



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	17459.720002/2022-57
ACÓRDÃO	1202-001.669 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	30 de julho de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	BRANCO-KIRTON CORRETORA DE CAMBIO S.A.
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2017

PRELIMINARES. NÃO ACOLHIMENTO. MATÉRIA AFEITA AO MÉRITO.

Quando para o acolhimento das preliminares é necessário adentrar ao mérito da discussão, há que se rejeitar as preliminares.

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 2017

MERCADO BURSÁTIL. INVESTIDOR ESTRANGEIRO. REPRESENTAÇÃO. OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS. RESPONSÁVEL. RETENÇÃO NA FONTE. O investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários somente poderá ser realizado no país por intermédio de representante legal, previamente designado dentre as instituições autorizadas pelo Poder Executivo a prestar tal serviço, e que será responsável pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado, inclusive pela retenção e recolhimento do Imposto de Renda na fonte sobre aplicações financeiras, se a legislação pertinente não atribuir tal responsabilidade a terceiro.

REAL INVESTIDOR. IDENTIFICAÇÃO. ISENÇÃO. SOCIEDADE INTERPOSTA. AFASTAMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INOCORRÊNCIA. A identificação do real investidor é condição inafastável para a análise do cabimento ou não da isenção do IRRF para investidores estrangeiros no mercado de renda variável. Eventual afastamento, pela autoridade fiscal, de investidor considerado interposto não equivale à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade afastada.

INVESTIDOR ESTRANGEIRO. HABILITAÇÃO. REPRESENTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS. GANHO DE CAPITAL. RENDA VARIÁVEL.

ALÍQUOTA. Cabe a incidência de Imposto de Renda Retido na Fonte à alíquota de 25% sobre os ganhos de capital decorrentes de aplicação em renda variável de investidores residentes ou domiciliados em paraíso fiscal, nos casos em que o investimento ocorra em desacordo com as normas emitidas pelo Conselho Monetário Nacional.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. DOLO. Sendo possível colher dos fatos elementos inequívocos da necessária conduta dolosa para a qualificação da penalidade imposta de ofício, acertada é a imposição da multa pelo dobro de seu patamar base.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. ART. 124, I, CTN. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM. A responsabilidade tributária prevista no artigo 124, inciso I do CTN pressupõe, cumulativamente, os seguintes requisitos: vínculo entre o responsável e o fato gerador ou o sujeito passivo; interesse comum jurídico, não bastando o mero proveito econômico; cometimento de ato ilícito com abuso de personalidade jurídica envolvendo grupo econômico irregular, evasão fiscal ou planejamento tributário abusivo; e o ato ilícito tem de ser praticado com dolo. Constatada a existência cumulativa de todos esses requisitos, correta estará a imputação de responsabilidade solidária, nos termos do dispositivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em primeira votação, na sessão de dezembro/2024, por voto de qualidade, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento. Vencidos os Conselheiros Fellipe Honório Rodrigues da Costa e André Luis Ulrich Pinto que votaram por acolher essa preliminar. Em segunda votação, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário quanto ao mérito da exigência. Vencidos os Conselheiros Fellipe Honório Rodrigues da Costa e André Luis Ulrich Pinto que votaram por reduzir a alíquota do IRRF para 15% (quinze por cento) e a Conselheira Liana Carine Fernandes de Queiróz que votou por dar provimento ao recurso. Designado o Conselheiro Maurício Novaes Ferreira para redigir o voto vencedor nessa matéria. Em terceira votação, por maioria de votos, reduzir a multa ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento). Vencidos os Conselheiros Maurício Novaes Ferreira e José André Wanderley Dantas de Oliveira que votaram manter a qualificação e, de ofício, reduzir a multa ao percentual de 100% (cem por cento).

(documento assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Fellipe Honório Rodrigues da Costa – Relator

(documento assinado digitalmente)

Mauricio Novaes Ferreira – Redator Designado

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

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro que, ao apreciar a manifestação de inconformidade apresentada, entendeu, por unanimidade de votos, a ela negar provimento.

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

Trata o presente processo de auto de infração (fls. 1.136 e ss), através do qual foi constituído crédito tributário de IRRF.

A infração foi descrita, no auto de infração de IRPJ, como *"IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE GANHOS COM VENDA DE AÇÕES EM BOLSA DE VALORES AUFERIDOS POR RESIDENTES OU DOMICILIADOS NO EXTERIOR OPERANDO ATRAVÉS DE INTERPOSTA PESSOA"*.

O crédito tributário lançado refere-se ao ano-calendário 2017, tendo a seguinte composição:

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$		
IMPOSTO	Cód. Receita Darf 2932	Valor 41.035.254,60
JUROS DE MORA (Calculados até 01/2022)		Valor 9.646.789,14
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		Valor 61.552.881,84
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		Valor 112.234.925,58
Valor por Extensão CENTO E DOZE MILHÕES, DUZENTOS E TRINTA E QUATRO MIL, NOVECENTOS E VINTE E CINCO REAIS E CINQUENTA E OITO CENTAVOS		

Nos valores acima, já estão inclusos a multa de ofício, aplicada à razão de 150%, e os juros de mora foram calculados, até a data do lançamento, com emprego da taxa Selic.

Houve atribuição de responsabilidade tributária solidária, conforme o seguinte:

Demais Responsáveis Tributários

CNPJ

07.857.850/0001-50

Nome Empresarial

GP INVESTMENTS, LTD.

Responsabilidade Tributária

Responsabilidade Solidária de Fato

Motivação

Trata-se do investidor não residente de fato, líder global do Grupo GP Investments, e real investidor, conforme detalhado no Termo de Verificação Fiscal que faz parte integrante e indissociável deste Auto de Infração.

Enquadramento Legal

A partir de 01/01/2000

Art. 124, inciso I, da Lei nº 5.172/66.

Termo de verificação fiscal às fls. 1.146 e ss, cujo capítulo 2, por bem sintetizar as razões do lançamento, segue reproduzido abaixo:

GP Investments, Ltd, empresa constituída no paraíso fiscal das Ilhas Bermudas, líder global do Grupo GP Investments, auferiu ganhos em operações realizadas em bolsas de valores, no Brasil, ao longo do período fiscalizado (2017), por meio da venda de ações de sua investida indireta WIZ Soluções. Sendo domiciliado nas Ilhas Bermudas, GP Investments, Ltd não fazia jus ao benefício fiscal de redução a zero do Imposto de Renda incidente sobre tais ganhos, uma vez que a legislação vigente não confere tal benefício a investimento oriundo de Paraíso Fiscal.

No intuito de simular uma situação em que o benefício de alíquota zero seria aplicável, o Grupo GP Investments dissimulou a origem do investimento pela interposição de ALGARVE, LLC, entidade constituída no Estado norte-americano de Delaware. Para dar a entender que as operações se realizavam por esta, a instituição financeira BRADESCO KIRTON foi designada REPRESENTANTE TRIBUTÁRIO de ALGARVE, LLC, dessa forma acobertando e ocultando *o real investidor* GP Investments, Ltd com a colaboração e conivência da BRADESCO KIRTON.

Assim, GP Investments, Ltd deixou de figurar nos instrumentos formalizados com a BRADESCO KIRTON, de modo que, na aparência – *mas apenas na aparência* –, as operações teriam sido realizadas por ALGARVE, LLC. Dessa forma, GP Investments, Ltd operou sem a observância do art. 79 da Lei nº 8.981/95, segundo o qual, para realizar investimentos nos mercados financeiro e de valores mobiliários brasileiros, o investidor estrangeiro deve nomear representante legal para fins tributários. Outrossim, GP Investments, Ltd foi dolosamente ocultado do Fisco brasileiro com a manobra geradora de opacidade.

Conivente com a *simulação*, a BRADESCO KIRTON atribuiu a ALGARVE, LLC ganhos efetivamente auferidos por GP Investments, Ltd. Sabedora da inaplicabilidade do benefício de alíquota zero de imposto sobre a renda incidente sobre os ganhos de renda variável, a BRADESCO KIRTON não providenciou a retenção, a apuração, o recolhimento ou a declaração do devido Imposto de Renda.

A presente autuação constitui o crédito tributário decorrente desses ganhos, sendo responsabilizados a BRADESCO KIRTON e GP Investments, Ltd. Tendo-se constatado *fraude, sonegação e conluio*, aplicou-se multa de ofício qualificada.

Inconformada com o lançamento, do qual tomou ciência em 11/01/2022 (fls. 1.206), a interessada interpôs, em 09/02/2022 (fls. 1.213), a impugnação de fls. 1.215 e ss, pela qual, bem sintetizou seus argumentos de defesa no capítulo II da peça de bloqueio, conforme o seguinte:

3. Em breve síntese, a presente autuação questiona a aplicação da **alíquota zero do Imposto de Renda Retido na Fonte (“IRF”)** aos ganhos auferidos pela Algarve LLC (**“Algarve”** ou **“Investidor 4373”**) em operações de renda variável realizadas em bolsa de valores no período de fevereiro a setembro de 2017.

4. Em síntese, a D. Fiscalização alega que o Requerente – que era o representante tributário do INR à época dos fatos, suposta fonte pagadora e com suposto interesse comum nos fatos geradores – teria agido em conluio com o Grupo GP Investimentos (**cujos controladores são pessoas físicas não residentes no Brasil ou em paraíso fiscal**) para impedir o conhecimento, por parte da D. Fiscalização, de que a GP Investments Ltd. (**“GP Investments”**), sociedade domiciliada em Bermudas e controladora indireta da Algarve, seria a **“real titular”** das operações de renda variável realizadas no mercado brasileiro. Nada mais infundado.

6. Para tanto, a Algarve abriu conta de depósito e custódia de investidor estrangeiro – denominada **“Conta 4.373”** –, uma vez que a realização de operações financeiras por estrangeiros no Brasil estava regulamentada pela Resolução CMN nº 2.689, de 31.3.2000 (**“Resolução nº 2.689/00”**), a qual foi posteriormente substituída pela Resolução CMN nº 4.373, de 29.9.2014 (**“Resolução nº 4.373/14”**).

7. No exercício de 2017, a Algarve auferiu ganho de capital na alienação de ações da Wiz Soluções e Corretagem de Seguros S.A. (**“Wiz Soluções”**), em operações realizadas em bolsa de valores no Brasil. Considerando que Algarve (a) investiu no mercado de capitais brasileiro de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (**“CMN”**); e (b) não é entidade constituída em paraíso fiscal, **referidos ganhos não estavam sujeitos à tributação pelo imposto de renda**, nos termos do art. 81 da Lei 8.981 de 20.1.1995 (**“Lei nº 8.981/95”**) e art. 90 da Instrução Normativa nº 1.585 de 31.8.15 (**“IN nº 1.585/15”**).

8. Frise-se que a estrutura adotada para investimento no Brasil e movimentação financeira foi absolutamente legítima, atendendo às normas tributárias e à regulamentação emitida pelo CMN, pela Comissão de Valores Mobiliários (**“CVM”**) e pelo Banco Central (**“BACEN”**).

9. Não obstante, a D. Fiscalização lavrou Auto de Infração contra o Requerente, na condição de representante tributário (**docs. nº 5 e 6**), suposta fonte pagadora e parte com suposto interesse comum nos fatos geradores, para exigir o imposto de renda que seria devido sobre os ganhos supostamente auferidos pela GP Investments (sociedade localizada em Bermudas e controladora indireta da Algarve) em operações de renda variável realizadas no mercado bursátil brasileiro.

10. A D. Fiscalização desconsiderou que a Algarve seria a titular dos investimentos em ativos financeiros no Brasil, bem como alegou que o Requerente, na qualidade de representante/custodiante da Conta 4.373 da Algarve, deveria ter realizado a retenção do IRF auferido pela GP Investments à alíquota de 25%, de acordo com caput do artigo 8º da Lei 9.779, de 19.1.1999 (**“Lei nº 9.779/99”**), e com o caput do artigo 47 da Lei 10.833, de 29.12.03 (**“Lei nº 10.833/03”**), com acréscimo de multa de 150% e juros calculados conforme a taxa SELIC.

11. Todavia, como será demonstrado nesta Impugnação, **a desconsideração da Algarve como INR é absolutamente ilegal**, de forma que o presente Auto de Infração deve ser integralmente cancelado.

12. Isso porque, a existência da Algarve na estrutura de investimento tem um nítido propósito econômico: conferir segurança e previsibilidade jurídica aos investidores institucionais do Grupo GP Investimentos, assim como reduzir os impactos de eventuais resultados negativos no resultado dos investimentos como um todo.

13. Para garantir maior proteção e segurança aos investidores, o Grupo GP Investimentos optou por estruturar os seus investimentos no Brasil e no exterior por meio de *Limited Liability Companies* localizadas no Estado de Delaware, nos Estados Unidos da América (a exemplo da Algarve, sob discussão no presente caso).

14. Note-se que, a realização dos investimentos diretos por meio de uma LLC para cada ativo, garantiria maior certeza e segurança sobre os riscos envolvidos e legislação a ser aplicada em caso de alguma disputa judicial. Não é necessário tecer maiores considerações a esse respeito, mas investimentos em mercados emergentes (tal como o Brasil) apresentam grande volatilidade e riscos inesperados que nem todos os investidores estão dispostos a assumir.

15. A existência das empresas localizadas em Delaware tem como uma de suas principais justificativas exatamente limitar a exposição dos investidores estrangeiros a esses riscos inesperados, o que é potencializado ao se segregar os riscos referentes a cada um dos investimentos (na medida em que se reduz os impactos adversos no portfólio como um todo).

16. Portanto, a primeira conclusão que se pode alcançar é que a estrutura envolvendo a Algarve sempre teve efetivos propósitos econômicos (conferir proteção aos investidores estrangeiros contra possíveis contingências relacionadas aos investimentos financeiros) e, portanto, nos termos da legislação aplicável e do próprio entendimento pacífico da Receita Federal do Brasil ("RFB"), refletido no Ato Declaratório Interpretativo nº 5, de 17.12.2019 ("ADI nº 5/2019"), não seria legítima a sua desconconsideração pela D. Fiscalização, haja vista que não se trata de situação de caso de dolo, fraude ou simulação.

17. No entanto, mesmo que se entendesse possível desconsiderar a Algarve, qualificada como titular dos investimentos financeiros, o que se admite apenas para fins de argumentação, a GP Investments jamais poderia ser considerada como a "real investidora" de referidos ativos, tal como pretendido pela D. Fiscalização, uma vez que referida entidade é uma **sociedade constituída em paraíso fiscal**, sendo que, pela própria regulamentação da Receita Federal do Brasil, não pode ser considerada como beneficiária final dos investimentos.

(...)

19. Frise-se que a longo do extenso Termo de Verificação Fiscal ("TVF"), a D. Fiscalização apenas realizou comentários sobre as sociedades intermediárias, mas, curiosamente, **em nenhum momento**, teceu qualquer consideração sobre os controladores da GP Investments (Beneficiários Finais da estrutura) – tendo se limitado a elencá-los como membros da Diretoria e do Conselho de Administração da GP Investments Ltd.

20. Note-se que por ser uma entidade listada em Bermudas, a GP Investments possui um escritório físico nessa jurisdição, mas isso, por si só, não autoriza que se conclua que essa entidade tem independência decisória para a sua caracterização como investidora independente e final da cadeia. Frise-se que **a própria D. Fiscalização não trouxe quaisquer elementos adicionais que dessem suporte a essa conclusão.**

21. Ademais, todo o capital votante é controlado por duas pessoas físicas residentes no exterior (Srs. Antonio Bonchristiano e Fersen Lambranco), em jurisdições que **NÃO** são paraísos fiscais, e os frutos econômicos desses investimentos são colhidos e regularmente tributados por essas pessoas físicas.

22. Não bastasse o acima exposto, o entendimento proposto pela D. Fiscalização também **confronta a própria regulamentação de RFB.**

23. Vale ressaltar que as regras editadas pela RFB para disciplinar a identificação **dos beneficiários finais** de estruturas de investimento, quais sejam, Instrução Normativa RFB nº 1.634, de 6.5.2016 ("IN nº 1.634/16"), à época dos fatos vigente, e atualmente a Instrução Normativa nº 1.863, de 27.12.2018 ("IN nº 1.863/18"), preveem que, em determinadas circunstâncias, o contribuinte está dispensado de informar à RFB quem são os demais beneficiários da estrutura (para fins de controle de informações).

24. Isso porque a RFB presume que as características societárias dessas entidades (e, em alguns casos, a dispersão do capital) seriam suficientes para se constatar a inexistência de qualquer abuso ou suposto aproveitamento de benefícios indevidos por intermédio da estrutura. Referidas entidades, frise-se, são denominadas "blockers".

25. Note-se que a análise detalhada da regulamentação da RFB sobre o tema, por si só, demonstra a total impertinência do argumento proposto pela D. Fiscalização, uma vez que a GP Investments (sociedade constituída em paraíso fiscal) **NÃO** poderia, sob nenhuma perspectiva, ser considerada como beneficiária final da estrutura de investimento, tal, nos termos do próprio inciso I, do §3º do artigo 8º das INs nºs 1.634/16 e 1.863/18.

26. No presente caso, a D. Fiscalização, sem qualquer explicação minimamente razoável e baseada em alegações bastante genéricas, optou por interromper a análise do beneficiário final da cadeia societária na GP Investments (sociedade localizada em Bermudas), embora não tenha autorização legal/regulamentar para tanto e nem a chancela da própria RFB.

27. Portanto, nos termos da própria regulamentação da RFB, a análise da D. Fiscalização quanto a quem deveria ser considerado o “Investidor” dessa cadeia de investimentos para todos os fins legais, dependia da análise de quem são os beneficiários finais da estrutura, nos termos do *caput*, §1º e §2º do artigo 8º das IN nºs 1.634/16 e 1.863/18, o que conduziria à conclusão de que os beneficiários finais são:

- (a) os sócios controladores da GP Investments (pessoas físicas não domiciliadas no Brasil ou em paraíso fiscal) e
- (b) os investidores que adquiriram ações da GP Investments o os quais, em sua maioria, não estão domiciliados em jurisdições com tributação favorecida.

28. Assim, note-se que não apenas a D. Fiscalização não teria autorização para desconsiderar a legítima existência jurídica da Algarve LLC, como também propôs um raciocínio pautado na busca pelo “Investidor” que, se tivesse sido corretamente aplicado, conduziria à conclusão de que os beneficiários finais da cadeia de investimento fariam efetivamente jus ao tratamento conferido aos ganhos auferidos em bolsa de valores caso tivessem investido diretamente no Brasil!

Em sede preliminar, a interessada assim se manifestou:

IV. PRELIMINARES: AS NULIDADES DO AUTO DE INFRAÇÃO

IV.1 As alegações contraditórias da D. Fiscalização

(...)

45. No entanto, além de o entendimento fiscal ser notoriamente descabido (o que será oportunamente detalhado ao longo da presente Impugnação), houve erro insanável quanto à identificação do sujeito passivo, uma vez que o Requerente jamais poderia ser responsabilizado pelo IRF ora discutido quando aplicado o sistema de tributação ordinário vinculado à alíquota de 25% do IRF, tal como realizado pela D. Fiscalização.

46. A D. Fiscalização equivocadamente identificou o Requerente como sujeito passivo principal da obrigação tributária com base em duas alegações distintas:

- i. Representante Tributário²: em razão de o Requerente exercer a condição de representante tributário do INR na Conta 4.373 (e não da GP Investments), deveria ter realizado a retenção do IRF sobre os ganhos auferidos pela GP Investments; e
- ii. Fonte Pagadora³: em razão de o Requerente receber os recursos obtidos pelo INR na alienação de ativos em bolsa de valores da corretora, ao creditar tais recursos em conta gerencial mantida em nome do INR e realizar os contratos de câmbio para remessa dos valores ao exterior, o Requerente deveria ser considerada como **fonte pagadora** dos ganhos e, portanto, deveria ter realizado a retenção do IRF sobre os ganhos auferidos pela GP Investments.

47. Ocorre que, conforme será detalhadamente demonstrado, nenhuma das interpretações alegadas pelas Autoridades Fiscais podem ser mantidas, tendo em vista que:

(a) a Conta 4.373 foi desconsiderada pelas Autoridades Fiscais para fundamentar a exigência de IRF sob a alíquota de 25%, de forma que a condição de representante tributário assumida pelo Requerente é absolutamente incompatível para a exigência tributária discutida no presente processo administrativo; e

(b) os recursos obtidos pelo INR na alienação de aplicações financeiras foram recebidos pelo Requerente e remetidos ao exterior pela sua condição de mero representante tributário, **sem que houvesse qualquer “pagamento” que pudesse caracterizar o Requerente como fonte pagadora dos ganhos obtidos em bolsa de valores.**

48. Com efeito, ou bem: (i) se aplica o regime especial de tributação aplicável ao mercado financeiro e de capitais e, nesse caso, o Requerente seria o responsável tributária por recolher o IRF incidente ganhos líquidos auferidos no mercado financeiro e de capitais brasileiro, aplicando a isenção prevista na legislação ou se cobrando o IRF à alíquota de 15%; ou (ii) se aplica o regime ordinário de tributação aplicável às vendas de ativos em geral e, nesse caso, a **fonte pagadora** (e não o Requerente), seria a responsável pela retenção do imposto de acordo com a alíquota aplicável (25% ou progressiva de 15% a 22,5%).

49. **O que não é possível é querer a coisa e o oposto da coisa ao mesmo tempo, ensejando insuperável paradoxo. Não há como se aplicar a alíquota do regime ordinário de tributação (25%) com a regra de responsabilidade do regime especial de tributação, nem o contrário. Como a D. Fiscalização optou por aplicar o regime ordinário de tributação (alíquota de 25%, sobre ganhos de capital), a responsabilidade tributária é da fonte pagadora e não do Requerente.**

IV.2 A impossibilidade de imputação de Responsabilidade Tributária ao “Representante Tributário” no cenário proposto pela D. Fiscalização

50. O artigo 128 do Código Tributário Nacional indica que a legislação fiscal pode atribuir **de modo expresso** a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação. Confira-se:

(...)

51. Como se nota da redação do dispositivo acima transcrito, para atribuição de responsabilidade pela exigência fiscal a terceira pessoa (que não o contribuinte), a lei deve fazê-lo de maneira expressa.

52. O capítulo 5 do próprio TVF esclarece que a regra de atribuição de responsabilidade tributária para o investidor estrangeiro que investe no mercado financeiro e de capitais brasileiros, **observando** as normas e condições estabelecidas pelo CMN, está prevista no artigo 16 da MP 2.189-49/01:

(...)

53. Os dispositivos indicados acima são muito claros ao determinar os responsáveis tributários pelo recolhimento de IRF sobre ganhos obtidos por investimentos estrangeiros no mercado financeiro e de capitais por meio de Conta 4373, nos termos e condições do CMN.

54. Nos termos da legislação em vigor, **no caso de investimentos realizados no mercado financeiro e de capitais por investidores estrangeiros segundo os termos e condições do CMN, a responsabilidade pelo pagamento do imposto de renda é da fonte pagadora dos rendimentos e ganhos.**

55. Em se tratando de investimentos financeiros realizados nos termos e condições do CMN, a referida responsabilidade tributária somente pode ser atribuída ao responsável tributário do investidor estrangeiro se:

- i. o investidor estrangeiro for residente em paraíso fiscal; e
- ii. o ganho sujeito à tributação decorrer de operações em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas.

56. Ocorre que, na hipótese de ganho de capital auferido por residente no exterior em investimentos não realizados segundo as normas e condições do CMN, o responsável pelo recolhimento do IRF é o adquirente dos ativos, ou seu procurador no Brasil, quando o adquirente for residente no exterior, conforme estabelecido pelo artigo 26 da Lei nº 10.833 de 29.12.2003⁴ ("Lei 10.833/03").

59. É justamente nesse ponto que reside uma contradição intransponível incorrida pela D. Fiscalização. Para atribuir a responsabilização à Requerente, a D. Fiscalização alega (sem nenhuma base legal) que o real investidor estrangeiro não seria o Investidor 4373, mas sim a GP Investments, sociedade domiciliada em Bermudas.

60. Ocorre que a D. Fiscalização não se limita a afirmar que a GP Investments seria a real detentora dos ativos financeiros negociados no Brasil exigindo a tributação dos ganhos líquidos a 15%, mas, também, conclui que essa entidade **não observou** as normas e condições estabelecidas pelo CMN para realização dos investimentos no Brasil (por supostamente não ter indicado um representante legal no Brasil, nos termos do artigo 79 da Lei 8.981/95).

61. Dessa forma, conclui a D. Fiscalização que não se aplica o regime tributário aplicável às pessoas físicas residentes no Brasil, como determina o §2º do art. 16 da MP 2.189-49/01, aos ganhos líquidos supostamente auferidos por essa sociedade.

62. Ora, se no cenário elucubrado pela D. Fiscalização, o real investidor (e origem dos recursos investidos no Brasil) seria a entidade localizada em Bermudas (GP Investments) – a qual, por sua vez, supostamente não teria cumprido os requisitos exigidos pelo CMN para investir no mercado de capitais brasileiros –, **é juridicamente impossível atribuir ao Requerente a responsabilidade pelo recolhimento do IRF sobre os ganhos de capital auferidos por referidos não-residente na alienação de ativos localizados no Brasil.**

63. Com a devida vênia, não há dispositivo legal que atribua responsabilidade tributária ao Requerente na absurda situação conjecturada pela D. Fiscalização. Não existe na legislação brasileira qualquer dispositivo que atribua responsabilidade tributária ao representante legal na hipótese em que um não-residente aufera ganhos de capital em operações que não sejam realizadas de acordo com os termos e condições estabelecidos pelo CMN.

64. Na tentativa de responsabilizar o Requerente, a D. Fiscalização menciona expressamente que, no caso de operações realizadas por investidor estrangeiro em bolsa de valores, a instituição por ele nomeada fica responsável no país, pelo cumprimento das correspondentes obrigações tributárias, nos termos do artigo 16, §3º, I da MP 2.189-49/01:

(...)

65. Entretanto, **essa norma somente seria aplicável na hipótese em que o investidor localizado em Paraíso Fiscal invista de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo CMN, como determina expressamente o caput do artigo 16 da MP 2.189-49/01.**

(...)

73. Tal como comentado, **é curioso notar que, em trecho do próprio TVF já transcrito acima (fl. 1.175), a própria D. Fiscalização reconhece a aplicabilidade da Lei 10.833/03 ao presente caso. No entanto, as Autoridades Fiscais se silenciam em relação à disposição expressa do artigo 26 da referida Lei.**

74. **Esse fato, por si só, revela o verdadeiro “juízo de conveniência” da D. Fiscalização, que seleciona dispositivos esparsos da legislação fiscal (omitindo-se quanto aos comandos que não lhe interessam) para sustentar e agravar uma autuação fiscal claramente ilegal.**

75. **Dessa forma, se a D. Fiscalização (a) desconsidera o Investidor 4373 como titular dos investimentos financeiros no Brasil; (b) atribui à GP Investments os ganhos auferidos em operações em bolsa de valores realizadas pelo Investidor 4373; e (c) afirma, de forma irrefutável, que a GP Investments não realizou os seus investimentos no Brasil de acordo com os termos e condições estabelecidos pelo CMN, o responsável pelo recolhimento do IRF supostamente devido na operação é o adquirente dos ativos supostamente detidos pela GP Investments, conforme expressamente dispõe o artigo 26 da Lei 10.833/03.**

(...)

IV.3 A impossibilidade de imputação de Responsabilidade Tributária à “Fonte Pagadora”

(...)

81. Diferentemente do que concluiu a D. Fiscalização, **a fonte pagadora não é aquela que atua na mera intermediação da operação, mas sim a parte que assume o ônus econômico do pagamento.**

(...)

83. Embora a decisão acima referida trate de pagamentos feitos a beneficiários não identificados, o racional adotado pelo E. Conselho é perfeitamente aplicável ao presente caso. Isso porque o CARF deixa claro que **o sujeito passivo que atua por conta e ordem do investidor jamais pode ser considerado como “fonte pagadora” dos recursos para fins de recolhimento do IRF.**

84. Vale notar que esse mesmo entendimento já havia sido adotado pela própria Receita Federal do Brasil (“RFB”), quando da prolação da Solução de Consulta Cosit nº 55, de 23.6.2020 (“SC Cosit 55/20”) e da Solução de Consulta nº 95, de 5.10.2010 (“SC 95/10”), que adotaram posicionamento no sentido de que o locatário de um imóvel, sendo uma pessoa jurídica, é o responsável pelo recolhimento do IRF sobre os pagamentos feitos aos locadores pessoas físicas, mesmo que os pagamentos sejam realizados por meio de um intermediário, que recebe os pagamentos e efetua os repasses aos locadores. Transcreve-se abaixo as ementas das referidas Soluções de Consulta:

(...)

86. Não fosse suficiente a impossibilidade de caracterização do Requerente como “fonte pagadora”, ainda cabe destacar que as remessas ao exterior sequer poderiam ser consideradas como forma de pagamento.

87. Os investidores estrangeiros que pretendam investir no mercado financeiro e de capitais brasileiro estão obrigados a observar os requisitos previstos na Resolução 4.373/14, com a abertura de uma Conta 4.373 mantida por instituição financeira local.

88. Nos termos da Resolução 4.373/14, 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.

89. O INR contratou justamente o Requerente como representante legal e custodiante para viabilizar a abertura de conta de investimento (a Conta 4.373) e custódia de recursos financeiros. No que interessa ao presente caso, o fluxo de investimento no Brasil pelo INR seguiu quatro etapas principais:

(...)

92. Os negócios jurídicos firmados pelo INR com o Requerente possuem a natureza de: **(A)** contrato de representação, em cumprimento à exigência prevista no art. 2º, inciso I, do Regulamento Anexo I à Resolução 4.373/14; e **(B)** contrato de custódia, para os ativos financeiros detidos no Brasil.

93. No contexto dos contratos de representação e de custódia, em nenhum momento, o Requerente torna-se titular ou proprietária dos recursos financeiros ou dos ativos do INR. Os valores não são transferidos para sua esfera patrimonial, uma vez que o Requerente presta serviços típicos de instituição financeira.

94. Se os valores e os ativos não pertencem ao Requerente, é evidente que a transferência dos recursos não pode ser considerada um “pagamento” em benefício do INR. As operações contestadas pela D. Fiscalização constituem simples transferência de recursos financeiros da Conta 4.373 para uma conta no exterior (mantida com outra instituição financeira estrangeira).

95. Nos termos do Artigo 627 do Código Civil⁵, o contrato de depósito é caracterizado pelo recebimento de um bem móvel pelo depositário, que deverá guardá-lo até que o depositante (INR) o reclame.

96. 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 acréscidos, quando o exija o depositante (Artigo 629⁶).

97. A leitura dos dispositivos do Código Civil permite extrair duas conclusões indiscutíveis: **(A)** os recursos financeiros mantidos na Conta 4.373 não pertencem ao Requerente – e sim ao INR; e **(B)** os frutos e acréscidos (rendimentos ou ganhos provenientes dos recursos financeiros depositados) também pertencem integralmente ao titular da Conta 4.373 (INR).

(...)

112. A instituição depositária, 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 ao investidor não-residente e nunca com o pagamento de numerário. Portanto, o Requerente jamais pode ser considerada como fonte pagadora.

(...)

IV.4 A impossibilidade de atribuição de responsabilidade ao Requerente com base no artigo 124, inciso I do CTN

(...)

118. Ora, a contradição é evidente: como pode a D. Fiscalização alegar que o Requerente seria o responsável primário pelo recolhimento do IRF supostamente devido pela GP Investments e, ao mesmo tempo, que poderia também ser responsabilizado com base no artigo 124, I do CTN, dispositivo que justamente visa atribuir responsabilidade solidária aqueles que possuem interesse jurídico no fato gerador?

119. Com a devida vênia, a D. Fiscalização, na ânsia de atribuir responsabilidade tributária ao Requerente, empregou argumentos que são evidentemente incompatíveis e contraditórios: o Requerente é supostamente (i) o responsável primário pelo recolhimento do IRF (na condição de representante tributário/ fonte pagadora); **OU** (ii) responsável solidário por ter interesse jurídico no fato gerador, não sendo minimamente lógica a tentativa de combinação dos dois argumentos!

120. A despeito da total incompatibilidade dos argumentos acima, na eventualidade de V.Sas. entenderem que seria possível a atribuição de responsabilidade solidária com base no artigo 124, inciso I do CTN, o que se admite apenas a título de argumentação, o Requerente entende por bem demonstrar a total inaplicabilidade desse dispositivo ao caso concreto.

(...)

133. Em síntese do acima exposto, portanto, a responsabilidade solidária prevista no artigo 124, I do CTN somente será aplicável quando (i) duas ou mais pessoas estiverem situadas em um mesmo polo da situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária principal e (ii) tais pessoas possuam um interesse jurídico comum na prática de tal situação.

134. No presente processo administrativo, em momento algum foi demonstrado o cumprimento desses requisitos. Pelo contrário, a D. Fiscalização adotou, de forma totalmente desmedida, uma interpretação extensiva do significado da expressão “interesse comum” para responsabilizar o Requerente, pessoa completamente alheia à situação que constitui o fato gerador do IRF supostamente devido.

135. É evidente que o Requerente – na condição de representante tributário e custodiante do Investidor 4373 que **não realizou investimentos nos termos determinados pelo CMN** – não tinha qualquer responsabilidade legal pelo recolhimento de IRF sobre os eventuais ganhos auferidos por esse investidor no mercado de capitais brasileiro.

136. Isso significa dizer que, ainda que fosse devido qualquer valor de IRF sobre os ganhos auferidos pelo INR, o que só se admite para fins argumentativos, a responsabilidade pela retenção do imposto seria daqueles apontados pela legislação como contribuintes ou responsáveis tributários (no presente caso, o adquirente dos ativos).

137. Além disso, na qualidade de mero prestador de serviços, em nenhum momento o Requerente (i) se encontrou no mesmo polo da relação jurídica que os responsáveis pelo recolhimento de tributos no Brasil (adquirentes dos ativos); ou (ii) se beneficiou da situação jurídica que configura o alegado fato gerador da obrigação tributária. De fato, o Requerente não foi a fonte pagadora dos rendimentos distribuídos, adquirente de ativos, legitimamente o representante do contribuinte (pelo racional proposto pela D. Fiscalização) ou beneficiário dos ganhos/rendimentos, não sendo responsável pela retenção do IRF sob nenhuma perspectiva que se analise a questão.

138. Dessa forma, com base nas premissas adotadas pela D. Fiscalização, percebe-se que, desde a origem, o Requerente é parte completamente alheia à situação que constitui o fato gerador do IRF supostamente devido, e sob nenhuma perspectiva seria possível identificar qualquer relação do Requerente com tal fato gerador. Como mencionado anteriormente, o artigo 124, inciso I, do CTN **não** é norma destinada à inclusão de terceiros na relação jurídico-tributária, mas sim à responsabilização de pessoas que já ocupam o mesmo polo da situação jurídica que constitua o fato gerador da obrigação tributária principal.

139. Vale reforçar que, mesmo que o escopo do artigo 124 do CTN fosse mais abrangente e incluísse terceiros que não possuem relação direta com o fato gerador (o que se admite apenas para argumentar), restou demonstrado que o Requerente não possuía qualquer interesse econômico, financeiro, jurídico ou de fato em participar de uma estrutura supostamente fraudulenta no contexto de um suposto “conluio” com o grupo GP Investimentos.

(...)

IV.5 Conclusão Preliminar

(...)

149. Portanto, havendo vício material na origem do presente lançamento, não há condições de o Auto de Infração lavrado contra o Requerente subsistir e produzir efeitos, o que representaria grave ofensa ao princípio do devido processo legal. O presente Auto de Infração é, portanto, **nulo** em função de erro na identificação do sujeito passivo, **o que configura um vício material insanável no curso do processo, conforme entendimento já consolidado pelos tribunais administrativos.**

IV.6 Erro na Determinação da Alíquota Aplicável

(...)

151. De fato, mesmo que se partisse da equivocada premissa central adotada no Auto de Infração, de que a real detentora dos ativos brasileiros seria a entidade domiciliada em Bermudas (GP Investments) e não o Investidor 4373, deveria ter sido adotado o tratamento tributário previsto na legislação tributária aplicável para ganhos auferidos por investidores locais em bolsa de valores.

152. Conforme estabelecido pelo artigo 78 da Lei 8.981/95 e 85 da Instrução Normativa nº 1.585, de 31.8.2015 (“IN nº 1.585/15”), e reconhecido pela própria D. Fiscalização, os investidores estrangeiros localizados em paraíso fiscal estão sujeitos às mesmas normas de tributação pelo Imposto de Renda aplicáveis aos residentes ou domiciliados no Brasil, em relação aos ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas.

153. O artigo 57 da IN nº 1.585/15, ao disciplinar a tributação aplicável aos residentes ou domiciliados no Brasil, estabelece que os ganhos líquidos auferidos

em alienações ocorridas nos mercados à vista, em operações liquidadas nos mercados de opções e a termo e em ajustes diários apurados nos mercados futuros sujeitam-se ao imposto sobre a renda à alíquota de 15% (quinze por cento).

154. Portanto, caso se admitisse como válido o cenário de desconsideração conjecturado pela D. Fiscalização, o que se faz apenas para fins de argumentação, no qual os ativos brasileiros seriam, em realidade, detidos pela entidade domiciliada nas Bermudas, os eventuais ganhos de capital auferidos por referido não-residente deveriam estar sujeitos à tributação pelo imposto de renda à alíquota de 15%, e não de 25%, como quer fazer crer a D. Fiscalização.

(...)

IV.7 A Impossibilidade de reajustamento da base de cálculo

161. Ademais, ainda que os pontos acima sejam superados, o que se admite para fins meramente argumentativos, há de se notar que o lançamento fiscal está eivado de nulidade por um erro na apuração das bases autuadas.

162. Isso porque, o reajustamento da base de cálculo do IRF, conforme proposto pela D. Fiscalização com base no artigo 725 do regulamento do Imposto de Renda de 1999 ("RIR/99", vigente à época dos fatos), não poderia ter sido realizado no caso sob análise, **uma vez que o Requerente não arcou com o ônus do IRF devido pelo INR.**

163. A esse respeito, convém mencionar que o reajustamento da base de cálculo, à época dos fatos ora sob discussão, era previsto pelo artigo 5º da Lei nº 4.154, de 1962 ("Lei nº 4.154/62"), conforme regulamentado pelo artigo 725 do RIR/99, que assim dispunha:

(...)

167. No presente caso, no entanto, (i) é incontroverso que o Requerente não assumiu o ônus econômico do imposto incidente sobre os ganhos e rendimentos auferidos pelo INR, isto é, não há qualquer disposição contratual que estabeleça tal assunção; e (ii) inexistia qualquer disposição legal específica que admita referido ajustamento no caso sob análise.

168. A evidência mais clara de que o Requerente não assumiu nenhum ônus econômico do imposto está consubstanciada nos contratos firmados entre o Requerente e o Investidor 4373, em que resta claro que o Requerente é mero representante do investidor para fins de referida norma (*vide doc. nº 5*).

169. Ora, se os contratos mencionados contêm, ainda, a expressa previsão de que o Investidor assume obrigação de indenizar o Requerente em caso de não recolhimento de tributos devidos, restando demonstrado que o ônus econômico, não só decorrente desse, mas de qualquer tributo incidente sobre os investimentos do Investidor 4.373, era do próprio Investidor 4.373 e nunca do Requerente, como poderia o Requerente ter assumido o ônus financeiro do imposto que justificasse o reajustamento da base de cálculo?

(...)

V. O DIREITO: AS RAZÕES DETERMINANTES PARA O CANCELAMENTO

DOS DÉBITOS FISCAIS OBJETO DO AUTO DE INFRAÇÃO**V.1 Esclarecimentos Iniciais: o Auto de Infração e a Improcedência dos argumentos apresentados pela D. Fiscalização**

(...)

174. Veja que o racional das Autoridades Fiscais é pautado em presunções e construções sem fundamento econômico, de modo que chega a deduzir diversas conclusões desprovidas de qualquer comprovação, tais como a de que foram realizadas *“astuciosas manobras praticando atos jurídicos encadeados no sentido de interpor a empresa estrangeira ALGARVE, LLC para ocultar o real investidor”*, uma vez que a simples utilização de entidades fiscalmente transparente nos Estados Unidos seria indício de simulação e interposição fraudulenta⁸.

175. Ocorre que a GP Investments, a quem a D. Fiscalização tenta atribuir a condição de “real investidor/beneficiário” – apesar de possuir um escritório em Bermudas - não dispunha de autonomia decisória, de modo que as decisões de investimento eram à época realizadas pelos controladores (Srs. Antonio Bonchristiano e Fersen Lambranco), os quais **NÃO** são domiciliados no Brasil ou em paraíso fiscal!

176. Vale ressaltar que, apesar de consistir em uma estrutura regulatoriamente mais complexa, tem por objetivo viabilizar a canalização de recursos de investidores (Beneficiários Finais) para aplicações financeiras com risco mensurável (ativos brasileiros e globais).

177. Nesse contexto, para garantir maior proteção e segurança aos investidores, o Grupo GP Investimentos optou por estruturar investimentos no Brasil e no exterior por meio de *Limited Liability Companies* localizadas no Estado de Delaware, nos Estados Unidos da América (a exemplo da Algarve no presente caso).

178. Sendo um investimento financeiro relevante realizado em uma jurisdição desconhecida para muitos dos investidores estrangeiros (Brasil), é evidente a necessidade de estruturas e arranjos contratuais que garantam a necessária limitação de responsabilidade financeira e civil, além de uma gestão técnica e especializada de seus recursos. Caso contrário, tais investidores jamais concordariam em alocar recursos por meio da GP Investments.

179. Ademais, a realização dos investimentos diretos por meio uma LLC para cada ativo, garantiria maior certeza e segurança sobre os riscos setoriais envolvidos e a legislação a ser aplicada em caso de alguma disputa judicial. Assim, diferentemente do que alega a D. Fiscalização, a ausência de funcionários ou escritório físico não macula, em nenhuma extensão, a legitimidade do INR, a qual sempre atendeu o seu legítimo propósito no contexto da cadeia de investimentos.

(...)

182. A concepção da limitação de responsabilidade na realização de investimentos não é algo artificial, como quer fazer crer a D. Fiscalização, mas sim algo essencial para garantir a segurança jurídica necessária para que os investidores estrangeiros realizem investimentos em jurisdições sobre as quais eles não dispõem de conhecimento técnico, legislativo etc. Trata-se de figura jurídica altamente difundida no Brasil e no exterior.

183. Assim, é improcedente a desconsideração do INR para fins fiscais brasileiros, sob o pretexto de se identificar o “Investidor” das aplicações financeiras. E, diga-se mais, a D. Fiscalização ainda atribuiu essa condição à entidade intermediária da estrutura, convenientemente localizada em Paraíso Fiscal (GP Investments), e que **NÃO** poderia, nos termos da própria regulamentação da RFB sobre o tema, ser considerada um *beneficiário final*! **É evidente que isso não faz sentido.**

184. Portanto, embora a D. Fiscalização não estivesse autorizada nem mesmo a desconsiderar a existência do Investidor 4373, fato é que – caso houvesse qualquer autorização nesse sentido – a condição de efetivos beneficiários deveria ser atribuída aos investidores não residentes que eram de fato os Beneficiários Finais da estrutura **nos termos da própria regulamentação da RFB**, quais sejam, aqueles que realizaram os aportes dos recursos financeiros e que, em última análise, se beneficiaram dos rendimentos correspondentes.

(...)

V.2 O cumprimento de todas as normas para realização de investimento no mercado de capitais brasileiro

(...)

197. Justamente em decorrência das particularidades do investimento sob a Resolução 4.373/14, em nenhum momento era solicitada na regulação qualquer informação em relação à cadeia de participação societária acima dos investidores não residentes cadastrados junto à CVM. Portanto, **verifica-se que, no presente, foram cumpridos integralmente os requisitos regulatórios no cadastro do INR.**

198. Além disso, importa reiterar que o Requerente – em quaisquer das funções por ele exercidas (representante legal e custodiante) – também cumpriu integralmente com os requisitos previstos na regulamentação da CVM no que diz respeito à identificação e cadastro do Investidor 4373, além de ter atendido a todos os requisitos da Instrução CVM nº 301 (“ICVM 301”), conforme alterada, vigente à época dos fatos.

199. Note-se que, conforme previsto no artigo 10, inciso I e III da Lei nº 9.613/98, expressamente citado pela D. Fiscalização na sua tentativa de defender o descumprimento dos deveres de *Know Your Customer* (KYC) por parte do Requerente, todos os procedimentos necessários para a identificação e cadastro dos clientes devem ser observados “*nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes*” e “*na forma disciplinada pelos órgãos competentes*”, respectivamente, sendo esse normativo justamente a ICVM 301 (ponto também reconhecido pela D. Fiscalização ao longo do TVF).

(...)

V.3 A D. Fiscalização não possui competência para contestar questões objeto de inspeção de outro órgão regulador

206. Além de já ter sido demonstrado que o Requerente cumpriu integralmente com o regime regulatório de identificação dos investidores estrangeiros, inclusive do quanto previsto nas normas fiscais, deve-se também ressaltar que a desconsideração realizada pela D. Fiscalização procurou abordar uma matéria de competência exclusiva da CVM e do BACEN, fazendo interpretações próprias de dispositivos editados por órgãos reguladores com competência para editar normas de natureza regulatória.

207. Assim, tendo em vista que a legislação fiscal não impunha qualquer exigência que trate de identificação da cadeia societária do investidor estrangeiro, mas somente com relação a identificação de beneficiários finais em determinados casos, a D. Fiscalização decidiu desconsiderar os registros de investimento e demais informações que não são de sua competência, o que por si só já é suficiente para determinar o cancelamento deste Auto de Infração.

(...)

213. 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.

214. Somente estes órgãos têm o poder de verificar se as operações no mercado de capitais 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 fiscalizados por estas autarquias. As operações realizadas pelo Requerente (seja na condição de representante legal/custodiante do Investidor 4373) são, portanto, consideradas legítimas e não podem ser contestadas pelas Autoridades Fiscais, por absoluta incompetência funcional.

215. É claro que cabe à D. Fiscalização verificar se a **legislação tributária** está sendo efetivamente observada no que diz respeito aos impactos fiscais das operações realizadas. Mas não é atribuição da RFB desconsiderar a natureza de operações legítimas e devidamente fiscalizadas pelo BACEN e pela CVM. E tampouco pode a D. Fiscalização pretender indicar qual é o procedimento mais adequado a ser adotado por instituições financeiras, em detrimento da regulamentação emitida pelo BACEN e pela CVM.

(...)

V.4 A impossibilidade de desconsideração do Investidor 4.373 (Algarve LLC)

(A) A correta interpretação do ordenamento jurídico-tributário não permite desconsiderar a existência do Investidor 4373 (Delaware)

(...)

221. 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:

(...)

222. Ao examinar a entidade que figura como titular de uma conta bancária ou proprietária de determinados investimentos, 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 às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”).

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

(...)

224. Como se vê, o próprio direito brasileiro assegura a prevalência da legislação do país de residência (no caso, Delaware, nos Estados Unidos) como sendo aquela competente para determinar o início e o fim da personalidade jurídica.

225. Nos termos do artigo 8º da LINDB, “*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 constituírem*”.

(...)

226. 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.

227. Vale notar que a regulamentação do CMN (artigo 5º da Resolução 4.373/14) é expressa ao estabelecer o conceito de INR, requerendo apenas a análise das características inerentes ao próprio investidor, titular da Conta 4.373. Não há qualquer exigência, portanto, de identificação de elementos relacionados a outras entidades da cadeia societária do investidor. Vejamos:

(...)

228. Ao recorrer à legislação de Delaware, verifica-se que as LLCs são empresas dotadas de personalidade jurídica, as quais apenas podem ser encerradas com o cancelamento dos seus certificados de constituição:

(...)

230. Inclusive, a regularidade da constituição do Investidor 4.373, bem como sua personalidade jurídica e capacidade de realizar operações, são expressamente atestadas em parecer específico sobre o tema elaborado pelo renomado escritório americano Richards, Layton & Finger (**doc. nº 7**).

(...)

233. No presente caso: **(A)** o Investidor 4373 (Delaware) é dotado de personalidade jurídica e autonomia patrimonial; **(B)** o patrimônio desse investidor não se confunde com o dos seus sócios; e **(C)** a entidade é a legítima titular de direitos e obrigações.

234. Convém mencionar que, no intuito de preservar a personalidade própria das pessoas jurídicas e sua independência econômica, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 881, de 2019 ("MP 881/19"), que foi posteriormente convertida na Lei nº 13.874, de 20.9.2019 ("Lei 13.874/19"), para instituir a "**Declaração de Direitos de Liberdade Econômica**".

235. No contexto da edição da referida Lei, foi incluído o artigo 49-A no Código Civil, estabelecendo que "*a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores*", devendo ser preservada sua autonomia patrimonial. Confira-se:

(...)

236. Portanto, a única conclusão possível é a de que a Algarve é a legítima titular da Conta 4.373 e proprietária dos investimentos realizados no mercado financeiro brasileiro, de modo que **sua personalidade jurídica e autonomia patrimonial devem ser preservadas**. Essa conclusão é tão verdadeira que o Investidor 4373:

- (a) é o efetivo titular das Conta 4.373, contabilizando os investimentos efetuados a partir dessa conta como disponibilidade própria;
- (b) possui todos os direitos políticos e econômicos inerentes à condição de titular do investimento, que não podem ser exercidos por outras entidades;
- e
- (c) corre todos os riscos decorrentes de perdas provenientes dos investimentos efetuados com a Conta 4.373, **sem que as perdas possam ser oponíveis a outras entidades**.

237. Assim, conclui-se que o Requerente identificou de forma precisa o beneficiário estrangeiro, de forma que não houve qualquer descumprimento da legislação tributária ou ausência de identificação dos titulares efetivos dos recursos.

(B) O fato de a entidade ser transparente para fins fiscais no exterior é irrelevante para fins tributários brasileiros

(...)

241. Em primeiro lugar, a transparência fiscal, entendida como a ausência de tributação sobre a renda no Estado de Delaware, não confere nenhum benefício ao investidor estrangeiro com relação aos investimentos efetuados no Brasil. Isso porque, a renda, como regra geral, está sujeita à tributação no Brasil independentemente de a entidade ser transparente ou não do ponto de vista fiscal no exterior.

242. A transparência fiscal serve unicamente ao propósito de permitir que os investidores estrangeiros sejam tributados nas suas jurisdições de origem, **sem que o Governo dos Estados Unidos (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.

(...)

245. Em segundo lugar, é importante reiterar que "transparência fiscal" não muda o fato que a entidade estrangeira possui personalidade jurídica. Isto é, o Investidor 4.373 é pessoa jurídica cujo patrimônio não se confunde com o de seus sócios. A transparência fiscal não desloca a titularidade da Conta 4.373 para o sócio da entidade transparente.

(...)

(C) O Parecer Normativo nº 1, de 2002 – A retenção é feita levando em consideração o beneficiário da renda

(...)

252. O PN nº 1/02 é claro ao estabelecer que, quando o responsável deixar de fazer a retenção do IRF por qualquer razão, o recolhimento deve ser feito pela fonte (se exclusivo) ou pelo contribuinte (se antecipação, após o prazo para entrega da Declaração de Imposto sobre a Renda da Pessoa Física), levando em consideração o "beneficiário" e não o "beneficiário efetivo" ou o "beneficiário final" da renda.

253. Esse dispositivo apenas confirma que a D. Fiscalização tentou inovar a legislação tributária e os próprios normativos infralegais que disciplinam a cobrança do IRF. Com efeito, deve sempre ser respeitada a personalidade jurídica do beneficiário imediato da renda, não sendo exigido considerar o beneficiário final ou o beneficiário efetivo, já que se trata de conceito distinto e não exigido pela legislação.

(...)

(D) O ADI nº 5/19 – Impossibilidade de desconsideração do investidor direto

255. O ADI nº 5/19 estabeleceu de forma clara que o regime especial de tributação previsto nos artigos 88 a 98 da IN nº 1.585/15 deve ser aplicado levando em consideração a jurisdição do investidor direto no País, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação:

(...)

256. É evidente que a D. Fiscalização buscou caracterizar uma suposta simulação no caso em análise exatamente para evitar a aplicação direta do ADI nº 5/19, que proibiria a lavratura do Auto de Infração no presente caso.

(...)

259. Em primeiro lugar, vale chamar atenção para o fato de que é ilógico afirmar que houve qualquer tipo de fraude, dolo ou simulação se os Beneficiários Finais da cadeia de investimentos não estavam localizados em paraíso fiscal.

260. Isso porque, caso tivessem investido diretamente no Brasil, **estariam sujeitos ao mesmo tratamento fiscal originalmente adotado pelo Investidor 4373** sobre os ganhos e rendimentos por eles auferidos.

261. Além disso, a configuração de dolo, fraude e simulação depende da comprovação da intenção dolosa de mascarar ou disfarçar a ocorrência do fato gerador. Assim, a comprovação do elemento doloso está diretamente ligada à demonstração do conhecimento do ilícito e a vontade de enganar, que a doutrina penalista chama de "elemento intelectual e volitivo".

(...)

263. No entanto, no presente caso, não há que se falar em qualquer intuito doloso. Como visto, o Requerente foi remunerado apenas pelos serviços de representação/custódia da Conta 4.373. Tal remuneração seria exatamente a mesma caso a estrutura do Grupo GP Investimentos estivesse sujeita à tributação de IRF no Brasil, de modo que o Requerente não auferiu nenhuma vantagem adicional como resultado do tratamento fiscal adotado em relação aos ganhos e rendimentos auferidos pelo INR, conforme se observa de trechos dos próprios contratos celebrados entre as partes (*vide docs. nsº 5 e 6*):

(...)

266. Assim, levando em conta que os Beneficiários Finais não são residentes ou domiciliados em paraíso fiscal, e considerando o fato de que a entidade domiciliada em Bermudas **NÃO** é passível de caracterização como beneficiária final da estrutura, nos termos da própria regulamentação da RFB, resta demonstrada a inexistência de fraude, dolo ou simulação no caso concreto.

267. Deve prevalecer, portanto, a orientação do ADI 5/19 no sentido de que a "origem dos investimentos" deve ser determinada *"com base na jurisdição do investidor direto no País"*.

(E) A desconsideração da personalidade jurídica deve seguir procedimentos específicos previstos na legislação brasileira

268. Caso fosse possível às Autoridades Fiscais brasileiras ignorar a legislação estrangeira de regência da sociedade constituída no exterior, o que se admite apenas para fins de argumentação, ainda assim não seria possível simplesmente desconsiderar a existência do Investidor 4373, tendo em vista que também a legislação nacional possui hipóteses legais específicas para desconsideração da personalidade jurídica.

269. A esse respeito, convém mencionar que a única forma pela qual uma entidade jurídica regularmente constituída pode eventualmente ser desconsiderada para todos os fins de direito encontra-se prevista nos termos do art. 50 do Código Civil:

(...)

270. O texto do dispositivo em questão 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.

(...)

272. A constituição do Investidor 4373, como já demonstrado, foi efetuada em decorrência de razões jurídicas e econômicas legítimas, sem que exista qualquer desvio de finalidade, confusão patrimonial ou benefício tributário indevido.

(...)

(F) A razão jurídica e econômica para o investimento a partir de sociedade localizada em Delaware

(...)

276. As Autoridades Fiscais devem respeitar a personalidade jurídica (autonomia patrimonial) do Investidor 4373. Apenas em caso de comprovada interposição fraudulenta de sociedade, é que seria possível cogitar a desconsideração da entidade estrangeira.

277. No entanto, na condição de entidade com personalidade jurídica devidamente constituída nos Estados Unidos da América, o Investidor 4373 opera como uma verdadeira proteção adicional aos Beneficiários Finais contra passivos e contingências que possam potencialmente advir dos investimentos financeiros realizados nos diferentes países, especialmente no Brasil.

278. Esse é mais um elemento que indica, de maneira inexorável, que a existência da LLC não tinha finalidade exclusiva de economia fiscal (como alega o TVF), uma vez que tal entidade exercia verdadeira função de *holding*, representando uma proteção patrimonial adicional para os investidores.

279. Neste contexto, será demonstrado que, com a devida vênia, apesar dos diversos esforços do Requerente, cujos representantes se disponibilizaram a fornecer esclarecimentos adicionais sempre que solicitado, a D. Fiscalização não compreendeu adequadamente a complexidade dos fatos, da forma e do funcionamento das estruturas de captação de investimentos no mercado internacional utilizados pelo Investidor 4373.

280. Como restará comprovado, há diversas razões jurídicas, econômicas e empresariais que tornaram esse estado americano um dos maiores concentradores de veículos de investimento em todo o mundo.

(G) Os critérios utilizados para a seleção da jurisdição estrangeira

281. A D. Fiscalização tenta construir a tese de que o Investidor 4373 está domiciliado em Delaware com o único objetivo de gerar vantagens tributárias no Brasil e de ocultar o real beneficiário da renda.

(...)

284. A atividade de investimento no mercado financeiro envolve a captação de recursos com múltiplos investidores que podem ter as mais variadas naturezas: fundos de pensão (que possuem elevado volume de recursos sob gestão, com o objetivo de gerar rendas de aposentadoria para os seus beneficiários); hedge funds (fundos de investimento que captam recursos junto a investidores individuais ou institucionais, administrados por empresas de gestão profissionais); pessoas físicas com elevado patrimônio; fundos soberanos (fundos que utilizam parte das reservas internacionais de países estrangeiros), dentre outros.

285. Resta claro que cada modalidade de investidor, em cada jurisdição específica, possui uma política de investimentos e está sujeito a rígidos controles regulatórios. Portanto, a principal preocupação de uma entidade que irá concentrar investimentos de diferentes entidades e indivíduos está em estruturar os seus investimentos a partir de uma estrutura que atenda às restrições individuais de cada modalidade de investidor específico, em cada uma das mais distintas jurisdições.

(...)

287. Portanto, não é qualquer jurisdição que pode ser adotada para a realização de investimentos no mercado financeiro e de capitais. Tanto é assim que as estruturas envolvendo a constituição de empresas *offshore* são utilizadas pela indústria em todo o mundo, independentemente de benefícios fiscais nas jurisdições locais.

(H) Os motivos jurídicos, econômicos e de mercado para a constituição de sociedade em Delaware

288. Primeiramente, é importante enfatizar que a realização dos investimentos por meio do Investidor 4373 - empresa localizada em Delaware – não enseja qualquer benefício fiscal aos Beneficiários Finais da estrutura em questão, tendo em vista que estes são domiciliados majoritariamente na Suíça e Inglaterra, conforme será detalhado adiante.

289. Nesse sentido, **caso os investimentos tivessem sido realizados diretamente via essas jurisdições e não por meio de entidade em Delaware, o tratamento fiscal aplicável à operação seria exatamente o mesmo daquele aplicável aos rendimentos/ganhos atribuídos ao Investidor 4373¹⁰.**

(...)

294. A utilização de jurisdições com a reputação de Delaware como um veículo de investimentos – mais do que desejável - é praticamente uma exigência dos investidores estrangeiros, em razão da flexibilidade, segurança jurídica e reputação. O seguinte trecho do *World Securities Law Report* não poderia ser mais elucidativo:

(...)

295. A transparência, segurança jurídica e reputação de Delaware são tão relevantes que o acionista aceita pagar um prêmio para investimentos efetuadas a partir desse Estado Americano. Estruturar o investimento a partir de Delaware é um ativo intangível que nenhuma outra jurisdição *offshore* pode oferecer.

296. Importante destacar que o ativo intangível decorrente da constituição em Delaware não está no seu caráter transparente ou em vantagens tributárias para os investidores estrangeiros (algo que outras jurisdições também oferecem), mas sim na reputação e credibilidade do arcabouço jurídico e do poder judiciário.

297. Os fundos e entidades não decidem estruturar os seus investimentos a partir de Delaware em razão de benefícios tributários na jurisdição local – mas sim por conta da capacidade que a estrutura tem de atrair investidores de inúmeras jurisdições, atendendo aos mais variados requisitos de *compliance*.

(...)

299. Assim, apenas para fins de argumentação, quando muito este caso pode apenas corresponder à chamada "**opção fiscal**". Isso porque, quando "optou-se" por estruturar o investimento como descrito nessa Impugnação, não houve nenhuma estrutura abusiva ou excessiva passível de questionamento fiscal, mas apenas o legítimo exercício de seu direito de estruturar uma aplicação financeira no Brasil, por meio de uma estrutura *offshore* eficiente do ponto de vista da legislação estrangeira.

(...)

303. Na perspectiva dos investidores no mercado financeiro e de capitais que investem em ativos brasileiros, seria muito mais desejável congrega todos os investidores em um único veículo no Brasil. Entretanto, a congregação dos investidores em um único veículo brasileiro não é factível, uma vez que: (A) os investidores não confiam no sistema jurídico e na celeridade do poder judiciário para a resolução de controvérsias; (B) o sistema regulatório brasileiro é complexo, não sendo adequado para congrega dezenas/centenas de investidores; (C) o Brasil não é um país consistentemente classificado como uma jurisdição com "grau de investimento" (*investment grade*), estando fora das políticas de investimento de uma série de fundos e investidores estrangeiros.

304. Por esse motivo, é essencial que os investimentos sejam efetuados a partir de estruturas conhecidas e viáveis na perspectiva dos mais diversos tipos de investidores. Esse objetivo é atingido com excelência por meio de empresas/fundos constituídos no Estado de Delaware.

(...)

308. Em todo caso, na remota hipótese de essa I. DRJ entender que tal desconsideração seria possível (o que se admite apenas para argumentar), seria necessária a identificação dos Beneficiários Finais da cadeia de investimentos e real origem dos investimentos (nos termos do exposto preceito previsto no artigo 16, §2º da MP 2189-49) e do entendimento da própria RFB no que concerne investidores domiciliados em paraíso fiscal, conforme será demonstrado a seguir.

V.5 Ad argumentandum: a "origem dos recursos" e a necessária identificação do beneficiário final da cadeia de investimento

(...)

313. Note-se que os dois únicos elementos empregados pela D. Fiscalização para a desconsideração da estrutura em questão têm como fundamento as alegações de que (i) o Investidor 4373 não teria qualquer substância, tendo sido interposto na estrutura com propósito exclusivo de viabilizar a fruição de benefício fiscal no Brasil; e (ii) por sua vez, a GP Investments deveria ser considerada a Investidora da estrutura para todos os fins.

(...)

316. No entanto, em primeiro lugar, a alegação segundo a qual a "interposição" das LLC (Investidor 4373) visaria disfarçar a "origem do investimento" é infundada e, com a devida vênia, resulta, como já demonstrado acima, da incompreensão por parte da D. Fiscalização dos esclarecimentos apresentados quanto à dinâmica do mercado internacional de investimentos e a estrutura necessária a atender a demanda de tais investidores.

317. Ademais, não há qualquer justificativa lógica ou jurídica para afirmar que os recursos utilizados nos investimentos em análise teriam "origem em paraíso fiscal". Por "origem", entende-se *"o ponto de partida"; "o início de uma ação ou de algo cujo desenvolvimento continua num tempo ou espaço"*.

318. A entidade localizada nas Bermudas (GP Investments), tal qual a entidade localizada em Delaware, ainda que regulatoriamente possa estar sujeita a maiores controles, também não possui autonomia decisória.

319. Frise-se que o objetivo precípua dessa entidade é fluxo de recursos e, com base em decisões tomadas pelos controladores do Grupo GP Investments, pessoas físicas domiciliadas na Suíça e na Inglaterra e que detém **100% do capital votante dessa sociedade**, aplicar os recursos em determinados ativos no Brasil e no exterior.

(...)

322. Portanto, ainda que se admitisse como válida a desconsideração do Investidor 4373 pela D. Autoridade Fiscal, o que se admite apenas para os fins de argumentação (já que o próprio ADI nº 5/19 dispõe de modo diverso), restaria evidente que a D. Fiscalização está obrigada a se valer das disposições da IN nº 1.634/16 (reproduzidas atualmente na IN nº 1.863/18) para identificar a real origem dos recursos na figura dos beneficiários finais da estrutura de investimento.

323. A esse respeito, vale notar que o artigo 8º da IN nº 1.863/18 estabelece que deve ser considerado como beneficiário final *"a pessoa natural que, em última instância, de forma direta ou indireta, possui, controla ou influencia significativamente a entidade"*. Confira-se:

(...)

324. Igualmente, são equiparadas a "beneficiário final" as entidades expressamente listadas no §3º do artigo 8º da IN 1.863/18¹², tais como **algumas sociedades de capital aberto**, entidades de previdência, veículos de investimento coletivo que atendem a rígidos requisitos de alta difusão, dentre outras.

(...)

326. Portanto, o primeiro ponto que demonstra a total irrazoabilidade e discricionariedade da desconsideração seletiva proposta pela D. Fiscalização, é que que a regulamentação fiscal não admite que as autoridades fiscais desconsiderem, convenientemente, um nível da cadeia de investimento, atribuindo a figura de "real investidor" a algum outro veículo intermediário na estrutura societária (e que não se qualifica como *blocker*).

(...)

ACÓRDÃO 1202-001.669 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 17459.720002/2022-57

DOCUMENTO VALIDADO

330. Ora, não há dúvidas de que (i) a GP Investments é uma companhia constituída em Bermudas (fato incontroverso e público); e que, nessa condição, (ii) não é passível de enquadramento no inciso I do §3º do artigo 8º da IN nº 1.863/18, inexistindo autorização para que a análise quanto a do beneficiário final seja interrompida pela D. Fiscalização no nível dessa sociedade.

(...)

333. Assim, a D. Fiscalização entendeu ser razoável adotar uma postura de **"desconsideração seletiva"**, atribuindo a condição de "real investidor" a um dos veículos intermediários da cadeia societária.

(...)

336. Por qual razão a D. Fiscalização não continuou sua desconsideração até atingir os Beneficiários Finais da cadeia de investimento, que são, tal qual prescrito no parágrafo 2º do artigo 16 da MP 2.189-45/01, os investidores originadores dos recursos e que se configuravam como beneficiários nos termos da IN nº 1.863/18 e efetivamente controlam a estrutura, e cujas informações foram disponibilizadas à D. Fiscalização durante o procedimento de fiscalização?

(...)

338. Portanto, percebe-se que a D. Fiscalização, ciente da impossibilidade de interromper a análise da cadeia de investimentos no nível da GP Investments, buscou construir indiretamente o argumento de referida entidade seria o beneficiário final", valendo-se do conceito genérico de "Investidor" (que não encontra guarida na legislação fiscal), **sendo esse o segundo ponto que justifica a total improcedência do lançamento fiscal.**

339. Convém mencionar que os Srs. Antonio Bonchristiano e Fersen Lambranh, residentes e domiciliados na Suíça e na Inglaterra, são beneficiários finais da GP Investments e detêm 100% das ações com direito a voto dessa sociedade.

(...)

VI. O DESCABIMENTO DA MULTA AGRAVADA

(...)

354. Do exposto, conclui-se que, para que haja a qualificação da multa de ofício, deve ser constatado, de forma inequívoca, pela Autoridade Fiscal, a existência de ato praticado pelo contribuinte com dolo, isto é, com o objetivo de fraudar o Fisco, **o que não se verificou no caso concreto.**

355. Contudo, ao proceder dessa maneira, a D. Fiscalização acaba por evidenciar a própria insubsistência do agravamento da penalidade, pois, conforme explica Marco Aurélio Greco¹⁵, para que haja a exigência da multa qualificada, não basta que o contribuinte tenha praticado de forma consciente o ato desqualificado pela Fiscalização, é necessário que haja a comprovação da intenção do contribuinte de praticar o ato previsto no tipo penal tributário. Confira-se:

(...)

357. Assim, no presente caso, sob qualquer perspectiva que se examine, é impossível que exista uma intenção dolosa por parte do Requerente. Essa inexistência de conduta dolosa é justificada por **quatro razões principais.**

ACÓRDÃO 1202-001.669 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 17459.720002/2022-57

DOCUMENTO VALIDADO

358. A primeira razão é relacionada ao fato de que é evidentemente ilógico afirmar que houve qualquer tipo de fraude, dolo ou simulação se os Beneficiários Finais da cadeia de investimentos, em sua maioria, **NÃO** estavam localizados em paraíso fiscal.

(...)

360. Assim, não houve qualquer vantagem fiscal na estrutura a que os Beneficiários Finais já não fizessem jus, como amplamente demonstrado ao longo da presente Impugnação. Resta claro, portanto, que inexistente qualquer elemento volitivo no sentido de se beneficiar indevidamente de um tratamento fiscal mais favorável no Brasil.

361. A segunda razão é que, ao tempo dos fatos, não existe **NENHUMA** norma no ordenamento jurídico-tributário que determine a obrigatoriedade de a Requerente identificar o alegado "real investidor direto" ou mesmo qualquer entidade acima dos titulares das Contas 4.373¹⁶.

362. Assim, as partes não podem ter o "intuito doloso" de ocultar o titular efetivo de determinado investimento se a conduta que supostamente se pretendeu esquivar não estava prevista na legislação. A intenção de ocultar os supostos titulares efetivos 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.

(...)

366. A terceira razão que demonstra a inexistência de fraude, conluio ou sonegação no presente caso é que o Requerente não tinha nenhum interesse, direto ou indireto, na suposta situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária.

(...)

368. Vale notar que o Requerente foi remunerado apenas pelos serviços de representação/custódia da Conta 4.373. Tal remuneração seria exatamente a mesma caso a estrutura do grupo GP Investimentos estivesse sujeita à tributação de IRF no Brasil, de modo que o Requerente não auferiu nenhuma vantagem adicional como resultado do tratamento fiscal adotado em relação aos ganhos auferidos pelo INR.

369. Por isso, não existe nenhum interesse do Requerente em gerar uma fraude fiscal com relação às operações realizadas pelo INR. Se não há interesse e benefício para as partes, é evidente que não existe o intuito volitivo de praticar a conduta dolosa.

(...)

372. A quarta razão que afasta toda alegação de fraude, conluio e sonegação é que não existe nenhuma conduta fraudulenta ou dolosa comprovada pela Autoridade Fiscal. O Auto de Infração está fundamentado na equivocada conclusão de que a identificação realizada pelo Requerente de que o Investidor 4373 seria o titular efetivo, conforme constava nos registros do Banco Central e da CVM, estaria equivocada.

(...)

