não sendo informada toda a estrutura jurídica utilizada pelo contribuinte, restará caracterizada a simulação relativa, por interposição fictícia de pessoa, cabendo ao Fisco, como representante do Estado promover a desconsideração da personalidade jurídica (...).*

*De fato, estamos diante da ocorrência do ‘wholly artificial arrangement’ ou arranjo totalmente artificial, expressão que tem sido utilizada em vários países membros da União Europeia com o intuito de desconsiderar planejamentos tributários que envolvam atos e negócios jurídicos adotados com exclusivo propósito de evitar a incidência tributária e camuflar os reais objetivos ou, no presente caso, ocultar os reais beneficiários.” (Termo de Verificação Fiscal, não destacado no original)*

Posteriormente, essa simulação e a suposta fraude daí decorrente foram adotadas pela Autoridade Fiscal para justificar a qualificação da multa de ofício. Alega que a empresa

Recorrida “formalizou seus registros de forma a dar uma aparência de correção às operações financeiras” (i.e., simulação dos Investidores Estrangeiros como real investidor); e “pretendeu induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda” (i.e., suposta fraude). Confira-se:

*“Diante das informações reunidas no curso deste procedimento fiscal – como já detalhadamente antes exposto –, resta inafastável concluir pela subsunção dos fatos caracterizadores da infração ora apontada à norma que veicula a exasperação da multa de ofício aplicável sobre créditos tributários objeto de lançamento de ofício.*

*A fiscalizada, ao formalizar seus registros de forma a dar uma aparência de correção às operações financeiras envolvendo o investidor não residente em comento, pretendeu induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda. (...)*

*O patamar de 150% é destinado a apenar as condutas ilícitas intencionalmente praticadas pelos sujeitos passivos tributários. Essa sanção deve ser aplicada em razão do elemento subjetivo da prática delitiva – do querer praticá-la –, aspecto volitivo do ilícito exaustiva e inequivocamente caracterizado pelos fatos descritos ao longo do presente termo. Aliás, aqui, vale repisar que a fiscalizada não só identificou apenas empresas offshore, sem substância econômica, para ilicitamente reduzir a tributação do IRRF, mas também se valeu do ardil de ocultar os reais beneficiários através da identificação apenas do elo intermediário imediato e nada mais.” (Termo de Verificação Fiscal, não destacado no original)*

Portanto, a simulação do real investidor estrangeiro e o suposto ilícito fiscal foram adotados pela Autoridade Fiscal como fundamento (i) tanto para a autuação fiscal em si (falta de identificação do beneficiário dos recursos remetidos ao exterior); quanto (ii) para a qualificação da multa (fraude em razão da simulação dos Investidores Estrangeiros enquanto beneficiário dos recursos remetidos ao exterior).

Assim, com estes fundamentos, nega-se provimento ao recurso de ofício.

## CONCLUSÃO

Assim, diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício, confirmando a decisão da DRJ, que declarou nulo por vício material o Auto de Infração questionado nestes autos, por ofensa ao art. 142 do CTN.

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza