



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



<b>PROCESSO</b>	<b>17459.720040/2021-29</b>
<b>ACÓRDÃO</b>	1302-007.190 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
<b>SESSÃO DE</b>	18 de julho de 2024
<b>RECURSO</b>	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
<b>RECORRENTES</b>	J.P. MORGAN S.A. - DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS FAZENDA NACIONAL

**Assunto: Processo Administrativo Fiscal**

Ano-calendário: 2016, 2017

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. ERRO QUANTO À LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA. VÍCIO MATERIAL. NULIDADE DA AUTUAÇÃO

Viola, ao mesmo tempo, o art. 142 do CTN e o art. 10º do Decreto nº 70.235, de 1972, e está eivado de nulidade, por vício material, o lançamento fiscal que contém equívoco quanto à legislação aplicável, base de cálculo dos tributos e alíquota incidente sobre esta.

JCP. BENEFICIÁRIOS DOMICILIADOS NO EXTERIOR. REPRESENTANTE TRIBUTÁRIO. INAPLICABILIDADE. FONTE PAGADORA. RESPONSABILIDADE. ERRO QUANTO AO SUJEITO PASSIVO. VÍCIO MATERIAL. NULIDADE DA AUTUAÇÃO

A figura do representante tributário de investidores estrangeiros não se aplica aos rendimentos de juros sobre capital próprio pagos a beneficiários domiciliados no exterior, uma vez que a responsabilidade pela retenção do imposto incidente em tais transações é da fonte pagadora dos rendimentos.

Efetuada o lançamento em relação ao representante tributário, cabe o reconhecimento de erro quanto à identificação do sujeito passivo e a da nulidade do lançamento devido a vício material.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher parcialmente as preliminares de nulidade do lançamento, por vício material, devido a erro quanto

à legislação aplicável, à base de cálculo dos tributos e à alíquota incidente, e a erro na identificação do sujeito passivo, e, por consequência, em dar provimento aos recursos voluntários e negar provimento ao recurso de ofício, para cancelar o auto de infração tratado no presente processo, nos termos do relatório e voto do relator.

*Assinado Digitalmente*

**Paulo Henrique Silva Figueiredo** – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Wilson Kazumi Kakayama, Maria Angélica Echer Ferreira Feijó, Marcelo Oliveira, Henrique Nimer Chamas, Natália Uchôa Brandão e Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

## RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntários e Recurso de Ofício interpostos em relação ao Acórdão nº 109-014.532, de 7 de novembro de 2022, proferido pela 12ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 09, que julgou procedente em parte a Impugnação apresentada pelo sujeito passivo acima identificado (fls. 5.951/6.055).

O presente processo se originou de Auto de Infração para exigência de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) em relação a fatos geradores ocorridos no período de 02/09/2016 a 28/12/2017 (fls. 5/45).

O fundamento da autuação é sintetizado, no Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 47/137, nos seguintes termos:

Trata-se de imposto devido em razão de ganhos e rendimentos auferidos no Brasil por um conjunto de fundos de investimento constituídos e operados pela gestora de investimentos brasileira Constellation Investimentos e Participações Ltda. (“Constellation”), sob a forma de Carteiras Segregadas de empresas domiciliadas nas Ilhas Cayman, um dos Paraísos Fiscais elencados no art. 1º da Instrução Normativa RFB nº 1.037, de 4 de junho de 2010 (“IN RFB 1.037/2010”).

Sabedora de que os investimentos feitos nos mercados financeiro e de capitais brasileiros pelas Carteiras Segregadas sofreriam tributação aqui, a Constellation constituiu, também, um conjunto de entidades no estado norte-americano de Delaware e, com o emprego de simulação, atribuiu a estas a titularidade desses investimentos. Por se prestarem exclusivamente a ocultar os reais investidores, como aqui se demonstra, ao longo deste relatório essas entidades são designadas INRs Ostensivos (Investidores Não Residentes Ostensivos).

Em 2016, a Constellation contratou o JPMorgan Chase Bank, N.A. para exercer uma série de funções relacionadas à administração das Carteiras Segregadas. A

partir de então, o JPMorgan Chase Bank, N.A. passou a ter amplo conhecimento a respeito desses fundos.

Ato contínuo, a J.P. MORGAN S.A. - DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS (“JPM DTVM”, “DTVM” ou “fiscalizada”), controlada indireta do JPMorgan Chase Bank, N.A. e braço operacional da matriz norte-americana nos mercados financeiro e de capitais brasileiros, assumiu os diversos papéis exigidos pela nossa legislação para a realização de investimentos desse tipo aqui, entre os quais as representações legal e tributária. Essas representações, no entanto, foram formalizadas não em relação às Carteiras Segregadas, mas sim aos INRs Ostensivos. Com isso, os investimentos feitos no Brasil pelas Carteiras Segregadas passaram a ser formalmente registrados em nome dos INRs Ostensivos.