396. Na realidade, quando muito, o presente caso deve ser tratado como um mero conflito entre interpretações dadas pela Autoridade Fiscal e pelo Requerente a um mesmo conjunto fático, de forma que a multa qualificada aplicada pela Autoridade Fiscal deve ser integralmente cancelada, ou, no mínimo, reduzida para 75%, dadas as disposições contidas do artigo 112, incisos I e II do CTN.

(...)

VI.1 O princípio da proporcionalidade e o artigo 142 do CTN

401. Por fim, importa notar que a aplicação de sanções deve sempre seguir o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, conforme o artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei nº 9.784/99, que rege supletivamente o processo administrativo fiscal:

(...)

VII. CONCLUSÃO E PEDIDO

408. De todo o exposto, pode-se concluir que:

(i) esta Impugnação é tempestiva e deve ser integralmente apreciada e acolhida em suas razões de fato e de Direito, que demonstram a total improcedência desta infundada exigência fiscal;

(ii) preliminarmente, foi demonstrado que o presente Auto de Infração é nulo de pleno direito, tendo em vista o erro na identificação do sujeito passivo. Conforme detalhado no **Capítulo IV.1** dessa Impugnação, a D. Fiscalização atribui a responsabilidade tributária ao Requerente com base em dispositivos legais que são claramente inaplicáveis ao caso concreto, o que resulta em evidente erro na indicação do sujeito passivo do presente auto de infração e, consequentemente, a nulidade do lançamento fiscal;

(iii) não bastasse o erro na identificação do sujeito passivo, o presente Auto de Infração também é nulo por conta da imposição equivocada da alíquota de 25% aos ganhos auferidos por investidor em paraíso fiscal nas operações financeiras realizadas no mercado de capitais brasileiro;

(iv) isso porque, caso fosse adotado o equivocado entendimento da D. Fiscalização, o que se faz apenas para os fins de argumentação, de que o real detentor dos ativos brasileiros seria a entidade domiciliada em Bermudas (GP Investments), e não o Investidor 4373, estar-se-ia diante de um cenário em que uma entidade estrangeira – residente e domiciliada em paraíso fiscal – investiria no mercado financeiro e de capitais no Brasil segundo os termos e condições estabelecidos pelo CMN, por meio de uma Conta 4.373, em substituição à sua controlada indireta (Algarve). Neste caso, não há outra conclusão que não a de sujeitar referidos ganhos auferidos em operações em bolsa de valores à tributação à alíquota de 15%, segundo o disposto no artigo 78 da Lei 8.981/95 e nos artigos 57 e 85 da IN 1.585/15;

(v) portanto, não há como a D. Fiscalização se valer do "melhor dos dois

mundos”, com objetivo de agravar indevidamente a presente autuação fiscal. Isso porque: (a) caso se admita que os investimentos financeiros foram feitos em conformidade com a Resolução 4.373, há inafastável erro na alíquota aplicável; e (b) caso se entenda que os investimentos financeiros não foram feitos em conformidade com a Resolução 4.373, há erro na identificação do sujeito passivo.

(vi) por fim, quanto às preliminares acima indicadas, não fosse o bastante, o Auto de Infração ainda estabeleceu o reajustamento da base de cálculo do IRRF, conforme proposto pela D. Fiscalização com base no artigo 725 do RIR/99, o que não poderia ter sido realizado no caso sob análise, uma vez que o Requerente não arcou com o ônus do IRF devido pelos INR;

(vii) portanto, havendo vícios materiais na origem do presente lançamento, não há condições de o Auto de Infração lavrado contra o Requerente subsistir e produzir efeitos, o que representaria grave ofensa ao princípio do devido processo legal. O presente Auto de Infração é, portanto, **NULO** em função dos erros na determinação do sujeito passivo, na aplicação da alíquota e na determinação da base autuada (além da decadência parcial dos valores lançados), **o que configuram vícios materiais insanáveis no curso do processo, conforme entendimento já consolidado pelos tribunais administrativos;**

(viii) além disso, pelas razões de direito acima expostas, foi demonstrado que o Requerente cumpriu todos os requisitos estabelecidos pelas normas emitidas pelo CMN, BACEN e CVM atinentes ao regime jurídico-tributário do investidor estrangeiro, como expressamente reconhecido pela própria CVM, o que por si só impediria qualquer tentativa de desconsideração pela D. Fiscalização da caracterização do Investidor 4373 como o efetivo investidor estrangeiro no caso em questão (note-se que essa conclusão é respaldada pela própria disposição expressa do ADI 5/19, editado pela própria RFB). Somente aqueles órgãos têm o poder de verificar se as operações com aplicações financeiras atendem aos pressupostos legais e possuem validade jurídica;

(ix) nesse sentido, é relevante destacar que é absolutamente ilegal a tentativa da D. Fiscalização de descaracterizar o tratamento fiscal aplicável às operações sob análise, sob a premissa de que o suposto real investidor estrangeiro não teria indicado representante legal no Brasil, nos termos exigidos pelo artigo 79 da Lei nº 8.981/95. Isso porque:

(x) ademais, há razões econômicas, jurídicas e empresariais efetivas para a escolha da jurisdição onde se localiza o Investidor 4373. Considerando que tais entidades são dotadas de personalidade jurídica, representavam uma proteção patrimonial adicional para os investidores, como detalhadamente demonstrado nessa Impugnação;

(xi) *ad argumentandum*, ainda que se admita que o Investidor 4373 possa ser desconsiderado, D. Fiscalização está obrigada a se valer das disposições da IN nº 1.634/16 (reproduzidas atualmente na IN nº 1.863/18) para identificar a real origem dos recursos na figura dos beneficiários finais da estrutura de investimento, e, portanto, não há nenhuma justificativa plausível que embase a alegação que a GP Investments (**sociedade listada em paraíso fiscal**) seria a efetiva titular dos ganhos no Brasil;

(xii) isso porque, a regulamentação fiscal em vigor não admite que as autoridades fiscais desconsiderem, convenientemente, um nível da cadeia de investimento, atribuindo a figura de "real investidor" a algum outro veículo intermediário na estrutura societária (que não se qualifica como "blocker" nos termos da própria regulamentação da RFB). Assim, em caso de tentativa de desconsideração da personalidade jurídica de entidades intermediárias de determinada cadeia de investimentos, é sempre necessário chegar até beneficiário final da cadeia de investimento que poderá ser considerado o investidor para todos os fins;

(xiii) ademais, no presente caso, a D. Fiscalização **NÃO** poderia ter legitimamente interrompido a análise da cadeia de investimentos no nível da GP Investments, haja vista que se trata de sociedade listada em paraíso fiscal (não estando abrangida pelo inciso I do §3º do artigo 8º da IN nº 1.863/18);

(xiv) com efeito, caso tivesse aplicado corretamente a própria regulamentação editada pela RFB, a D. Fiscalização teria concluído que, no caso específico da GP Investments os Srs. Antonio Bonchristiano e Fersen Lambranco, residentes e domiciliados na Suíça e na Inglaterra (com 100% das ações com direito a voto da sociedade), assim como os demais investidores, seriam os reais beneficiários finais da GP Investments;

(xv) portanto, é inafastável o fato de que as entidades que investiam GP Investments e que estariam sujeitas a regime diverso daquele aplicável ao INR possuíam uma participação ínfima nos investimentos realizados no mercado financeiro e de capitais brasileiro. Assim, sob qualquer perspectiva que se analise a questão, é implausível a tentativa fiscal de requalificar o tratamento fiscal aplicável aos correspondentes ganhos para aplicar uma alíquota genérica de 25% de IRF, com base na alegação de que os beneficiários dos investimentos deveriam ser vistos como domiciliados em paraíso fiscal;

(xvi) dessa forma, de qualquer ângulo que se analise a questão, conclui-se que a autuação fiscal é insubsistente e, portanto, os débitos fiscais ora combatidos devem ser prontamente cancelados.

409. Por todo o exposto, amparada na legislação e jurisprudência consolidada sobre o tema, o Requerente tem por comprovada a exatidão de todos os seus procedimentos adotados neste caso e a **total improcedência do Auto de Infração** em discussão, bem como o equívoco cometido pela D. Fiscalização ao interpretar os fatos e o Direito a eles aplicável neste caso.

410. Assim sendo, o Requerente pleiteia o acolhimento integral da presente Impugnação e o imediato **cancelamento integral das exigências consubstanciadas no Auto de Infração em tela** (principal, multas e juros), com o consequente arquivamento do processo administrativo.

411. Caso se entenda que o Auto de Infração é procedente, o que se admite apenas para fins argumentativos, requer-se ao menos sejam reconhecidos:

- (i) os erros incorridos pela D. Fiscalização com relação à (a) determinação da alíquota aplicável ao caso concreto; e (b) apuração da base tributável (indevido reajustamento), de modo que o presente julgamento seja convertido em diligência para que sejam realizados os devidos ajustes no valor da exação fiscal ora perpetrada; e
- (ii) a ausência de fraude, conluio e sonegação por parte do Requerente, de modo a cancelar a multa qualificada (150%) ou, ao menos, reduzi-la para o patamar de 75%.

412. Por fim, o Requerente protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, 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.

Ciente em 13/01/2022 (fls. 1.209), a responsabilizada GP INVESTMENTS interpôs, em 10/02/2022 (fls. 1.391/1.392) (fls. 175), a impugnação de fls. 1.395 e ss, pela qual, em síntese, por suas palavras, disse:

(...)

4. ERRO QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO AUTO - NORMAS FISCAIS APLICÁVEIS A INVESTIMENTOS FINANCEIROS REALIZADOS POR INRs NO BRASIL

4.1. A legislação fiscal brasileira prevê um regime especial de tributação destinado aos INRs, de forma a incentivá-los a aportar recursos nos mercados financeiro e de capitais brasileiros, contemplando uma série de isenções e limites máximos de tributação.

4.2. Esse regime especial é condicionado à observância de certos requisitos, e a legislação é expressa no sentido de que a inobservância de tais requisitos acarreta a tributação do INR segundo as mesmas normas aplicáveis aos residentes no País.

4.3. Assim, ainda que, no caso concreto, a fiscalização pudesse considerar descumpridos os requisitos exigidos para aplicação do regime especial dos INRs (o que ora se admite apenas para fins de argumentação), eventuais diferenças de IR haveriam que ter sido apuradas segundo as normas gerais de tributação aplicáveis aos residentes no País, o que significa dizer, em se tratando de ganhos líquidos em bolsa, que o IR somente poderia ter sido exigido à alíquota fixa de 15%.

ACÓRDÃO 1202-001.669 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 17459.720002/2022-57

DOCUMENTO VALIDADO

4.4. A fiscalização, porém, ignorou os dispositivos específicos aplicáveis sobre a matéria, cometendo irremediáveis erros na apuração do crédito fiscal supostamente devido sobre os investimentos realizados no Brasil por ALGARVE.

4.5. Com efeito, o art. 47 da Lei nº 10.833/03 e o art. 8º da Lei nº 9.779/99, que são invocados pela fiscalização como fundamentos da autuação (e que preveem a incidência do IR à alíquota majorada de 25%), jamais poderiam ser aplicados no contexto de aplicações financeiras realizadas por INRs.

4.6. Por determinação expressa do art. 78 da Lei nº 8.981, de 20.01.1995, os investimentos realizados por INRs nos mercados financeiro e de capitais brasileiros, como regra geral, sujeitam-se às mesmas normas de tributação aplicáveis aos residentes no País:

(...)

4.7. Esse dispositivo legal é reproduzido no art. 85 da IN RFB nº 1.585/15, que consolida as regras de tributação aplicáveis aos investimentos nos mercados financeiro e de capitais brasileiros (já em vigor na época dos fatos e ainda vigente):

(...)

4.8. Isso significa dizer, por decorrência das normas aplicáveis aos residentes no País, que os ganhos auferidos por INRs, em regra, são tributados pelo IR no Brasil à alíquota fixa de 15%, sob uma sistemática de tributação que toma por base o ganho líquido total consolidado apurado pelo investidor em cada mês, levando-se em consideração todas as operações de compra e venda realizadas.

4.9. As normas legais aplicáveis sobre a matéria estão consolidadas nos artigos 56, 57 e 64 da IN RFB nº 1.585/15:

(...)

4.10. Como exceção às regras gerais de tributação descritas acima, e de forma a tornar mais atraente para INRs a realização de investimentos nos mercados financeiros e de capitais brasileiros, o art. 16 da MP nº 2.189-49, de 23.08.2001, combinado com o art. 81 da Lei nº 8.981/95 (e com alguns outros dispositivos legais específicos), preveem um regime especial aplicável àqueles INRs que (i) realizem suas aplicações no Brasil de acordo com as normas e

condições estabelecidas pelo CMN, e (ii) não sejam oriundos de país com tributação favorecida ("paraíso fiscal").

4.11. Tal regime especial prevê a cobrança do IR em bases mais vantajosas do que aquelas aplicáveis aos residentes no Brasil, inclusive isentando os ganhos líquidos auferidos pelos INRs em suas operações de alienação realizadas em bolsa; esse regime especial é reproduzido nos arts. 88, 89, 90 e 99 da IN RFB nº 1.585/15:

4.12. Assim, pelo que se infere da leitura dos dispositivos mencionados, os **ganhos** auferidos por INRs em operações cursadas em bolsas de valores brasileiras estão sujeitos à tributação pelo IR no Brasil nos seguintes termos: **OU** são tributados segundo o **regime geral** aplicável aos residentes no País, à alíquota fixa de **15%** e **sob a sistemática de ganho líquido mensal**; **OU** são tributados segundo **regime especial** condicionado à observância de certos requisitos (i.e. investimentos realizados de acordo com as normas e condições do CMN e não oriundos de paraísos fiscais), que prevê que os ganhos apurados são reputados **isentos da incidência de IR**.

4.13. Ou seja, no caso concreto, a única consequência para a eventual inobservância dos requisitos previstos para aplicação do regime especial de INRs seria a tributação dos ganhos líquidos auferidos por ALGARVE à alíquota fixa de 15%, nos mesmos termos aplicáveis aos residentes no País. Tal imposição tributária não resulta de uma punição ou da atribuição de um tratamento mais gravoso ao residente no exterior, mas apenas da não aplicação de um benefício fiscal que poderia ter sido por ele usufruído, caso atendidos certos requisitos exigidos por lei (os quais foram devidamente atendidos).

4.14. A fiscalização contesta a lógica acima sob a alegação de que a aplicação subsidiária das regras gerais de tributação dos residentes no Brasil a INRs estaria condicionada à prévia nomeação de representante no País, o que alegadamente não teria ocorrido no caso concreto, uma vez que a nomeação da BRADESCO-KIRTON como representante do INR teria sido feita pela ALGARVE (Investidora Direta), ao invés de pela RESPONSABILIZADA (Investidora Indireta); diz o TERMO:

(...)

4.15. O art. 79 da Lei nº 8.981/95, a que a fiscalização se reporta, é do seguinte teor:

(...)

4.16. A simples leitura de tal dispositivo, em conjunto com as demais normas abordadas na presente seção, evidencia o descabimento da tese da fiscalização. A nomeação de um representante no Brasil é uma determinação geral, com implicações práticas, e não uma condição para aplicação subsidiária aos INRs do regime de tributação dos residentes no País.

Nem o art. 79 e muito menos o art. 78 da Lei nº 8.981/95 (transcrito no item 4.6., acima) dão margem para a interpretação adotada pelo AUTO.

4.17. Mas não é essa a grande fragilidade da tese da fiscalização. **A grande e incontornável questão é que, se a fiscalização estiver correta em sua assertiva de que o INR efetivo era a RESPONSABILIZADA (Investidora Indireta) e que esta descumpriu a suposta condição de nomeação de um representante no Brasil, não há fundamento para a presente exigência fiscal.**

4.18. Com efeito, (a) **OU a BRADESCO-KIRTON é reconhecida como a representante tributária da Investidora Indireta (e, portanto, que não houve descumprimento na suposta condição para equiparação do INR aos residentes no Brasil) (b) OU a BRADESCO-KIRTON (e, por consequência, a Investidora Indireta) não podem ser reputadas responsáveis pelo IR supostamente devido pela referida investidora, devendo ser reconhecido erro na definição do sujeito passivo da autuação.**

4.19. Em outras palavras, a BRADESCO-KIRTON não pode ser desconsiderada como representante da Investidora Indireta para fins do art. 79 da Lei nº 8.981/95 e, ao mesmo tempo, ser trazida a responder pelo recolhimento de seus tributos na condição de representante do INR no País.

4.20. Ademais, ainda que as normas gerais de tributação das aplicações financeiras dos residentes no Brasil fossem inaplicáveis ao caso concreto, não há cabimento em se invocar o art. 47 da Lei nº 10.833/03 ou o art. 8º da Lei nº 9.779/99 para se atribuir a pretendida responsabilidade tributária à BRADESCO-KIRTON ou à RESPONSABILIZADA.

(...)

4.23. A lógica de tributação de fonte prevista pelos arts. 26 e 47 da Lei nº 10.833/03 já evidencia a sua inaplicabilidade a operações cursadas no mercado bursátil, uma vez que estas são concluídas por meio de um sistema eletrônico que vincula ordens de compra e de venda sem que as contrapartes tenham qualquer contato direto, impossibilitando que o respectivo adquirente do ativo negociado (vale dizer, a fonte pagadora) possa apurar e recolher o IR devido sobre o ganho auferido pelo alienante.

4.24. Além disso, a fiscalização ignorou o trecho inicial do art. 47 da Lei nº 10.833/03, que, de forma expressa, ressalta que a tributação prevista por tal dispositivo legal não altera ou afeta o disposto no art. 7º da Lei nº 9.959/00 (além do disposto no art. 10 da Lei nº 9.249/95), que trata da seguinte matéria:

(...)

4.25. Ora, a remissão feita ao art. 81 da Lei nº 8.981/95 (que institui o regime especial de tributação dos INRs), com a ressalva de que os residentes em paraísos fiscais sujeitar-se-iam às mesmas regras aplicáveis aos residentes no País, deixa fora de dúvidas que é este o piso, o pior cenário, aplicável aos INRs com aplicações em bolsas brasileiras. Ou seja, ao aprovar a Lei nº 10.833/03, o legislador fez questão de deixar consignado que a sistemática de tributação mais onerosa então adotada jamais alcançaria os ganhos em bolsa auferidos por INRs.

4.26. Em paralelo, dispõe o art. 8º da Lei nº 9.779/99:

(...)

4.27. A simples leitura do mencionado dispositivo já revela a sua inaplicabilidade ao caso concreto. Com efeito, os termos "rendimentos" e "ganhos" possuem significado próprio e não se confundem. Tomando por base um exemplo clássico citado pela doutrina³, que aborda a matéria sob um aspecto naturalístico, "rendimentos" correspondem aos "frutos" oriundos de uma "árvore" que continua a existir sob a propriedade da mesma pessoa, enquanto "ganhos" correspondem a uma mais valia recebida em contrapartida à venda (ou liquidação) da própria "árvore", quantificada após o contraste do preço de venda com o correspondente custo do bem alienado. A lógica do art. 8º, por conseguinte, somente pode ser aplicada a pagamentos de "rendimentos", e não a "ganhos" oriundos de operações de alienação de ações, sobre os quais foi calculado o IR exigido pelo AUTO.

4.28. Tal distinção é efetuada pelas próprias normas aplicáveis a investimentos estrangeiros nos mercados financeiros e de capitais; nesse sentido, destaque-se novamente o disposto no § 2º do art. 81 da Lei nº 8.981/95:

(...)

4.32. Portanto, se, de fato, o INR não tivesse atendido os requisitos previstos para aplicação da isenção sobre seus ganhos em bolsa (o que somente se admite para fins de argumentação), a consequência seria a incidência do IR nos mesmos e exatos termos aplicáveis aos residentes no Brasil, o que resultaria em exigência fiscal em montante absolutamente distinto. Não se trata apenas da aplicação de uma alíquota equivocada, mas da inaceitável desconsideração de todo um regime próprio de tributação de resultados oriundos de aplicações financeiras.

(...)

5. **ERRO NA DEFINIÇÃO DO SUJEITO PASSIVO DO CRÉDITO FISCAL EM DISCUSSÃO - INAPLICABILIDADE DO § 3º DO ART. 16 DA MP Nº 2.189-49/01 PARA FINS DE ATRIBUIÇÃO DA CONDIÇÃO DE SUJEITO PASSIVO PRINCIPAL À BRADESCO-KIRTON, TENDO SIDO O AUTO LAVRADO COM FUNDAMENTO NO ART. 47 DA LEI Nº 10.833/03 E NO ART. 8º DA LEI Nº 9.779/99**

(...)

5.4. Nesse passo, é importante reiterar que a condição de sujeito passivo da obrigação tributária há de decorrer necessariamente de dispositivo de lei, conforme determinado pelo art. 121 do CTN:

(...)

5.5. Logo, a validade da exigência fiscal dependeria de previsão expressa autorizando a responsabilização da BRADESCO-KIRTON e da RESPONSABILIZADA.

5.6. No cenário de apuração do IR segundo as normas gerais de apuração de ganhos de capital ou rendimentos de não residentes, o imposto somente pode ser exigido da fonte pagadora do respectivo ganho/rendimento, nunca do representante do INR no Brasil, que não é fonte.

5.7. A matéria é atualmente regulamentada pelos arts. 20 e seguintes da IN RFB nº 1.455, de 06.03.2014, no que se refere aos ganhos fora de bolsa, e pelo art. 100 da IN RFB nº 1.585/15, no que se refere aos rendimentos de aplicações financeiras, nos seguintes termos:

(...)

5.8. A fiscalização ainda alega que o Inciso I do § 3º do art. 16 da MP nº 2.189-49/01 teria sido violado, insinuando que o mesmo daria base para a exigência do crédito tributário contra a BRADESCO-KIRTON; a simples leitura do referido dispositivo da MP nº 2.189-49/01 já afasta essa conclusão:

(...)

5.9. Ora, o § 3º do art. 16 da MP nº 2.189-49/01 trata de um regime de tributação inteiramente distinto daqueles contemplados pelo art. 47 da Lei nº 10.833/03 e pelo art. 8º da Lei nº 9.779/99, não sendo cabível a combinação ou comunicação entre os dispositivos (IR recolhido pelo representante do contribuinte sob a sistemática de ganho líquido mensal x IR recolhido sob a sistemática de fonte). Tanto é assim que o referido § 3º é iniciado com expressa remissão ao seu parágrafo precedente (§ 2º), o que naturalmente tem a finalidade de delimitar o seu alcance às operações contempladas neste outro parágrafo.

5.10. Assim, somente no cenário de apuração do IR sob a sistemática de ganhos líquidos mensais existe previsão legal para exigência do recolhimento do imposto pelo representante legal do INR no País. No cenário de apuração do IR segundo as normas gerais de apuração de ganhos de capital e rendimentos de residentes em paraísos fiscais, adotado pelo AUTO, o imposto somente pode ser exigido da fonte pagadora do respectivo ganho ou rendimento, nunca do representante do INR no Brasil, que não é fonte, mas mero intermediário financeiro.

(...)

6. ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO - INAPLICABILIDADE DO PROCEDIMENTO DE "GROSS UP" ADOPTADO PELA FISCALIZAÇÃO

6.1. No pressuposto de que o IR alegadamente devido não teria sido retido e recolhido oportunamente pela BRADESCO-KIRTON, a fiscalização promoveu um reajuste de sua base de cálculo (*gross-up*), elevando a tributação imposta à BRADESCO-KIRTON a uma carga efetiva de aproximadamente 33%, por aplicação do art. 5º da Lei nº 4.154, de 1962, reproduzido no art. 725 do Decreto nº 3.000, de 26.03.1999 (Regulamento de Imposto de Renda – RIR em vigor à época dos fatos), que é do seguinte teor:

(...)

6.2. Pela análise de tal dispositivo, percebe-se que o mesmo (i) não é aplicável a "ganhos", somente a pagamentos de "rendimentos" (termo que não se confunde com "ganhos" e muito menos com o conceito mais lato de "renda", como sugerido pela fiscalização), e que (ii) jamais poderia ser aplicado contra o representante de INRs, somente contra as respectivas "fontes pagadoras" dos "rendimentos".

(...)

7. NORMAS REGULAMENTARES APLICÁVEIS A INVESTIMENTOS REALIZADOS POR INRs NOS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS BRASILEIROS - COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO BACEN E DA CVM PARA FINS DE REGISTRO DOS INRs - IMPOSSIBILIDADE DA RECEITA FEDERAL QUESTIONAR REGISTROS APROVADOS POR OUTROS ÓRGÃOS PÚBLICOS

7.1. Para tentar aplicar o art. 47 da Lei nº 10.833/03 e o art. 8º da Lei nº 9.779/99 ao caso concreto, a fiscalização se investiu no papel atribuído por lei ao CMN e à CVM para declarar inválidos os registros de INR efetuados em nome da Investidora Direta (ALGARVE), sob o argumento de que o efetivo titular dos ativos negociados seria a Investidora Indireta (a RESPONSABILIZADA), e que, por conseguinte, os registros efetuados em nome daquela não poderiam ser aproveitados por esta última.

7.2. Ocorre que as normas do CMN e da CVM aplicáveis para fins de registro de investimentos estrangeiros nos mercados financeiro e de capitais brasileiros têm por foco o titular direto dos investimentos realizados, e não levam em consideração a sua estrutura operacional ou local de residência de seus investidores indiretos. Há, inclusive, manifestações expressas de tais órgãos nesse sentido.

7.3. No período em discussão, no que se refere primeiramente ao CMN, a matéria era regulada por sua Resolução nº 4.373/14 (ainda em vigor):⁴

(...)

7.4. Em complemento à Resolução CMN nº 4.373/14, dispunha a Instrução CVM nº 560, de 27.03.2015 (recentemente revogada e substituída pela Resolução CVM nº 13, de 18.11.2020, sem alterações relevantes para a presente análise), cuja observância era necessária para fins de registro do INR perante tal autarquia, conforme exigido pelo normativo do CMN anteriormente mencionado:⁵

(...)

L, já que não é passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.

7.5. Como se vê, para fins do CMN e da CVM, considera-se investidor não residente as pessoas físicas ou jurídicas, fundos ou outras entidades de investimento coletivo, com residência, sede ou domicílio no exterior.

7.6. Não há nas referidas normas nenhuma ressalva ou consideração quanto à estrutura operacional das entidades estrangeiras ou quanto à residência de seus sócios ou beneficiários finais, recaindo o foco do registro a ser efetuado apenas sobre a entidade titular direta dos investimentos realizados.

(...)

7.11. Nesse contexto, a eventual tentativa de registro da Investidora Indireta (RESPONSABILIZADA) como titular dos ativos negociados em bolsa, no lugar da Investidora Direta (ALGARVE), como sugerido pela fiscalização, estaria, aí sim, em desacordo com as normas regulamentares do CMN e CVM.

7.12. Portanto, deve-se reconhecer que os registros efetuados pela Investidora Direta perante o CMN e a CVM estavam corretos e que esta realizou seus investimentos no Brasil de acordo com as normas e condições regulamentares a elas aplicáveis.

(...)

8. EXISTÊNCIA E VALIDADE DE ALGARVE - IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DA QUALIDADE DE INVESTIDOR EFETIVO À INVESTIDORA INDIRETA - INOCORRÊNCIA DE DOLO, FRAUDE, SONEGAÇÃO, CONCLUSÃO OU SIMULAÇÃO

(...)

8.3. Ademais, a BRADESCO-KIRTON e a RESPONSABILIZADA jamais tentaram esconder o fato de que ALGARVE (Investidora Direta) tinha em sua cadeia societária sociedades organizadas em Bermudas. Com efeito, os investimentos da Investidora Direta no Brasil foram efetuados com observância de todas as normas legais e regulamentares aplicáveis, tendo sido devidamente registrados no BACEN e na CVM, e a cadeia societária de ALGARVE foi revelada durante o procedimento de fiscalização e constou do próprio TERMO.

8.4. Assim, a fiscalização não poderia ter ignorado a existência da Investidora Direta, que era pessoa jurídica válida, com existência e autonomia jurídica reconhecidas por suas leis de regência.

(...)

8.6. Em relação à escolha do estado de Delaware para estabelecimento da residência de ALGARVE, convém destacar a segurança jurídica que tal medida proporciona.

8.7. Tal aspecto já foi reconhecido pelo próprio Governo Federal, que fez questão de registrar seu apreço à referida localidade no item 11, inciso VIII, da Exposição de Motivos nº 00083/2019 ME AGU MJSP, que acompanhou a recente Medida Provisória nº 881, de 30.04.2019:

"Inciso VIII – Garante que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, aplicando-se as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado. Mais de 60% das 500 maiores empresas do mundo estão registradas especificamente no Estado de Delaware, EUA. Isso se dá em razão de aquela jurisdição constituir um dos melhores ambientes para o desenvolvimento e preservação do direito empresarial. (...)." (Grifos da RESPONSABILIZADA)

(...)

8.10. Logo, ao efetuar seus investimentos a partir do estado americano de Delaware, a Investidora Indireta nada mais fez do que adotar a estrutura de investimentos mais comumente utilizada pelas grandes empresas do mundo e, em particular, por INRs dispostos a investir nos mercados financeiro e de capitais brasileiros, passando a submeter eventuais discussões sobre o investimento realizado aos tribunais americanos. Tal estrutura de investimentos era conhecida e jamais foi questionada pela CVM ou pelo BACEN, a quem, como já exaustivamente exposto na Seção 7., acima, competia privativamente a realização dos registros dos investidores estrangeiros.

8.11. Nesse contexto, uma vez atestada a existência e a validade de ALGARVE, não pode o Fisco brasileiro desconsiderar sua personalidade jurídica, por força do disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que estabelece:

(...)

8.18. Na remota hipótese de ALGARVE não ser reconhecida como a efetiva titular dos ativos brasileiros investidos (o que se admite apenas para fins de argumentação), jamais poderia tal qualidade ser atribuída à Investidora Indireta/RESPONSABILIZADA.

8.19. Como se pode inferir pelo fato de a RESPONSABILIZADA ser sociedade residente em Bermudas, tal entidade era uma holding de investimentos, com controladores residentes em jurisdições não qualificadas em paraísos fiscais, que reunia e redirecionava seus recursos, decorrente de aportes de seus investidores, para aquisição de ativos localizados nas mais diversas jurisdições, incluindo Brasil.

8.20. Ou seja, os recursos aportados nos ativos financeiros brasileiros naturalmente não advieram de Bermudas, mas de uma série de outras jurisdições, tendo transitado pela referida jurisdição por curto período de tempo. De fato, ressalvadas algumas raras exceções, não aplicáveis ao caso concreto, nenhum investimento efetivamente se origina de Bermudas; nada começa ou termina em tal jurisdição, que é aceita e comumente utilizada por investidores de todo o mundo.

8.21. Como consequência, a análise fiscal teria que ter migrado para as entidades localizadas em níveis acima da Investidora Indireta/RESPONSABILIZADA, até alcançarem os beneficiários finais das estruturas adotadas, ou seja, os efetivos beneficiários dos ganhos e rendimentos questionados pela fiscalização.

8.22. Chega a ser curiosa a tentativa da fiscalização de interromper sua análise e eleger como investidores efetivos dos ativos em discussão sociedades residentes em um paraíso fiscal. Geralmente o esforço da fiscalização de IR é justamente no sentido contrário, qual seja, negar qualquer substância a veículos situados em paraísos fiscais.

(...)

8.24. Mas, ainda que existisse alguma margem para se afastar o referido regime especial de tributação e se redirecionar a análise fiscal para a Investidora Indireta/RESPONSABILIZADA, (o que se admite apenas para fins de argumentação), jamais poderia a fiscalização ter fundamentado sua autuação em alegações de dolo, fraude, sonegação, conluio ou simulação.

8.25. A realização dos investimentos em discussão por meio de sociedade sediada em Delaware, EUA (a Investidora Direta), foi levada adiante em conformidade com todas as normas legais e regulatórias vigentes, transcritas nas seções 2 e 3, acima, que não contêm nenhuma ressalva quanto à substância econômica do INR ou sua estrutura de controle. De fato, a Investidora Direta e a RESPONSABILIZADA não deixaram de observar ou se esquivaram de atender qualquer exigência legal ou regulamentar aplicável para fins da realização de investimentos estrangeiros no País.

(...)

8.29. Quando muito (e apenas para fins de argumentação), o que poderia ter ocorrido seria uma divergência de opinião (entre a RESPONSABILIZADA/BRADESCO-KIRTON e o Fisco) quanto ao alcance das normas legais e regulamentares em discussão; mas, em nenhuma circunstância, é admissível que se alegue que a RESPONSABILIZADA e/ou BRADESCO-KIRTON buscaram se aproveitar de um tratamento fiscal que sabiam ou deveriam saber que seria inaplicável. Se, por um lado, os beneficiários finais da Investidora Indireta poderiam ter efetuado seus investimentos financeiros no Brasil por meio da Investidora Indireta, por outro, era também perfeitamente válida a realização de tais investimentos por meio da Investidora Direta.

8.30. O fato de a estrutura em questão ser fiscalmente eficiente não afeta a sua validade, uma vez implementada dentro dos limites legais e regulatórios estabelecidos pelas leis brasileiras e estrangeiras. Passemos, então, aos dispositivos legais específicos que configuram a ocorrência de dolo, fraude, sonegação, conluio ou simulação, para evidenciar sua inaplicabilidade ao caso concreto.

(...)

8.38. No caso concreto, não há nenhuma tentativa de se enganar ou ludibriar o fisco. Ainda que a fiscalização, para fins fiscais, queira desconsiderar a existência da Investidora Direta, não há base legal para se desconsiderá-las para fins legais, societários ou regulatórios. As hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica de sociedades validamente constituídas são restritas, inaplicáveis ao presente caso. Com efeito, não se atribuiu ganhos e rendimentos a sociedades falsas, que não existiam ou faziam jus a tais resultados. Atribuiu-se resultados aquelas que eram, juridicamente, as titulares dos investimentos realizados, que foram devidamente declarados para todas as autoridades competentes.

(...)

8.49. Em suma, a mera intenção do sujeito passivo de obter economia tributária, ainda que fosse a única motivação das estruturas ora em discussão (o que não é o caso, e novamente se admite apenas para fins de argumentação), não caracteriza "dolo", "fraude", "simulação" (ou mesmo "dissimulação") capaz de justificar a aplicação da multa qualificada. O equívoco deste entendimento é bem demonstrado, mais uma vez, por MARCO AURÉLIO GRECO ("Planejamento Tributário", Dialética, São Paulo, 2004):

(...)

9. DA IMPROCEDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA ATRIBUÍDA À RESPONSABILIZADA

(...)

9.10. Assim, ainda que busque dar uma interpretação mais elástica do que aquela já consagrada pela doutrina e pela jurisprudência à expressão "interesse comum" constante do Inciso I do art. 124 do CTN, o PN nº 04/18 reconhece que essa expressão não se confunde com o mero interesse econômico, que não é apto a autorizar a responsabilização solidária. O próprio PN nº 04/18 reconhece que a responsabilização somente pode ocorrer nos casos em que a pessoa responsabilizada tenha vínculo com o ato ilícito e com o contribuinte ou responsável por substituição, e desde que seja comprovado o nexo causal da participação consciente da pessoa responsabilizada na configuração do ato ilícito.

9.11. Ora, como demonstrado ao longo da Seção 8., supra, ainda que se admita, por absurdo, que o regime especial de tributação dos INRs não seria aplicável aos ganhos auferidos por ALGARVE, não resta caracterizada, no presente caso, a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, conforme definidos pelos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, ou seja, sequer há no presente caso a caracterização do ato ilícito apto a autorizar a responsabilização solidária nos termos do próprio PN nº 04/18.

9.12. Com efeito, conforme já demonstrado, ALGARVE prestou à BRADESCO-KIRTON toda a informação exigida pelas normas legais e pelas normas regulatórias baixadas pelas autoridades competentes (BACEN e CVM), de forma a permitir a identificação de sua estrutura de investimentos; a BRADESCO-KIRTON, por seu turno, apresentou essa informação à fiscalização, que tinha, então, conhecimento da estrutura e inclusive a descreveu no TERMO. Logo, não há no presente caso nenhuma intenção dolosa de ocultar ou esconder fatos das autoridades fiscais.

9.13. Ademais, a interpretação já consagrada por doutrina e jurisprudência a respeito do alcance do inciso I do art. 124 do CTN orienta-se no sentido de que o "interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal" somente pode surgir entre pessoas que estejam diretamente vinculadas à referida situação, por terem se tornado sujeitos passivos em razão de sua materialização.

9.14. Ou seja, a solidariedade decorre do fato de uma mesma situação ter acarretado para mais de uma pessoa, originariamente, responsabilidade tributária em relação ao mesmo tributo. Em outras palavras, são responsáveis solidários com base no art. 124, inciso I, do CTN, aqueles que tenham ocupado o mesmo polo de uma materialidade tributária, e não aqueles que tenham meros interesses econômicos indiretos na sua realização ou cujas decisões favorecerem a criação da referida materialidade.

(...)

9.18. Nesse cenário, ante todo o exposto acima, ainda que, por absurdo, o AUTO não seja integralmente cancelado, o que se admite apenas para argumentar, deve, ao menos, ser cancelada a responsabilidade solidária atribuída à RESPONSABILIZADA, uma vez que:

(a) conforme demonstrado na Seção 8., supra, não restou caracterizada no presente caso a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, de forma que não há ato ilícito apto a autorizar a caracterização da responsabilidade solidária, conforme interpretação do próprio PN nº 04/18;

(b) a interpretação da expressão "interesse comum" constante do art. 124, I, do CTN requer que esse interesse seja jurídico, que coloque a RESPONSABILIZADA solidariamente no mesmo polo da relação jurídica que deu origem ao fato tributado, o que não se verifica no presente caso;

10. RESUMO DAS CONCLUSÕES E PEDIDO

10.1. Conforme evidenciado nas seções precedentes, a cobrança de IRF efetuada pelo AUTO é inteiramente descabida, na medida em que:

(i) a Investidora Direta era sociedade regularmente constituída nos EUA, com sua existência e autonomia jurídica reconhecida por suas leis de regência, tendo investido recursos nos mercados financeiro e de capitais brasileiros em conformidade com todas as normas legais e infralegais aplicáveis, razão pela qual fazia jus ao regime especial de tributação dos INRs, e, mais especificamente, à isenção concedida pelo art. 16 da MP nº 2.189-49/01, combinado com o art. 81 da Lei nº 8.981/95;

(ii) a referida entidade, portanto, jamais poderia ter sido desconsiderada pelo Fisco brasileiro, muito menos a Investidora Indireta (residente em Bermudas) poderia ter sido tratada como a efetiva investidora;

(iii) após o advento do ADI nº 5/19, apenas pode ser admitida a desconsideração de titulares diretos de investimentos estrangeiros nos casos de dolo, fraude ou simulação, mas não há fundamento para se reputar a ocorrência de qualquer dessas condutas no caso concreto, uma vez que os investimentos em discussão foram efetuados em estrita observância às normas aplicáveis e nunca se escondeu a cadeia societária do INR, que apenas se estruturou de forma eficiente, como todo o mercado financeiro estava estruturado;

(iv) ademais, ainda que não fosse aplicável ao caso concreto o regime especial de tributação dos INRs, os ganhos auferidos pelo investidor estrangeiro jamais poderiam ter sido submetidos à incidência do IR à alíquota de 25%, com base no art. 47 da Lei nº 10.833/03 e o art. 8º da Lei nº 9.779/99, na medida em que o art. 78 da Lei nº 8.981/95 e o art. 16 da MP nº 2.189-49/01 são expressos no sentido de que a única consequência para a eventual inobservância dos requisitos previstos para aplicação do regime especial de tributação seria a tributação dos INRs à alíquota fixa de 15%, nos mesmos termos aplicáveis aos residentes no País;

(v) a tentativa da fiscalização de exigir o IR com base no art. 47 da Lei nº 10.833/03 e no art. 8º da Lei nº 9.779/99 configura um vício material da autuação, um erro insanável, que fulmina a validade do AUTO, conforme reconhecido em diversos precedentes análogos pela jurisprudência do CARF e da CSRF;

(vi) o art. 47 da Lei nº 10.833/03 e o art. 8º da Lei nº 9.779/99 preveem a incidência do IR sob a sistemática de fonte, não podendo alcançar a BRADESCO-KIRTON e muito menos a RESPONSABILIZADA, que nunca figuraram na posição contratual de "fonte", sendo as fontes pagadoras dos ganhos e rendimentos auferidos pelos INRs as diversas contrapartes de suas operações financeiras; nesse particular, cabe enfatizar que, conforme definido pelos arts. 121 e 128 do CTN, a condição de sujeito passivo da obrigação principal somente pode ser atribuída a terceiro quando prevista por dispositivo expresso de lei, que não existia no caso concreto, para alcançar a BRADESCO-KIRTON ou a RESPONSABILIZADA.

10.2. Nesse cenário, requer a RESPONSABILIZADA o cancelamento integral do AUTO, com o consequente cancelamento da responsabilidade solidária.

10.3. Caso, por absurdo, o AUTO não seja integralmente cancelado, requer a RESPONSABILIZADA, subsidiariamente: (a) que o IR seja julgado devido nos mesmos termos aplicáveis aos residentes no País, à alíquota de 15%; e (b) que seja considerada indevida a realização de "gross up" pretendida pela fiscalização.

10.4. Adicionalmente, ainda que o AUTO seja considerado procedente, o que se admite novamente apenas para fins de argumentação, não resta caracterizada no presente caso as figuras de fraude, conluio ou sonegação, de forma que, ainda nessa hipótese, deve ser cancelada a exigência de multa qualificada.

10.5. E, mesmo que superados todos os pontos acima, continuará a ser descabida a atribuição de responsabilidade solidária à RESPONSABILIZADA, já que:

(i) não há no presente caso a figura de fraude, conluio ou sonegação; e

(ii) não restou demonstrada a caracterização de "interesse comum" da RESPONSABILIZADA com o fato gerador da obrigação tributária, conforme requerido pelo art. 124, I, do CTN, utilizado como fundamento legal pelo AUTO.

Com supressões decorrentes da necessária síntese dos fatos, é o relatório.

A DRJ07/RJ julgou negou provimento a manifestação de inconformidade, conforme acórdão de ementa abaixo transcrita:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Data do fato gerador: 20/09/2017

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. EFEITOS.

Os julgados administrativos e judiciais mesmo que proferidos pelos órgãos colegiados e ainda que consignados em súmula, mas sem um dispositivo normativo que lhes atribua eficácia vinculante, não constituem normas complementares de direito tributário.

DOCTRINA. EFEITOS.

Mesmo a mais respeitável doutrina, ainda que dos mais consagrados tributaristas, não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade.

PROVA. JUNTADA POSTERIOR. PRECLUSÃO.

Em regra, a prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, por referir-se a fato ou a direito superveniente, ou por destinar-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

PERÍCIA. DILIGÊNCIA. DESNECESSIDADE.

A realização de diligências e perícias tem por finalidade a elucidação de questões que suscitem dúvidas para o julgamento da lide. Assim, pressupõem a necessidade de se conhecer determinada matéria, bem como dirimir dúvidas que o exame dos autos não seja suficiente para esclarecer. São, por conseguinte, providências desnecessárias quando o feito contém todos os elementos suficientes para seu prosseguimento, inexistindo qualquer dúvida que dependa de novas aferições de dados factuais.

DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Quando não houver declaração do débito ou o seu pagamento, bem assim quando houver dolo no cometimento da infração tributária, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Não padece de nulidade o lançamento efetuado por autoridade competente, contra o qual o sujeito passivo pode exercer o contraditório e a ampla defesa, e em que constam os requisitos exigidos nas normas pertinentes ao processo administrativo fiscal.

MERCADO BURSÁTIL. INVESTIDOR ESTRANGEIRO. REPRESENTAÇÃO. OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS. RESPONSÁVEL. RETENÇÃO NA FONTE.

O investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários somente poderá ser realizado no país por intermédio de representante legal, previamente designado dentre as instituições autorizadas pelo Poder Executivo a prestar tal serviço, e que será responsável pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado, inclusive pela retenção e recolhimento do Imposto de Renda na fonte sobre aplicações financeiras, se a legislação pertinente não atribuir tal responsabilidade a terceiro.

REAL INVESTIDOR. IDENTIFICAÇÃO. ISENÇÃO. SOCIEDADE INTERPOSTA. AFASTAMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INOCORRÊNCIA.

A identificação do real investidor é condição inafastável para a análise do cabimento ou não da isenção do IRRF para investidores estrangeiros no mercado de renda variável. Eventual afastamento, pela autoridade fiscal, de investidor considerado interposto não equivale à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade afastada.

INVESTIDOR ESTRANGEIRO. HABILITAÇÃO. REPRESENTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS. GANHO DE CAPITAL. RENDA VARIÁVEL. ALÍQUOTA.

Cabe a incidência de Imposto de Renda Retido na Fonte à alíquota de 25% sobre os ganhos de capital decorrentes de aplicação em renda variável de investidores residentes ou domiciliados em paraíso fiscal, nos casos em que o investimento ocorra em desacordo com as normas emitidas pelo Conselho Monetário Nacional.

TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA. RETENÇÃO NA FONTE. REAJUSTAMENTO DA BASE DE CÁLCULO.

Tratando-se de incidência na fonte em caráter definitivo, em que a fonte está obrigada a descontar e recolher o tributo na condição de responsável, a importância paga considerar-se-á líquida para efeito de incidência do Imposto devido. Nessa hipótese, havendo obrigação não cumprida de a fonte reter e recolher o IR, caberá o reajustamento da base de cálculo, eis que, para todos os efeitos legais, considera-se assumido o ônus do tributo devido.

Ciente do acórdão recorrido, e com ele inconformado, a recorrente principal apresentou Recurso Voluntário (e-fl. 1714/1811) e a GP Investment LTDA também interpôs Recurso Voluntário (1924/1984) pugnando pelo seu provimento.

É o relatório

VOTO VENCIDO

Conselheiro Fellipe Honório Rodrigues da Costa, Relator.

ADMISSIBILIDADE

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário.

Demais disso, observo que o recurso é tempestivo, atende os demais requisitos, portanto dele conheço.

DO ESCOPO DA LIDE

Conforme dispõe a decisão recorrida, *“a autoridade fiscal considerou ser o caso de falta de recolhimento de imposto de renda na fonte sobre rendimentos de operações em bolsa de valores. O beneficiário da renda seria investidor não residente no país (INR), porém com emprego de interposta pessoa”* (cf. Decisão Recorrida).

O lançamento tributário foi formulado em face da instituição financeira considerada pela autoridade lançadora como representante tributária, a Bradesco Kirton, domiciliada no Brasil. Solidariamente, foi responsabilizada a GP Investments, com domicílio em paraíso fiscal (artigo 24 da Lei nº 9.430/96 c/c art. 8º da Lei nº 9.779/99 c/c artigo 1º, XI, da IN RFB nº 1.037/10), considerada pela autoridade fiscal como real investidora.

Diz-se que a GP Investments seria a real investidora porque a autoridade fiscal considerou que, para fazer jus ao benefício fiscal de isenção de imposto de renda relativamente a rendimentos auferidos em bolsa de valores no Brasil – que é inaplicável a investidores domiciliados em paraíso fiscal - a GP Investments teria investido seu capital por intermédio da ALGARVE, sediada no exterior, mas em localidade não considerada paraíso fiscal.

“No Brasil, a GP INVESTMENTS contou com a BRADESCO KIRTON como instituição financeira nacional designada representante tributário da ALGARVE. De tal modo, apenas formalmente, a real investidora estaria atendendo ao comando do artigo 79 da Lei nº 8.981/95 e, também, do artigo 16, § 3º, I, da MP nº 2.189-49/01” (cf. Decisão Recorrida).

Portanto, em suma, **a BRADESCO KIRTON foi incluída como responsável tributária porque teria representado no Brasil a GP INVESTMENTS.**

Nesse sentido, convém esclarecer que este relator participou de julgamento em matéria idêntica quando da análise do Processo nº 16561.720135/2018-15, Acórdão nº 1302-006.334 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, na sessão de 18 de novembro de 2022 cujo recorrente era a BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A., cujo relator foi o Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo em que fora acolhida por maioria de votos a preliminar de nulidade por equívoco da autoridade fiscal quanto à legislação aplicável, base de cálculo dos tributos e alíquota incidente sobre esta, o que restou configurado na oportunidade, a nulidade por vício material do lançamento e, por consequência, foi dado provimento ao Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo principal, cancelando integralmente o lançamento de ofício.

Destaca-se ainda, que antes de adentrar no mérito da demanda referente ao processo supramencionado, o relator ponderou a respeito da tributação sobre

ganhos/rendimentos de investidores residentes no exterior, entendo importante transcrever o excerto com intuito de dar a Turma uma melhor compreensão sobre a matéria, *in verbis*:

(...) 2 TRIBUTAÇÃO SOBRE GANHOS/RENDIMENTOS DE INVESTIDORES RESIDENTES NO EXTERIOR

Antes de adentrar à análise das alegações contidas nos Recursos Voluntários ora sob exame, considero necessário se apresentar uma breve síntese acerca do quadro normativo relacionado à tributação pelo imposto de renda dos investimentos realizados no Brasil por investidores residentes no exterior (IRE).

Por meio da Lei nº 4.131, de 1962, disciplinou-se o tratamento a ser conferido aos chamados investimentos diretos realizados por “pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior”, assim entendidos os realizados por meio de “bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas” (destacou-se).

Apenas por meio de normas posteriormente emitidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), com amparo na competência que lhe foi conferida no art. 4º da Lei nº 4.595, de 1964, o escopo de aplicação dos investimentos dos residentes e domiciliados no exterior foi, explícita e gradualmente, estendido para o mercado financeiro e de capitais, de modo que o tratamento tributário incidente sobre tal modalidade de investimentos passou a ser a resultante da interação de normas cambiais e fiscais.

1 Ao tempo dos fatos geradores tratados no presente processo, portanto, os investimentos efetuados pelos IRE nos mercados financeiros e de capitais eram regulados pela Resolução CMN nº 2.689, de 2000, na qual se prescrevia, dentre outras, as seguintes formalidades:

Art. 3º Previamente ao início de suas operações, o investidor não residente deve:

I - constituir um ou mais representantes no País;

II - preencher formulário, cujo modelo constitui o Anexo a esta Resolução;

III - obter registro junto à Comissão de Valores Mobiliários.

Parágrafo 1º O representante de que trata o inciso I deste artigo não se confunde, necessariamente, com aquele exigido pela legislação tributária.

Parágrafo 2º Quando o representante de que trata o inciso I deste artigo for pessoa física ou jurídica não financeira, o investidor deve nomear instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil, que será co-responsável pelo cumprimento das obrigações de que trata o art. 5º.

[...]

Art. 6º Os ativos financeiros e os valores mobiliários negociados, bem como as demais modalidades de operações financeiras realizadas por investidor não residente decorrentes das aplicações de que trata esta Resolução devem, de acordo com sua natureza:

I - ser registrados, custodiados ou mantidos em conta de depósito em instituição ou entidade autorizada à prestação desses serviços pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários; ou

II - estar devidamente registrados em sistemas de registro, liquidação e custódia reconhecidos pelo Banco Central do Brasil ou autorizados pela Comissão de Valores Mobiliários, em suas respectivas esferas de competência.

Parágrafo único. As operações de investidor não residente em mercados de derivativos ou demais mercados de liquidação futura somente podem ser realizadas ou registradas em bolsas de valores, bolsas de mercadorias e de futuros, mercado de balcão organizado por entidade autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários, ou registradas em sistemas de registro, liquidação e custódia referidos no inciso II deste artigo.

No âmbito tributário, como regra geral, foram aplicadas aos IRE as mesmas normas previstas para a tributação das operações financeiras realizadas pelos residentes ou domiciliados no país, conforme prescrição contida no art. 78 da Lei nº 8.981, de 1995:

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

I - rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa;

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

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

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

No citado diploma legal, contudo, criou-se regime especial de tributação aplicável a determinadas naturezas de investidores. In verbis:

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

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

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

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

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

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

a) rendimentos: quaisquer valores que constituam remuneração de capital aplicado, inclusive aquela produzida por títulos de renda variável, tais como juros, prêmios, comissões, ágio, deságio e participações nos lucros, bem como os resultados positivos auferidos em aplicações nos fundos e clubes de investimento de que trata o art. 73;(Vide Lei nº 12.431, de 2011)

b) ganhos de capital, os resultados positivos auferidos:

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

b.2) nas operações com ouro, ativo financeiro, fora de bolsa;

§ 3º A base de cálculo do Imposto de Renda sobre os rendimentos auferidos pelas entidades de que trata este artigo será apurada:

a) de acordo com os critérios previstos nos arts. 65 a 67 no caso de aplicações de renda fixa;

b) de acordo com o tratamento previsto no § 3º do art. 65 no caso de rendimentos periódicos;

c) pelo valor do respectivo rendimento ou resultado positivo, nos demais casos.

§ 4º Na apuração do imposto de que trata este artigo serão indedutíveis os prejuízos apurados em operações de renda fixa e de renda variável.

§ 5º O disposto neste artigo alcança, exclusivamente, as entidades que atenderem às normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, não se aplicando, entretanto, aos fundos em condomínio referidos no art. 80.

Observe-se que, de acordo com o regime especial em questão, os ganhos de capital consistentes nos resultados positivos auferidos em bolsas de valores ficam excluídos da tributação pelo imposto de renda, quando distribuídos. E, ainda, que

o regime especial somente é aplicável às entidades que atenderem às normas e condições estabelecidas pelo CMN.

Com a edição da Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001, houve a ampliação dos beneficiários pelo regime especial estabelecido na norma acima transcrita para todos os IRE.

Veja-se:

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

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

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

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

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

II - no caso de ações adquiridas até 31 de dezembro de 1999, para fins de apuração da base de cálculo do imposto de renda, o custo de aquisição, quando não for conhecido, será determinado pelo preço médio ponderado da ação, apurado nas negociações ocorridas, na bolsa de valores com maior volume de operações com a ação, no mês de dezembro de 1999 ou, caso não tenha havido negócios naquele mês, no mês anterior mais próximo.

§4º A Secretaria da Receita Federal poderá baixar normas para o controle das operações realizadas pelos investidores estrangeiros.

Mais uma vez, cabe a observação em relação às restrições impostas pela legislação. Ficam excluídas do regime especial as operações realizadas em desacordo com as normas e condições estabelecidas pelo CMN, bem como os investimentos oriundos de “país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota inferior a vinte por cento, o qual se sujeitará às mesmas regras estabelecidas para os residentes e domiciliados no País”. Para estes últimos,

valem as mesmas regras de tributação estabelecidas para os residentes e domiciliados no Brasil, à época dos fatos geradores sob exame, consolidadas na Instrução Normativa RFB nº 1.022, de 2010.

Para os ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, as regras estavam estabelecidas nos arts. 45 a 53 da citada Instrução Normativa, dos quais se transcrevem os trechos relevantes à análise dos Recursos Voluntários:

Seção II

Das Operações em Bolsa de Valores, de Mercadorias, de Futuros e Assemelhadas e Operações de Liquidação Futura Fora de Bolsa

Art. 45. Esta Seção dispõe sobre a incidência do imposto sobre a renda sobre os ganhos líquidos auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, em operações realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, existentes no País.

§ 1º O disposto nesta Seção aplica-se, também, aos ganhos líquidos auferidos:

I - por qualquer beneficiário:

- a) na alienação de Brazilian Depositary Receipts (BDR), em bolsa;
- b) na alienação de ouro, ativo financeiro;
- c) em operação realizada em mercado de liquidação futura, fora de bolsa, inclusive com opções flexíveis; e
- d) em operações de day-trade realizadas em bolsa; e

II - pelas pessoas jurídicas, na alienação de participações societárias, fora de bolsa.

§ 2º São consideradas assemelhadas às bolsas de que trata este artigo, as entidades cujo objeto social seja análogo ao das referidas bolsas e que funcionem sob a supervisão e fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários.

§ 3º Considera-se ganho líquido o resultado positivo auferido nas operações de que tratam os arts. 47 a 51 realizadas em cada mês, admitida a dedução dos custos e despesas incorridos, necessários à realização das operações.

§ 3º-A No caso de realização de mais de uma operação no mesmo dia, para efeito de apuração do ganho líquido de que trata o § 3º, os custos e despesas totais incorridos poderão ser rateados entre as operações executadas, proporcionalmente ao valor financeiro de cada operação. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1236, de 11 de janeiro de 2012)

§ 4º O imposto de que trata este artigo será apurado por períodos mensais e pago pelo contribuinte até o último dia útil do mês subsequente ao da apuração.

Art. 46. Os ganhos líquidos auferidos em alienações ocorridas nos mercados à vista, em operações liquidadas nos mercados de opções e a termo e em ajustes

diários apurados nos mercados futuros sujeitam-se ao imposto sobre a renda à alíquota de 15% (quinze por cento).

Mercados à Vista

Art. 47. Nos mercados à vista, o ganho líquido será constituído pela diferença positiva entre o valor de alienação do ativo e o seu custo de aquisição, calculado pela média ponderada dos custos unitários.

[...]

Retenção na Fonte 0,005%

Art. 52. As operações referidas nos arts. 22-D, 47 e 49 a 51 sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de 0,005% (cinco milésimos por cento) sobre os seguintes valores: (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1290, de 06 de setembro de 2012)

[...]

IV - nos mercados a vista, o valor da alienação, nas operações com ações, ouro ativo financeiro e outros valores mobiliários neles negociados.

[...]

§ 3º O disposto neste artigo:

I - aplica-se também às operações realizadas:

a) no mercado de balcão, com intermediação, tendo por objeto os valores mobiliários e ativos referidos no inciso IV do caput, bem como às operações realizadas em mercados de liquidação futura fora de bolsa;

b) por investidor estrangeiro oriundo de País que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a 20% (vinte por cento);

II - não se aplica às operações:

a) de exercício de opção;

b) das carteiras de instituição financeira, sociedade de seguro, de capitalização, entidade aberta ou fechada de previdência complementar, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários, sociedade de arrendamento mercantil e Fapi;

c) dos investidores estrangeiros que realizam operações em bolsa de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, ressalvado o disposto na alínea " b" do inciso I; d) dos fundos e clubes de investimento;

e) conjugadas de que trata o inciso I do art. 38.

§ 4º Fica dispensada a retenção do imposto de que trata este artigo cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 1,00 (um real).

§ 5º Ocorrendo mais de uma operação no mesmo mês, realizada por uma mesma pessoa, física ou jurídica, deverá ser efetuada a soma dos valores de imposto incidente sobre todas as operações realizadas no mês, para efeito de cálculo do limite de retenção previsto no § 4º, desprezados valores iguais ou inferiores a R\$ 1,00 (um real).

§ 6º Fica responsável pela retenção do imposto de que trata este artigo a instituição intermediadora que receber diretamente a ordem do cliente.

§ 7º O imposto sobre a renda retido na forma deste artigo deverá ser recolhido ao Tesouro Nacional até o 3º (terceiro) dia útil subsequente ao decêndio da data da retenção, utilizando-se o código de receita 5557.

§ 8º O valor do imposto retido na fonte a que se refere este artigo poderá ser:

I - deduzido do imposto sobre ganhos líquidos apurados no mês;

II - compensado com o imposto incidente sobre ganhos líquidos apurados nos meses subsequentes;

III - compensado na declaração de ajuste anual se, após a dedução de que tratam os incisos I e II, houver saldo de imposto retido;

IV - compensado com o imposto devido sobre o ganho de capital na alienação de ações.

Compensação de Perdas

Art. 53. Para fins de apuração e pagamento do imposto mensal sobre os ganhos líquidos, as perdas incorridas nas operações de que tratam os arts. 22-D, 47 e 49 a 51 poderão ser compensadas com os ganhos líquidos auferidos, no próprio mês ou nos meses subsequentes, inclusive nos anos-calendário seguintes, em outras operações realizadas em qualquer das modalidades operacionais previstas naqueles artigos, exceto no caso de perdas em operações de day-trade, que somente serão compensadas com ganhos auferidos em operações da mesma espécie. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1290, de 06 de setembro de 2012)

Parágrafo único. As perdas a que se refere este artigo não poderão ser compensadas com ganhos em operações day-trade de que trata o art. 54. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1236, de 11 de janeiro de 2012)

Cabe, ainda, destacar, na legislação as figuras do representante legal, previsto no art. 79 da Lei nº 8.981, de 1995, e no art. 66, §2º, da Instrução Normativa RFB nº 1.585, de 2010.

Veja-se as referidas disposições normativas:

Art. 79. O investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários somente poderá ser realizado no país por intermédio de representante legal, previamente designado dentre as instituições autorizadas pelo Poder Executivo a prestar tal serviço e que será responsável, nos termos do

art. 128 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado.

§ 1º O representante legal não será responsável pela retenção e recolhimento do Imposto de Renda na fonte sobre aplicações financeiras quando, nos termos da legislação pertinente tal responsabilidade for atribuída a terceiro.

§ 2º O Poder Executivo poderá excluir determinadas categorias de investidores da obrigatoriedade prevista neste artigo.

Art. 66. Ressalvado o disposto na Seção II deste Capítulo, os residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se às mesmas normas de tributação pelo imposto sobre a renda, previstas para os residentes ou domiciliados no País, em relação aos:

I - rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa e em fundos de investimento;

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

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se também:

I - aos ganhos líquidos auferidos na alienação de ouro, ativo financeiro, e em operações realizadas nos mercados de liquidação futura, fora de bolsa; II - aos rendimentos auferidos nas operações de swap.

§ 2º O investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários somente poderá ser realizado no País por intermédio de representante legal, previamente designado dentre as instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a prestar tal serviço e que será responsável, nos termos do art. 128 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado.

§ 3º A responsabilidade de que trata o § 2º aplica-se somente no caso do imposto referente aos ganhos líquidos de que tratam o inciso II do caput e o inciso I do § 1º, extinguindo-se a partir da data: (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1290, de 06 de setembro de 2012)

I - da transferência dos recursos ou ativos para conta da mesma titularidade do investidor em outra instituição, no caso de aplicações realizadas de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional quando aqueles permanecerem no País; ou (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1290, de 06 de setembro de 2012)

II - do retorno dos recursos para o exterior, no caso de liquidação das operações realizadas pelo investidor do mercado financeiro e de capitais. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1290, de 06 de setembro de 2012)

§ 4º A isenção prevista no art. 3º da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, alcança as operações realizadas por pessoas físicas residentes ou domiciliadas no exterior, inclusive as realizadas por residentes ou domiciliados em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento).

Sendo assim, feita essas considerações, passo a analisar a preliminar de nulidade e os demais aspectos do Recurso Voluntário

DA PRELIMINAR DE NULIDADE

A recorrente arguiu preliminar de nulidade do auto de infração em decorrência da suposta aplicação equivocada da alíquota de 25% a que se refere o art. 24 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

A referida preliminar de nulidade do auto de infração é posta sob a alegação de que *“mesmo que se partisse da equivocada premissa central adotada no Auto de Infração, de que a real detentora dos ativos brasileiros seria a entidade domiciliada em Bermudas (GP Investments) e não o Investidor 4373, deveria ter sido adotado o tratamento tributário previsto na legislação tributária aplicável para ganhos auferidos por investidores locais em bolsa de valores”* (cf. Recurso Voluntário).

Justifica essa afirmação dispondo que *“conforme estabelecido pelo artigo 78 da Lei nº 8.981/95 e 85 da IN nº 1.585/15, e **reconhecido pela própria D. Fiscalização**, os investidores estrangeiros localizados em paraíso fiscal estão sujeitos às mesmas normas de tributação pelo Imposto de Renda aplicáveis aos residentes ou domiciliados no Brasil, em relação aos ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas”* (cf. Recurso Voluntário).

Diante de tal regra, a recorrente afirma que sendo de 15% a alíquota do imposto de renda suportado pelos residentes ou domiciliados no Brasil no que diz respeito aos *“ganhos líquidos auferidos em alienações ocorridas nos mercados à vista, em operações liquidadas nos mercados de opções e a termo e em ajustes diários apurados nos mercados futuros”* e tendo sido aplicada alíquota de 25% pela autoridade fiscal neste caso concreto, defende haver nulidade material do auto de infração.

Nesse contexto, conforme mencionado, este Relator já se posicionou por acolher a nulidade no Processo nº 16561.720135/2018-15, Acórdão nº 1302-006.334, e, por concordar integralmente com o voto do Conselheiro Paulo Figueiredo, passo a reproduzi-lo para que possa fazer parte da fundamentação do presente voto, *in verbis*:

(...) DAS PRELIMINARES DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

(...) DO SUPOSTO ERRO NA CAPITULAÇÃO LEGAL E ALÍQUOTA APLICÁVEL

Ainda em sede de preliminar, o Banco Santander (Brasil) S.A. argui a nulidade do auto de infração por erro no enquadramento legal da infração apontada no lançamento de ofício.

Afirma que não teriam sido indicados “com a devida precisão, a penalidade aplicável e a determinação da exigência, em desobediência ao artigo 10, IV e V, do Decreto nº 70.235/72”.

Segundo a Recorrente, o dispositivo legal invocado pela autoridade fiscal (o art. 8º da Lei nº 9.779, de 1999) não se enquadraria aos fatos geradores apontados, na medida em que se refere a rendimentos, enquanto os montantes tributados se relacionariam a ganhos de capital. Transcreve-se o teor do dispositivo legal em questão:

Art.8º Ressalvadas as hipóteses a que se referem os incisos V, VIII, IX, X e XI do art.1º da Lei no 9.481, de 1997, os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, a que se refere o art. 24 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento.

A Recorrente argui que o mencionado dispositivo não abarcaria os ganhos de capital, os quais seriam objeto do art. 47 da Lei nº 10.833, de 2003:

Art. 47. Sem prejuízo do disposto no art. 10 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e no art. 7º da Lei no 9.959, de 27 de janeiro de 2000, o ganho de capital decorrente de operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país ou dependência com tributação favorecida, a que se refere o art. 24 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sujeita-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).

Alega, porém, que este último dispositivo não foi invocado na autuação, de modo que deveria ser reconhecida a nulidade do lançamento. Aponta que, ao contrário da conclusão a que se chegou na decisão de primeira instância, não haveria erro de natureza meramente formal, mas erro de capitulação legal com vício nos requisitos prescritos no art. 142 do CTN.

Além disso, argumenta que seria indevido o reajustamento da base de cálculo promovido pela autoridade fiscal, por força do art. 725 do Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99).

Tal dispositivo, do mesmo modo, seria aplicável, apenas, a rendimentos. Jamais a ganho de capital na venda de ações.

Finalmente, sustenta que, ainda que acatada a tese da autoridade fiscal, no sentido de que os reais detentores dos ativos seriam as entidades domiciliadas nas Ilhas Cayman, a alíquota aplicável não seria de 25% (vinte e cinco por cento),

conforme art. 47 da Lei nº 10.833, de 2003, mas de 15% (quinze por cento), como estabelecido no art. 57 da Instrução Normativa RFB nº 1.585, de 2015. Haveria contradição na constituição do crédito tributário, assim sintetizada:

96. Para tentar afastar a aplicação da alíquota de 15% aplicável aos investidores estrangeiros localizados em paraíso fiscal que investem no mercado de capitais brasileiro, a D. Fiscalização se fundamenta na ausência de cumprimento das normas e condições estabelecidas pelo CMN, o que acabou por ensejar a insanável contradição apontada acima quanto à identificação do sujeito passivo no caso em questão.

97. Por conta desse raciocínio, há também uma automática contradição quanto à alíquota aplicável, pois investimentos feitos por investidores estrangeiros no mercado de capitais brasileiros somente podem ser realizados segundo as regras do CMN e por meio de uma Conta 2.689.

98. Frise-se mais uma vez que NÃO EXISTE A POSSIBILIDADE de um investidor estrangeiro investir no mercado de capitais brasileiros sem que isso seja feito por meio de uma Conta de Depósito 2.689 (atual Conta 4.373).

99. Dessa forma, no cenário de desconsideração conjecturado pela D. Fiscalização, no qual as entidades localizadas nas Ilhas Cayman seriam as reais investidoras no mercado de capitais brasileiros (o que se admite apenas para fins de argumentação), a conclusão lógica seria a de que tais entidades assumiriam a posição de HELONA e HOOPIKA como titulares das Contas 2.689, de maneira que quaisquer ganhos de capital auferidos por esses investidores residentes em paraíso fiscal estariam sujeitos à tributação pelo imposto de renda à alíquota de 15%, conforme determinado pelo disposto no art. 78 da Lei 8.981/15 e 85 da IN 1.585/15.

Na decisão de primeira instância, as alegações foram refutadas, já que teria sido demonstrado claramente que o lançamento de ofício incidiria sobre os ganhos de capital decorrentes das operações efetuadas em bolsa de valores. Tal fato seria corroborado pela própria autuada haver invocado o art. 47 da Lei nº 10.833, de 2003. Assim, conclui-se:

O fato de a fiscalização ter apontado dispositivo legal inadequado ao caso em momento algum prejudicou a análise fática da situação ou suas conseqüências. Os dispositivos em questão são similares, estão em ordem seqüencial no Regulamento do Imposto de Renda e trazem exatamente as mesmas implicações jurídicas aos fatos verificados. Entendo que no caso concreto, o equívoco se aproxima mais de um vício formal do que de um vício material como tentam sustentar os impugnantes.

Não obstante, mesmo que fosse o caso de emendar a tipificação acrescentando o art. 47, da Lei 10.833/2003, este equívoco, em se tratando de vício formal, esclareça-se, seria perfeitamente sanável em sede de contencioso administrativo e mesmo nas contendas do Judiciário mediante adoção da emendatio libelli,

quando, de ofício, aponta-se a correta definição jurídica se os fatos provados são exatamente os fatos narrados.

Pois bem. Em primeiro lugar, é importante que se reconheça a possibilidade de que o erro na capitulação legal, por parte da autoridade fiscal, não implique a nulidade de um lançamento de ofício. Para tanto, é necessário que tenha havido a perfeita descrição dos fatos e infração legal apurada, em todos os seus elementos constitutivos, sem que se verifique qualquer prejuízo à defesa do sujeito passivo. Tratar-se-á, então, de mera irregularidade formal, sanável pela correta capitulação. Neste sentido, recente julgado desta Turma, conforme trecho de ementa a seguir:

NULIDADE. IRREGULARIDADE NA CAPITULAÇÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA OU AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO.

Rejeita-se as alegações de nulidade relativas à irregularidade na capitulação legal, quando se constata que a autoridade fiscal descreveu os fatos apurados de forma que a empresa e todos os intervenientes no processo puderam ter nítida compreensão das infrações autuadas. Inexistência de prejuízo à defesa ou ao exercício do contraditório.

(Acórdão nº 1302-005.725, de 14 de setembro de 2021, Relatora Conselheira Andréia Lúcia Machado Mourão)

Assim, caso o equívoco cometido no lançamento fiscal fosse unicamente a menção ao art. 8º da Lei nº 9.779, de 1999, em lugar do art. 47 da Lei nº 10.833, de 2003, seria possível, tal qual feito pelos julgadores de primeira instância, afastar a nulidade da autuação.

Ocorre que os equívocos cometidos no lançamento vão muito além disso.

É que, tratando-se os fatos geradores tributados no presente processo de operações realizadas em bolsas de valores, e, afastada a aplicação do regime especial de tributação previsto no art. 81 da Lei nº 8.981, de 1995, a tributação deve ser realizada conforme as regras aplicáveis aos investidores residentes e domiciliados no Brasil, ou seja, apurado por períodos mensais, com a incidência da alíquota de 15% (quinze por cento) sobre os ganhos líquidos auferidos, conforme disposições do art. 45, §4º, e 46 da Instrução Normativa RFB nº 1.022, de 2010, que refletem o que está estabelecido no art. 2º, inciso I, da Lei nº 11.033, de 2004.

A par disso, as referidas operações estão sujeitas à “incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de 0,005% (cinco milésimos por cento)” sobre o valor da alienação, nas operações nos mercados à vista, conforme art. 2º, §1º, caput e inciso IV, da Lei nº 11.033, de 2004.

É importante se destacar que o disposto no art. 52, §3º, inciso II, da Instrução Normativa RFB nº 1.022, de 2010, não deixa dúvidas acerca da aplicação da

mencionada alíquota mesmo na hipótese a que se refere a acusação fiscal. Pela relevância, repete-se o referido dispositivo normativo:

Art. 52. As operações referidas nos arts. 22-D, 47 e 49 a 51 sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de 0,005% (cinco milésimos por cento) sobre os seguintes valores:(Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1290, de 06 de setembro de 2012)

[...]

§ 3º O disposto neste artigo:

I - aplica-se também às operações realizadas:

[...]

b) por investidor estrangeiro oriundo de País que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a 20% (vinte por cento);

Conforme se observa, portanto, há total equívoco da autoridade fiscal ao aplicar a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) sobre os ganhos líquidos auferidos nas operações realizadas pelos investidores residentes no exterior. Não apenas a alíquota, mas a base de cálculo é equivocada. Dever-se-ia ter aplicado a alíquota de 0,005% (cinco milésimos por cento) sobre o valor da alienação das ações negociadas.

Mais ainda, caso o lançamento não tratasse da retenção na fonte, mas do imposto de renda devido mensalmente sobre os ganhos líquidos auferidos pelos investidores, haveria equívoco quanto ao elemento temporal dos fatos geradores (já que o auto de infração considerou a data de cada operação) e quanto à alíquota, que seria de 15% (quinze por cento), em lugar de 25% (vinte e cinco por cento).

As disposições normativas invocadas pela autoridade fiscal (art. 8º da Lei nº 9.779, de 1999) e pela Recorrente (art. 47 da Lei nº 10.833, de 2003) não são aplicáveis à hipótese de ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores. O primeiro dispositivo se refere a rendimentos, de uma forma geral (à exceção daqueles referidos nos incisos V, VIII, IX, X e XI do art. 1º da Lei nº 9.481, de 1997). O segundo se refere, de modo genérico, a ganho de capital (como nas operações realizadas fora dos mercados organizados), com a expressa ressalva ao art. 7º da Lei nº 9.959, de 2000, esta sim, aplicável aos ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores:

Art.7º O regime de tributação previsto no art. 81 da Lei nº 8.981, de 1995, com a alteração introduzida pelo art. 11 da Lei nº 9.249, de 1995, não se aplica a investimento estrangeiro oriundo de país que tribute a renda à alíquota inferior a vinte por cento, o qual sujeitar-se-á às mesmas regras estabelecidas para os residentes ou domiciliados no País. (destacou-se)

Há que se reconhecer, portanto, a existência de vícios na observância aos requisitos prescritos no art. 142 do CTN e no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972. In verbis:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. (Destacou-se)

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

No lançamento sob análise, há, ao mesmo tempo, equívoco da autoridade fiscal quanto à legislação aplicável, base de cálculo dos tributos e alíquota incidente sobre esta, o que configura a nulidade por vício material do lançamento.

Em razão do reconhecimento da nulidade, fica prejudicada a análise de todas as demais matérias veiculadas nos recursos voluntários.

Isto posto, voto por conhecer parcialmente dos recursos voluntários, e, quanto à parte conhecida, acolher a preliminar de nulidade e por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo principal, cancelando integralmente o lançamento de ofício.

Assim, ainda que por hipótese, partindo dessa premissa, de que o beneficiário final dos investimentos é pessoa jurídica domiciliada em paraíso fiscal, em regra, deve aplicar a alíquota de 15% de imposto de renda, já que nas operações em questão é aplicável a mesma regra suportada pelos residentes ou domiciliados no Brasil (art. 78 da Lei 8.981/15 e 85 da IN 1.585/15).

Ocorre que a decisão de primeira instância, afasta a aplicação da alíquota de 15% sob o fundamento de que tal alíquota somente é aplicável às operações que respeitam as normas do Conselho Monetário Nacional – CMN:

Nesse sentido, como corretamente entendeu a fiscalização, a tributação de investimentos oriundos de entidades domiciliadas em paraísos fiscais somente é deslocada para o regime aplicado a residentes no Brasil se ocorrer de acordo com as regras estabelecidas pelo CMN. Acontecendo de forma diversa, a tributação do fato deve ser feita nos termos da regra geral (cf. Decisão Recorrida).

A inobservância das regras estabelecidas pelo CMN teria se dado porque a GB Investments, domiciliada em Bermudas – paraíso fiscal, teria investido em ativos financeiros no Brasil sem que tivesse constituído representante legal neste país.

Todavia, essa conclusão não possui congruência com o fato de o auto de infração ter autuado a recorrente como representante tributário da GB Investments, premissa essa confirmada por esta decisão. É dizer: ou a recorrente é representante legal da GB Investments no Brasil e por essa razão deve-se aplicar a alíquota de 15% de imposto de renda, ou a recorrente não é a representante legal da GB Investments por essa razão é sujeito passivo ilegítimo, o que corrobora ainda mais a nulidade.

Portanto, de acordo com os fundamentos acima reproduzidos, entendo por acolher a preliminar de nulidade face ao equívoco da autoridade fiscal quanto à legislação aplicável, base de cálculo dos tributos e alíquota incidente sobre esta, o que configura a nulidade por vício material do lançamento.

Em razão do reconhecimento da nulidade, fica prejudicada a análise de todas as demais matérias veiculadas nos recursos voluntários.

Isto posto, voto por conhecer dos recursos voluntários para acolher a preliminar de nulidade e por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo principal, cancelando integralmente o lançamento de ofício.

NULIDADE SOBRE O ERRO NA DEFINIÇÃO DO SUJEITO PASSIVO DO CRÉDITO FISCAL EM DISCUSSÃO SUSCITADO PELA GP INVESTMENTS- INAPLICABILIDADE DO § 3º DO ART. 16 DA MP Nº 2.189- 49/01 PARA FINS DE ATRIBUIÇÃO DA CONDIÇÃO DE SUJEITO PASSIVO PRINCIPAL À BRADESCO-KIRTON, TENDO SIDO O AUTO LAVRADO COM FUNDAMENTO NO ART. 8º DA LEI Nº 9.779/99 E NO ART. 47 DA LEI Nº 10.833/03

Ainda no campo das nulidades suscitadas, a GP Investments suscitou nulidade em relação a suposto erro na definição do sujeito passivo sustentando a inaplicabilidade do § 3º do art. 16 da MP nº 2.189- 49/01 para fins de atribuição da condição de sujeito passivo principal à Bradesco-Kirton, tendo sido o auto lavrado com fundamento no art. 8º da lei nº 9.779/99 e no art. 47 da lei nº 10.833/03, nos seguintes termos, *in verbis*:

(...) 5.11. Ora, o § 3º do art. 16 da MP nº 2.189-49/01 trata de um regime de tributação inteiramente distinto daqueles contemplados pelo art. 8º da Lei nº 9.779/99 e pelo art. 47 da Lei nº 10.833/03, não sendo cabível a combinação ou comunicação entre os dispositivos (IR recolhido pelo representante do contribuinte sob a sistemática de ganho líquido mensal x IR recolhido sob a sistemática de fonte). Tanto é assim que o referido § 3º é iniciado com expressa remissão ao seu parágrafo precedente (§ 2º), o que naturalmente tem a finalidade de delimitar o seu alcance às operações contempladas neste outro parágrafo.

5.12. Assim, somente no cenário de apuração do IR sob a sistemática de ganhos líquidos mensais existe previsão legal para exigência do recolhimento do imposto pelo representante legal do INR no País. No cenário de apuração do IR segundo as normas gerais de apuração de ganhos de capital e rendimentos de residentes em paraísos fiscais, adotado pelo AUTO, o imposto somente pode ser exigido da fonte pagadora do respectivo ganho ou rendimento, nunca do representante do INR no Brasil, que não é fonte, mas mero intermediário financeiro.

5.13. Vê-se, portanto, que a fiscalização cometeu um equívoco grave ao eleger a BRADESCO-KIRTON como sujeito passivo (principal) do crédito tributário lançado com fundamento no art. 8º da Lei nº 9.779/99 e no art. 47 da Lei nº 10.833/03, razão pela qual, por mais este motivo, o AUTO deve ser declarado nulo e integralmente cancelado.

No caso em análise, percebo que a nulidade arguida pela GP Investments defende a o erro na definição do sujeito passivo da Bradesco-Kirton e, em que pese esta nulidade não tenha sido suscitada pela referida empresa, entendo que a base do pedido se fundamenta na aplicação da legislação que impacta no mérito da operação em si, uma vez que a incompatibilidade entre o § 3º do art. 16 da MP nº 2.189-49/01 e o art. 8º da Lei nº 9.779/99 e pelo art. 47 da Lei nº 10.833/03, defendido pela GP Investments, diz respeito ao deslinde que será enfrentado no mérito.

Vale destacar que para a presente preliminar, as hipóteses que ensejam a nulidade insertas no art. 59 do Decreto 70235/72, foram respeitadas porque o Auto foi lavrado por autoridade competente e fora conferido o direito de defesa da recorrente.

Portanto, rejeito a preliminar suscitada.

DO MÉRITO

No que diz respeito ao mérito, vale destacar que com vistas a afastar a sua responsabilidade, a BRADESCO KIRTON não logrou êxito em desconstituir os fundamentos da r. Decisão Recorrida. Os argumentos da BRADESCO KIRTON sobre esse aspecto foram bastante genéricos, conforme se constata do trecho do Recurso Voluntário:

Nesse contexto, para garantir maior proteção e segurança aos investidores, o Grupo GP Investimentos optou por estruturar investimentos no Brasil e no exterior por meio de Limited Liability Companies localizadas no Estado de Delaware, nos Estados Unidos da América (a exemplo da Algarve no presente caso).

Por se tratar de um investimento financeiro relevante realizado em uma jurisdição desconhecida para muitos dos investidores estrangeiros (Brasil), é evidente a necessidade de estruturas e arranjos contratuais que garantam a necessária limitação de responsabilidade financeira e civil, além de uma gestão técnica e especializada de seus recursos. Caso contrário, tais investidores jamais concordariam em alocar recursos por meio da GP Investments.

Ademais, a realização dos investimentos diretos por meio uma LLC para cada ativo, garantiria maior certeza e segurança sobre os riscos setoriais envolvidos e a legislação a ser aplicada em caso de alguma disputa judicial. Assim, diferentemente do que alega a D. Fiscalização, a ausência de funcionários ou escritório físico não macula, em nenhuma extensão, a legitimidade do INR, a qual sempre atendeu o seu legítimo propósito no contexto da cadeia de investimentos.

No entanto, ao longo do TVF, a D. Autoridade Fiscal alegou genericamente que a única e exclusiva função do INR consistiria em evitar a tributação no Brasil, argumento que se tornou ainda mais elaborado no âmbito da DRJ, uma vez que se cogitou que o propósito da estrutura seria evitar a tributação no nível dos próprios beneficiários finais.

Com a devida vênia, trata-se de alegações que evidenciam o claro desconhecimento técnico e jurídico sobre a indústria estrangeira de investimentos. Sobre o tema, vale lembrar que as holdings patrimoniais no Brasil (constituídas em forma de sociedade limitadas) nada mais são, na prática, do que arranjos contratuais que viabilizam a limitação de responsabilidade dos sócios e facilitam a administração dos ativos subjacentes. O mesmo vale para fundos de investimento ou trusts, que são entidades patrimoniais existentes em diversas jurisdições.

(...)Portanto, embora a D. Fiscalização não estivesse autorizada nem mesmo a desconsiderar a existência do Investidor 4373, fato é que – caso houvesse qualquer autorização nesse sentido – a condição de efetivos beneficiários deveria ser atribuída aos investidores não residentes que eram de fato os Beneficiários Finais da estrutura nos termos da própria regulamentação da RFB, quais sejam,

aqueles que realizaram os aportes dos recursos financeiros e que, em última análise, se beneficiaram dos rendimentos correspondentes.

Portanto, entendo que a recorrente não conseguiu afastar os fundamentos do auto de infração e do Acórdão recorrido segundo os quais concluíram por considerar a GP Investments (Bermudas – paraíso fiscal) como real investidora no lugar da Algarve (Delaware – não paraíso fiscal), isso porque após a análise dos autos, restou comprovado para este relator que os fundamentos da DRJ estão corretos quando afirmam o seguinte:

- que a ALGARVE é uma subsidiária integral de uma sociedade denominada GPIC, que, por seu turno, é subsidiária integral da GP INVESTMENTS;
- que as controladoras diretas (GPIC) e indireta (GP INVESTMENTS) estão localizadas em paraíso fiscal (Ilhas Bermudas), sendo, por conseguinte inelegíveis à isenção defendida;
- que, embora a GP INVESTMENTS tenha representação nos EUA (em Nova Iorque), houve a constituição de uma nova sociedade no mesmo país, a ALGARVE;
- (...) que, ao contrário das Ilhas Bermudas, Delaware não é relacionado pelo Brasil como paraíso fiscal;
- que a interessada afirma retoricamente que a opção por investir por intermédio da ALGARVE se dá “para garantir maior proteção e segurança aos investidores”, porém sem demonstrar que incremento de proteção e de segurança investir no Brasil a partir de Delaware, e não a partir das Ilhas Bermudas, é obtido;
- que nem mesmo há provas de que investidores tenham sido captados diretamente sob a jurisdição norte-americana, mas, ao contrário, os investimentos teriam sido feitos junto à GP INVESTMENTS;
- que a ALGARVE atua exclusivamente como uma LLC do grupo GP INVESTMENTS;
- que há coincidência absoluta quanto ao trio de pessoas físicas – Fersen Lamas Lambranco, Antônio Carlos Augusto R Bonchristiano e Álvaro Lopes da Silva Neto – que atuam simultaneamente como: (i) diretores da ALGARVE; (ii) representantes da ALGARVE junto ao BRADESCO KIRTON; e (iii) administradores/controladores da GP INVESTMENTS;
- que a ALGARVE, sendo plenamente controlada – tanto societária (controle financeiro integral) como administrativamente (controle decisório integral) – pela GP INVESTMENTS, não possui qualquer grau de

autonomia financeira ou decisória de seus desígnios que a compatibilize com a atividade de investir.

Portanto, quanto a isenção do IRRF na forma do artigo 81 da Lei nº 8.981/95, aproveito e transcrevo a norma de regência afeita ao objeto do presente litígio para melhor entendimento:

MP nº 2.189-49/01

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

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

Lei nº 8.981/95:

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

(...) § 1º Os ganhos de capital ficam excluídos da incidência do Imposto de Renda quando auferidos e distribuídos, sob qualquer forma e a qualquer título, inclusive em decorrência de liquidação parcial ou total do investimento pelos fundos, sociedades ou carteiras referidos no caput deste artigo. § 2º Para os efeitos deste artigo, consideram-se: (...)

Dito isto, além de acolher os fundamentos dispostos na decisão recorrida quanto a esse aspecto, cabe acrescentar que o fato dos sócios da GP INVESTMENTS serem pessoas físicas domiciliadas em localidades que não são consideradas como paraísos fiscais e que supostamente seriam eles os beneficiários finais dos investimentos, não tem qualquer relevância jurídica nesse caso concreto. Acolher esse argumento seria desconsiderar por completo a existência de uma pessoa jurídica sem observar as regras para a sua desconsideração da personalidade jurídica. É, portanto, contrário ao ordenamento jurídico.

Partindo dessa premissa, de que o beneficiário final dos investimentos é pessoa jurídica domiciliada em paraíso fiscal, em regra, deve se aplicar a alíquota de 15% de imposto de renda, já que nas operações em questão é aplicável a mesma regra suportada pelos residentes ou

domiciliados no Brasil nos termos do art. 78 da Lei 8.981/15 e artigos 57 e 85 da IN 1.585/15, *in verbis*:

Lei 8.981/15

SEÇÃO IV

Da Tributação das Operações Financeiras Realizadas por Residentes ou Domiciliados no Exterior

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

I - rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa;

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

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

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

IN 1.585/15

Art. 57. Os ganhos líquidos auferidos em alienações ocorridas nos mercados à vista, em operações liquidadas nos mercados de opções e a termo e em ajustes diários apurados nos mercados futuros sujeitam-se ao imposto sobre a renda à alíquota de 15% (quinze por cento).

(...)Seção I Das Aplicações Sujeitas ao Regime Geral

Art. 85. Ressalvado o disposto na Seção II deste Capítulo, os residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se às mesmas normas de tributação pelo imposto sobre a renda, previstas para os residentes ou domiciliados no País, em relação aos:

I - rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa e em fundos de investimento;

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

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se também:

I - aos ganhos líquidos auferidos na alienação de ouro, ativo financeiro, e em operações realizadas nos mercados de liquidação futura, fora de bolsa;

II - aos rendimentos auferidos nas operações de swap;

III - aos rendimentos auferidos em COE.

§ 2º O investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários somente poderá ser realizado no País por intermédio de representante legal, previamente designado dentre as instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a prestar tal serviço e que será responsável, nos termos do art. 128 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado.

§ 3º A responsabilidade de que trata o § 2º aplica-se somente no caso do imposto referente aos ganhos líquidos de que tratam o inciso II do caput e o inciso I do § 1º, extinguindo-se a partir da data:

I - da transferência dos recursos ou ativos para conta da mesma titularidade do investidor em outra instituição, no caso de aplicações realizadas de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo CMN quando aqueles permanecerem no País; ou

II - do retorno dos recursos para o exterior, no caso de liquidação das operações realizadas pelo investidor do mercado financeiro e de capitais.

§ 4º A isenção prevista nos incisos I a IV do art. 55, alcança as operações realizadas por pessoas físicas residentes no exterior, inclusive em país com tributação favorecida nos termos do art. 24 da Lei nº 9.430, de 1996.

§ 4º A isenção prevista no art. 40 e nos incisos I a IV do caput do art. 55, alcança as operações realizadas por pessoas físicas residentes no exterior, inclusive em país com tributação favorecida nos termos do art. 24 da Lei nº 9.430, de 1996. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1637, de 09 de maio de 2016)

Assim, depreende-se que o contribuinte tem razão em seu argumento subsidiário quando afirma que *os ganhos auferidos por INRs em operações como a ora discutida sujeitam-se ao IR pela sistemática do ganho líquido mensal (auto recolhimento, sem retenção pela fonte), à alíquota de 15%, nos mesmos termos aplicáveis aos residentes no Brasil (cf. arts. 72 e 78 da Lei nº 8.981/95; art. 2º da Lei nº 11.033/04; art. 40 da Lei nº 7.713/88; art. 55 da Lei nº 7.799/89; e art. 27 da Lei nº 8.383/91).* - 4. *Como exceção, a legislação concede uma isenção de IR para os ganhos em bolsa auferidos por INRs que atendam os seguintes requisitos: (i) realizem suas aplicações no Brasil de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional ("CMN"), e (ii) não sejam residentes em paraísos fiscais (cf. art. 81 da Lei nº 8.981/95; e art. 16 da MP nº 2.189-49/01).* E conclui afirmando:

(...) 7. Ocorre que, caso a citada isenção de IR se tornasse inaplicável em razão do local de residência do suposto titular indireto dos investimentos realizados (o que se admite apenas para fins de argumentação), o imposto em questão somente poderia ter sido exigido sob a sistemática de ganho líquido mensal e à alíquota de 15%, por determinação do art. 78 da Lei nº 8.981/95. Mas o AUTO invoca o art. 47 da Lei nº 10.833/03 para exigir o imposto sob a sistemática de fonte e à alíquota majorada de 25%, atribuindo ao BRADESCO-KIRTON a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, não obstante ela jamais ter figurado como “fonte” nas operações em discussão, mas sim como representante do INR.

8. Ora, o art. 47 da Lei nº 10.833/03, em seu trecho inicial, afasta expressamente de seu alcance os ganhos em bolsa auferidos por INRs, deixando claro que tais resultados, quando auferidos por residentes em paraísos fiscais, sujeitam-se à tributação pelo IR segundo as mesmas normas aplicáveis aos residentes no Brasil (i.e., imposto exigido à alíquota de 15%, calculado sob a sistemática de auto recolhimento de ganho líquido mensal). E nem poderia ser diferente, já que a sistemática de fonte (contemplada pelo referido art. 47) é incompatível com a lógica das operações cursadas em bolsa, nas quais as contrapartes não têm qualquer contato direto.

Ocorre que a decisão de primeira instância, afasta a aplicação da alíquota de 15% sob o fundamento de que tal alíquota somente é aplicável às operações que respeitam as normas do Conselho Monetário Nacional – CMN.

Nesse sentido, como corretamente entendeu a fiscalização, a tributação de investimentos oriundos de entidades domiciliadas em paraísos fiscais somente é deslocada para o regime aplicado a residentes no Brasil se ocorrer de acordo com as regras estabelecidas pelo CMN. Acontecendo de forma diversa, a tributação do fato deve ser feita nos termos da regra geral (cf. Decisão Recorrida).

No caso em apreço, a inobservância das regras estabelecidas pelo CMN teria se dado porque a GB Investments, domiciliada em Bermudas – paraíso fiscal, teria investido em ativos financeiros no Brasil sem que tivesse constituído representante legal neste país.

No entanto, conforme já mencionado, essa conclusão não possui congruência com o fato do auto de infração ter autuado a recorrente (Bradesco Kirton) como representante tributário da GP Investments, premissa essa confirmada por esta decisão. É dizer: ou a recorrente é representante legal da GP Investments no Brasil no lugar da Algarve, vez que esta apenas seria uma empresa interposta para eludir o domicílio de paraíso fiscal, e por essa razão deve-se aplicar a alíquota de 15% de imposto de renda, ou a recorrente não é a representante legal da GB Investments no Brasil, por essa razão é sujeito passivo ilegítimo, conforme já mencionado.

Portanto, entendo que assiste razão ao recorrente quando afirma que não *seria possível a aplicação da alíquota de 25% aos ganhos auferidos por investidor em paraíso fiscal nas operações financeiras realizadas no mercado de capitais brasileiro. Isso porque, caso fosse adotado o (...) entendimento da D. Fiscalização (...) de que o real detentor dos ativos brasileiros seria a entidade domiciliada em Bermudas (GP Investments), e não o Investidor 4373, estar-se-ia diante de um cenário em que uma entidade estrangeira – residente e domiciliada em paraíso fiscal – investiria no mercado financeiro e de capitais no Brasil segundo os termos e condições estabelecidos pelo CMN, por meio de uma Conta 4.373, em substituição à sua controlada indireta (Algarve). Neste caso, não há outra conclusão de que não a de sujeitar referidos ganhos auferidos em operações em bolsa de valores à tributação à alíquota de 15%, segundo o disposto no artigo 78 da Lei nº 8.981/95 e nos artigos 57 e 85 da IN nº 1.585/15.*

Da qualificação da multa de ofício

No que diz respeito a qualificação da multa, a autoridade fiscal e a DRJ caracterizaram como fraude a operação realizada entre as partes, especialmente, em face da alegada simulação na relação entre a BRADESCO KIRTON e da GP INVESTMENTS que, *em conluio para a interposição da ALGARVE, teriam agido para ocultar a condição de real investidora da GP INVESTMENTS. Desta feita, a multa de ofício foi aplicada em sua forma qualificada, à razão de 150% (artigo 44, I, § 1º, da Lei nº 9.430/96 c/c artigo 72 da Lei nº 4.502/64).*

No entanto, entendo que a multa deve ser reduzida para o patamar de 75%, isso porque não é o fato de haver a desconsideração da empresa Algarve como real investidora que necessariamente se afigure um cenário de fraude, simulação ao dolo. Nesse sentido, é evidente que as recorrentes implementaram uma organização com o intuito de se beneficiar da isenção fiscal pretendida aos investidores não residentes em bolsa de valores no Brasil, entretanto, tal fato não necessariamente indica a intenção dolosa de fraudar o sistema em ação de conluio entre as partes, apenas indica que a forma enviesada como foi pensada a operação permitiu que a fiscalização autuasasse as recorrentes como de fato o fez.

Nessa esteira, entendo que não é o fato das recorrentes terem praticado determinado ato ou negócio jurídico visando exclusivamente obter vantagem tributária, se configuraria necessariamente hipóteses legais de simulação e de fraude.

Portanto, não identificado dolo, fraude, sonegação, conluio ou simulação, permanece apenas a análise a respeito das normas de incidência de IR e do alcance do regime especial de INRs aos ganhos realizados por investidores estrangeiros cujos investidores indiretos seriam residentes em paraíso fiscal.

Não se pode perder de vista que para a hipótese aventada nos autos, já se aplica a multa de 75% nos termos do art. 44, inciso I da Lei 9430/1996 que, os olhos deste relator, já atende a infração atribuída ao caso concreto.

Portanto, afasto a qualificação e reduzo a multa de ofício para 75%.

Da responsabilidade tributária solidária

Por fim, o auto de infração e o Acórdão da DRJ definiram que a BRADESCO KIRTON e GP INVESTMENTS agiram com o interesse comum de perpetrar as operações com ações como se fossem realizadas pela ALGARVE, de modo que a identificar a sujeição passiva principal da BRADESCOKIRTON e a condição de responsável solidário por parte da GP INVESTMENTS por força do artigo 124, I, do CTN.

Nesse aspecto, a condução de todo o voto seguiu com base de que a real investidora seria a GP Investments e não a Algarve, o que por si só já demonstra o interesse econômico no fato gerador previsto no inciso I do art. 124 do CTN.

Assim, dado ao fato de que a GP Investments detém vínculo direto com a Bradesco Kirton e praticou total controle na operação na ALGARVE, além de possuir 100% do capital da sociedade interposta também demonstra interesse econômico suficiente para atrair a solidariedade.

Sendo assim, entendo pela manutenção da solidariedade da empresa GP Investments.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário e quanto as preliminares:

- (i) acolher a preliminar de nulidade por vício material do lançamento face ao equívoco da autoridade fiscal quanto à legislação aplicável, base de cálculo dos tributos e alíquota incidente sobre esta;
- (ii) rejeitar a preliminar em relação a suposto erro na definição do sujeito passivo da Bradescon-Kirton (suscitada pela GP Investments);

No mérito:

- (iii) dar provimento parcial ao recurso para (i) considerar a aplicação da alíquota de 15%, segundo o disposto no artigo 78 da Lei nº 8.981/95 e nos artigos 57 e 85 da IN nº 1.585/15 sob a sistemática de ganho líquido mensal, nos mesmos e exatos termos aplicáveis aos residentes no Brasil; (ii) para que

seja afastada a qualificação da multa de ofício e, portanto, que ela seja reduzida para 75%.

(documento assinado digitalmente)

Fellipe Honório Rodrigues da Costa

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Maurício Novaes Ferreira, redator designado

Inobstante o robusto voto formulado pelo ilustre conselheiro relator, o Colegiado, após intensos debates, houve por bem, em primeiro lugar, afastar a nulidade da autuação fiscal e, em segunda votação, negar provimento ao mérito do recurso voluntário quanto ao mérito da exigência. As duas decisões se deram por maioria qualificada.

Quanto à afastada nulidade do lançamento fiscal, importa de início ressaltar a inaplicabilidade, ao caso dos autos, dos fundamentos apresentados no acórdão nº 1302-006.334, de 18/11/2022, que resultaram na anulação, por vício material, do lançamento fiscal lá discutido.

E as razões apresentadas naquele julgado não se coadunam com os fatos ora em julgamento por dois motivos, singelos até. O primeiro, neste lançamento fiscal a autoridade autuante indicou também o art. 47 da Lei nº 10.833/2003, ao passo que naquele processo este dispositivo legal não havia sido mencionado.

O segundo motivo é a revogação da Instrução Normativa (IN) RFB nº 1.022/2010 pela IN RFB nº 1.585/2015. O acórdão nº 1302-006.334 valeu-se de dispositivos da IN revogada para considerar viciado materialmente o lançamento julgado por aquele Colegiado.

Já no caso dos autos, ainda que o voto vencido tenha transcrito as razões da nulidade daquele acórdão, o ilustre conselheiro relator valeu-se, para acolher a preliminar de nulidade, do argumento esgrimido pela defesa segundo o qual a alíquota aplicável à infração seria de 15%, não de 25% como restou formalizada a autuação fiscal. O voto vencido restou assim redigido nesta matéria:

Assim, ainda que por hipótese, partindo dessa premissa, de que o beneficiário final dos investimentos é pessoa jurídica domiciliada em paraíso fiscal, em regra, deve aplicar a alíquota de 15% de imposto de renda, já que nas operações em questão é aplicável a mesma regra suportada pelos residentes ou domiciliados no Brasil (art. 78 da Lei 8.981/15 e 85 da IN 1.585/15).

De plano, há de se afastar a aventada nulidade que seria decorrente apenas de inadequação da capitulação legal da infração constituída de ofício. Ainda que eventualmente ocorra equívoco no apontamento do dispositivo legal utilizado, se a descrição dos fatos

processuais estiver correta, de modo que permita à defesa compreender o que lhe está sendo imputado de modo a se contrapor ao apurado pelo fisco, não há que se falar em nulidade, mas em vício meramente formal, e sanável.

Este entendimento prestigia decisões reiteradas no âmbito desta primeira Seção de Julgamento, conforme ilustra o acórdão nº 1401-004.146, assim ementado (destaques acrescidos):

Ementa: Assunto: Obrigações Acessórias

Ano-calendário: 2001

LANÇAMENTO FISCAL. VÍCIO DE NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. O lançamento fiscal efetuado por agente competente, com observância dos pressupostos legais e não havendo prova de violação das disposições contidas no artigo 142 do CTN e artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há que se falar em nulidade. O auto de infração deverá conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos. Somente a ausência total dessas formalidades é que implicará na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa. **O erro no enquadramento legal da infração cometida ou enquadramento legal incompleto não acarreta a nulidade do auto de infração, quando comprovado, pela judiciosa descrição dos fatos nele contida e alentada impugnação apresentada pelo contribuinte contra as imputações que lhe foram feitas, que incorreu preterição do direito de defesa.** A capitulação legal incompleta da infração ou mesmo a sua ausência não acarreta nulidade do auto de infração, quando a descrição dos fatos nele contida é exata, possibilitando ao sujeito passivo defender-se de forma detalhada das imputações que lhe foram feitas. A inclusão desnecessária de um dispositivo legal, além do corretamente apontado para as infrações praticadas, não acarreta a improcedência da ação fiscal. Outrossim, a simples ocorrência de erro de enquadramento legal da infração não é o bastante, por si só, para acarretar a nulidade do lançamento quando, pela judiciosa descrição dos fatos nele contida, venha a permitir ao sujeito passivo, na impugnação, o conhecimento do inteiro teor do ilícito que lhe foi imputado, inclusive os valores e cálculos considerados para determinar a matéria tributável. Ademais, se o sujeito passivo revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante defesa, abrangendo não só questão preliminar como também razões de mérito, descabe a proposição de prejuízo ou de cerceamento do direito de defesa.

Este motivo já seria suficiente para se afastar a alegada nulidade da autuação fiscal.

Há de se acrescentar, contudo, que o voto vencido se escorou, para fins de considerar nulo o lançamento fiscal, em dispositivo contido no art. 78 da Lei nº 8.981/1995, combinado com o art. 85 da IN RFB nº 1.585/2015.

O art. 78 da Lei nº 8.981/1995 ostenta a seguinte redação:

Art. 78. Os residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se às mesmas normas de tributação pelo Imposto de Renda, previstas para os residentes ou domiciliados no país, em relação aos: (Vide Medida Provisória nº 1.303, de 2025) Produção de efeitos

I - rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa;

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

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

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

O dispositivo é genérico e aparentemente conferiria a todo e qualquer residente no exterior o benefício de ser tributado, quanto aos rendimentos e ganhos nele discriminados, como residente no Brasil.

Contudo, o art. 79 da mesma Lei apresenta uma importante restrição (destaques acrescidos):

Art. 79. O investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários **somente poderá ser realizado no país por intermédio de representante legal, previamente designado** dentre as instituições autorizadas pelo Poder Executivo a prestar tal serviço e que será responsável, nos termos do art. 128 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado.

O benefício do art. 78, portanto, somente alcança o investimento estrangeiro realizado em conformidade com o art. 79, e não alcança indistintamente qualquer investidor residente ou domiciliado no exterior.

Daí decorre que a melhor exegese para o caso em julgamento nos presentes autos depende, necessariamente, da elucidação de situação fática prévia e controvertida.

Concretamente, para se decidir pela aplicação do precitado art. 78 da Lei nº 8.981/1995, há de se previamente determinar se o investidor estrangeiro está devidamente representado no Brasil.

E mais. No caso deste contencioso, importa igualmente definir quem é a pessoa jurídica investidora e domiciliada no exterior, já que formalmente seria a ALGARVE, Llc, mas para o fisco seria a GP Investments, Ltd.

E a solução dessas duas questões revolve, necessariamente, o mérito da contenda. Não há como, aprioristicamente, se definir que a situação tratada nos autos está albergada pelo tratamento tributário aplicável aos residentes no Brasil.

Também por este fundamento, não há como acolher a preliminar de nulidade da autuação fiscal.

Superada a nulidade, passa-se à análise do mérito do lançamento, devendo-se previamente decidir sobre as duas questões antes ventiladas: i) quem é a pessoa jurídica domiciliada no exterior que efetivamente investiu no Brasil; ii) a real investidora possuía ou não representante legal previamente designado para fins de usufruir do tratamento aplicado aos cidadãos brasileiros.

A primeira das questões não revolve maiores discussões, já que o próprio voto vencido consignou que a real investidora era a GP Investments, Ltd, e não a ALGARVE, Llc. Veja-se (com destaques ora acrescidos):

Da responsabilidade tributária solidária

Por fim, o auto de infração e o Acórdão da DRJ definiram que a BRADESCO KIRTON e GP INVESTMENTS agiram com o interesse comum de perpetrar as operações com ações como se fossem realizadas pela ALGARVE, de modo que a identificar a sujeição passiva principal da BRADESCOKIRTON e a condição de responsável solidário por parte da GP INVESTMENTS por força do artigo 124, I, do CTN.

Nesse aspecto, **a condução de todo o voto seguiu com base de que a real investidora seria a GP Investments e não a Algarve**, o que por si só já demonstra o interesse econômico no fato gerador previsto no inciso I do art. 124 do CTN.

Assim, dado ao fato de que a GP Investments detém vínculo direto com a Bradesco Kirton e praticou total controle na operação na ALGARVE, além de possuir 100% do capital da sociedade interposta também demonstra interesse econômico suficiente para atrair a solidariedade.

Sendo assim, entendo pela manutenção da solidariedade da empresa GP Investments.

Definida a GP Investments como real investidora, resta saber se possuía, ou não, representação legal no Brasil para fins do investimento que resultou no ganho objeto da autuação fiscal.

De passagem, importante realçar que a GP Investments decidiu permanecer oculta na operação porque o benefício previsto no art. 81, § 1º da Lei nº 8.981/1995, que exclui a incidência do imposto de renda os ganhos de capital auferidos e distribuídos por pessoa não residente, não se aplica aos domiciliados em país com tributação favorecida, que é o caso do domicílio da real investidora.

Contudo, tal dispositivo não se aplica aos investimentos oriundos de paraíso fiscal, conforme art. 16, § 2º da Medida Provisória nº 2.189/2001:

Art. 16. O regime de tributação previsto no art. 81 da Lei no 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com a alteração introduzida pelo art. 11 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplica-se a investidor residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras nos mercados de renda fixa ou de renda variável no País, de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. (Vide Medida Provisória nº 1.303, de 2025) Produção de efeitos

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

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

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

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

II - no caso de ações adquiridas até 31 de dezembro de 1999, para fins de apuração da base de cálculo do imposto de renda, o custo de aquisição, quando não for conhecido, será determinado pelo preço médio ponderado da ação, apurado nas negociações ocorridas, na bolsa de valores com maior volume de operações com a ação, no mês de dezembro de 1999 ou, caso não tenha havido negócios naquele mês, no mês anterior mais próximo.

§ 4º A Secretaria da Receita Federal poderá baixar normas para o controle das operações realizadas pelos investidores estrangeiros.

A linha da defesa sustenta que, já que não se aplica o disposto no art. 81, § 1º da Lei nº 8.981/1995, então deve-se aplicar as disposições relativas à tributação dos residentes no Brasil, com alíquota de 15%, nos termos do art. 89 da IN RFB nº 1.585/2015.

Contudo, como dito e reafirmado, a possibilidade de aplicação das disposições contidas na Lei nº 8.981/1995 dependem do cumprimento de requisitos prévios, dentre os quais a de “...nomear instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil como responsável, no País, pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das referidas operações”, bem

como serem “...entidades que atenderem às normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional...”.

Tivesse a real investidora GP Investments nomeado a Bradesco Kirton como sua responsável para fins de obrigações tributárias, esta última deveria, diante do domicílio da investidora em paraíso fiscal, ter providenciado a retenção do imposto de renda quando do pagamento dos ganhos auferidos.

A autuada assim não procedeu, ainda que tivesse ciência que a GP Investments era a real investidora, porque valeu-se da condição de representante formal da Algarve e não da sua controladora.

A prevalecer o entendimento da defesa, estamos diante de um planejamento tributário quase perfeito, não fosse a evidente fraude subjacente. Imagine-se a seguinte sequência de fatos hipotéticos, em tudo aplicáveis ao caso em julgamento.

Para cumprir a lei brasileira, o investidor domiciliado no exterior deve previamente designar representante no Brasil.

Entretanto, visando afastar a incidência do imposto de renda (art. 81, § 1º da Lei nº 8.981/1995), o investidor simula a interposição de pessoa jurídica domiciliada em país não definido como de tributação favorecida. Assim, o ganho de capital apurado será integralmente excluído da incidência tributária no Brasil.

Visando simular o cumprimento dos ditames legais, nomeia-se representante tributário no Brasil da pessoa jurídica interposta.

Para dar validade à interposição fraudulenta, o real investidor estrangeiro não nomeia previamente seu representante tributário no Brasil, porque se este fosse nomeado, e sabedor da interposição abusiva de pessoa jurídica, necessariamente deveria reter o imposto de renda sobre os ganhos auferidos pelo investidor de fato.

Contudo, ainda que o fisco apure e desvende o estratagema urdido para fins de lesá-lo, e ainda que o investidor estrangeiro não possua representante no Brasil, o máximo que lhe aconteceria, nas razões da defesa, seria sofrer a incidência tributária que sofreria se tivesse cumprido fielmente a legislação de regência. Cumprindo ou não a Lei, o resultado seria o mesmo.

Não é de se admitir que a norma jurídica contenha comandos vazios de significado. Prevalecendo a interpretação da defesa, ter ou não representante legal no Brasil e atender ou não aos comandos no CMN seria indiferente para fins tributários, ainda que a Lei tenha particularizado a tributação dos não residentes como se nacionais fossem àqueles que atendam aos referidos comandos.

A legislação, contudo, diferencia o tratamento aplicado aos que cumprem os requisitos nela estabelecidos e aos que deles se desviam. O art. 47 da Lei nº 10.833/2003 estabeleceu, para os domiciliados em países com tributação favorecida, a alíquota de 25% para o ganho de capital apurado no Brasil:

Art. 47. Sem prejuízo do disposto no art. 10 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e no art. 7º da Lei no 9.959, de 27 de janeiro de 2000, o ganho de capital decorrente de operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país ou dependência com tributação favorecida, a que se refere o art. 24 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sujeita-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).

Para a defesa, a menção ao art. 7º da Lei nº 9.959/2000 deve ser interpretada como de aplicação aos domiciliados em países com tributação favorecida as disposições aplicáveis aos residentes no Brasil. Veja-se o texto da norma:

Art. 7º O regime de tributação previsto no art. 81 da Lei nº 8.981, de 1995, com a alteração introduzida pelo art. 11 da Lei no 9.249, de 1995, não se aplica a investimento estrangeiro oriundo de país que tribute a renda à alíquota inferior a vinte por cento, o qual sujeitar-se-á às mesmas regras estabelecidas para os residentes ou domiciliados no País. (Vide Medida Provisória nº 1.303, de 2025)
Produção de efeitos

De fato, a mera leitura isolada deste dispositivo pode levar à conclusão que os domiciliados em países com tributação favorecida gozam do mesmo tratamento dispensado aos residentes no Brasil. Entretanto, como reiteradamente afirmado ao longo deste voto, a Lei estabeleceu requisitos para que o investimento originário de paraíso fiscal seja tributado como são os investimentos de residentes.

Na Lei nº 9.249/1995, as disposições do *caput* do art. 79, combinado com o teor do art. 81, § 5º, determinam que é imperativa a prévia nomeação de representante legal no país e que os benefícios do art. 81 alcançam apenas quem atender às normas do Conselho Monetário Nacional.

Uma vez não atendidos os requisitos legais definidos para o tratamento do investimento originado em país com tributação favorecida, há de se aplicar a previsão contida no art. 47 acima reproduzido.

Este entendimento, aliás, foi defendido nos autos do processo 16561-720.135/2018-15, transcrito no voto vencido dos presentes autos quando da análise da inexistente nulidade do lançamento fiscal. Veja-se o que argumentou a defesa naquele processo (com destaques acrescidos):

A Recorrente argui que o mencionado dispositivo não abarcaria os ganhos de capital, os quais seriam objeto do art. 47 da Lei nº 10.833, de 2003:

Art. 47. Sem prejuízo do disposto no art. 10 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e no art. 7º da Lei no 9.959, de 27 de janeiro de 2000, o ganho de capital decorrente de operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país ou dependência com tributação favorecida, a que se refere o art. 24 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de

1996, sujeita-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).

Alega, porém, que este último dispositivo não foi invocado na autuação, de modo que deveria ser reconhecida a nulidade do lançamento. Aponta que, ao contrário da conclusão a que se chegou na decisão de primeira instância, não haveria erro de natureza meramente formal, mas erro de capitulação legal com vício nos requisitos prescritos no art. 142 do CTN.

Como no processo acima mencionado o fisco não se utilizou, para a autuação fiscal, da previsão contida no art. 47 da Lei nº 10.833/2003, a defesa pela nulidade do lançamento fiscal foi veemente no sentido de que o uso de fundamentação diversa da prevista no dispositivo mencionado fulminaria a exigência por vício.

No presente lançamento, contudo, as Recorrentes seguiram linha diametralmente oposta e argumentam que o dispositivo do art. 47 da Lei nº 10.833/2003 não poderia ser aplicado ao caso concreto, já que a operação teria ocorrido em bolsa de valores, de modo que o regime de apuração e a alíquota aplicável seriam diversos.

Também neste ponto seu argumento não deve prevalecer. Veja-se que a Lei nº 8.981, referenciada no precitado art. 7º da Lei nº 9.959/2000 (por sua vez referido no art. 47 da Lei nº 10.833/2003), definiu o que é ganho de capital para sua aplicação (art. 81, § 2º, alínea “b”):

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

a) rendimentos: quaisquer valores que constituam remuneração de capital aplicado, inclusive aquela produzida por títulos de renda variável, tais como juros, prêmios, comissões, ágio, deságio e participações nos lucros, bem como os resultados positivos auferidos em aplicações nos fundos e clubes de investimento de que trata o art. 73; (Vide Lei nº 12.431, de 2011)

b) ganhos de capital, os resultados positivos auferidos:

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

b.2) nas operações com ouro, ativo financeiro, fora de bolsa;

Nos estritos termos da Lei de regência, considera-se ganho de capital o resultado positivo auferido em operações realizadas na bolsa de valores.

No caso dos autos, os resultados positivos foram evidenciados no anexo único ao Termo de Verificação Fiscal (fl. 1.199) e sobre eles foi aplicada, corretamente, a alíquota de 25% prevista no art. 47 da Lei nº 10.833/2003.

Temos, portanto, que a real investidora (GP Investments) é pessoa jurídica domiciliada em país com tributação favorecida e que não possuía, à época dos fatos, representante legal para as operações realizadas o Brasil, de modo que não se lhe aplica o

tratamento dispensado aos residentes no país para o ganho de capital apurado em operações em bolsa de valores, devendo incidir a alíquota de 25% de imposto de renda, mostrando-se adequada a autuação fiscal.

Por fim, descabe a discussão aventada no voto vencido quanto à caracterização da Bradesco Kirton como representante da GP Investments. Sustenta o ilustre relator que ou a Bradesco é a representante da investidora no Brasil, ou a autuação padece de vício insanável de erro na identificação do sujeito passivo.

Olvidou-se o ilustre conselheiro que a autoridade fiscal atribuiu a responsabilidade à ora autuada considerando, também, que ela seria a responsável pela retenção dos impostos devidos:

Cabe ainda esclarecer que, tendo em vista o fato de que o tributo aqui lançado é Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), conforme detalhado no Capítulo 7 - DAS INFRAÇÕES IDENTIFICADAS E DO DEVIDO TRATAMENTO, o contribuinte principal no presente lançamento é a BRADESCO KIRTON, **fonte pagadora e responsável pela retenção**, além de REPRESENTANTE TRIBUTÁRIO no Brasil. Sendo assim, o contribuinte GP Investments, Ltd, real investidor, figura como responsável solidário.

GP Investments, Ltd foi afastado da condição de contribuinte originário principal deste lançamento de ofício tão somente pelo fato de não ser residente no Brasil e, **neste caso, a legislação determinar que o responsável principal seja a fonte pagadora...**

Portanto, o fato de a Bradesco Kirton ser a autuada não lhe confere o manto de representante da titular do investimento realizado, mesmo porque o poder de representação somente se consolida com instrumento adequado para tal finalidade, o que não foi comprovado pela autuada ou pela titular do rendimento.

Pelo exposto, há de se afastar a nulidade do lançamento fiscal e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

Assinado Digitalmente

Maurício Novaes Ferreira