A presente autuação constitui o crédito tributário decorrente dos ganhos e rendimentos auferidos nessas operações durante o período fiscalizado, sendo responsabilizados a JPM DTVM, o JPMorgan Chase Bank, N.A., a Constellation e seus Sócios/Administradores que participaram diretamente dos atos simulados. Atuando pretensamente em nome dos INRs Ostensivos, essas pessoas físicas e jurídicas, em contínua colaboração, promoveram a simulação acima descrita e dela se beneficiaram. Tendo-se constatado fraude, sonegação e conluio, aplicou-se multa de ofício qualificada.

Os excertos a seguir, extraídos do TVF, permite compreender melhor a acusação fiscal:

93. Portanto, Constellation Fund, SPC foi constituída em 19/11/2002 “como uma sociedade limitada em conformidade com as leis das Ilhas Cayman” e registrada “como uma companhia de carteira segregada”, o que lhe possibilitava criar “uma ou mais carteiras segregadas para separar seus ativos e passivos mantidos na ou a nome de uma Carteira dos ativos e passivos da Companhia mantidos na ou a nome de qualquer outra Carteira da Companhia”.

94. O texto acrescenta que “A Companhia formou diversas Carteiras”. De fato, acompanham o Prospecto os três Anexos identificados no parágrafo 71.3, cada um dos quais detalhada os termos específicos da correspondente Carteira Segregada. Tratam-se exatamente das Carteiras identificadas como Sócios dos INRs Ostensivos em seus Acordos Societários vigentes até 02/08/2010.

Retomemos o quadro ali apresentado:

Nome da Carteira Segregada	INR associado
Carteira Segregada de Ações II ( <i>Equities II Segregated Portfolio</i> )	BEWETT
Carteira Segregada de Ações ( <i>Equities Segregated Portfolio</i> )	TYLER
Carteira Segregada B ( <i>Segregated Portfolio B</i> )	BARTHE

95. O texto esclarece, ainda, que “Toda Carteira consiste em um pool separado de ativos que formam um fundo separado com suas próprias políticas e objetivos de investimento”. Portanto, **cada Carteira Segregada funciona um fundo de**

**investimento independente**, separado dos demais fundos – ou seja, das demais Carteiras Segregadas – que coexistem na mesma entidade, Constellation Fund, SPC.

96. Pois bem. BARTHE e TYLER foram, ambas, constituídas em 05/10/2006, ao passo que BEWETT o foi em 31/03/2010. É o que registram seus Acordos Societários (doc. 002HO-001, 020C, 002HO-003).

97. Até 02/08/2010, cada qual tinha, como único Sócio, uma determinada Carteira Segregada de Constellation Fund, SPC, conforme quadro do parágrafo 94, acima.

98. Nessa ocasião, a totalidade das Unidades – títulos de participação na entidade – emitidas por TYLER e por BARTHE foi transferida das Carteiras Segregadas de Constellation Fund, SPC para as correspondentes Carteiras Segregadas de Constellation MASTER Fund, SPC, outra entidade caimanesa pertencente à Constellation (doc. 002HQ-001, 002HO-001, 010G).

99. Entretanto, as Unidades emitidas por BEWETT não sofreram o mesmo processo. Com isso, a partir de 02/08/2010, configurou-se a situação retratada no quadro do parágrafo 73.

100. O Prospecto faz referência a Constellation MASTER Fund, SPC como *Master Fund*. Assim, as transferências ocorridas em 02/08/2010 devem ser entendidas no contexto da adoção de uma estrutura no modelo “*master-feeder*”.

101. Nesse modelo, os recursos captados por determinado fundo são transferidos, no todo ou em parte, para outro fundo, o *Master Fund*, sendo o investimento feito em nome deste. Por tal razão, o primeiro é comumente referido como *Feeder Fund* – ou seja, Fundo Alimentador – do segundo.

[...]

146. A identidade do Administrador de cada Carteira Segregada é definida no correspondente Anexo do Prospecto. Entretanto, relativamente a todas e cada uma das Carteiras Segregadas em tela, tal função foi delegada ao mesmo Administrador, qual seja, o JPMorgan Chase Bank, N.A..

[...]

169. Portanto, ao oferecer participação nas Carteiras Segregadas em tela, a Constellation assumia o compromisso de que os recursos captados seriam investidos em ativos “*emitidos por, ou representando um investimento em, governos, companhias ou sociedades localizadas predominantemente em Países da América Latina*”.

[...]

173. Assim, se o compromisso formalmente assumido pela Constellation era o de que as Carteiras Segregadas fariam seus investimentos “*predominantemente em Países da América Latina*”, por que motivo teriam elas, supostamente, investido

nos INRs Ostensivos, todos domiciliados em Delaware, nos Estados Unidos da América?

[...]

175. Portanto, segundo seus Acordos Societários, os INRs Ostensivos tinham por finalidade “*praticar ou exercer qualquer ato ou atividade lícito(a)*”. Dessa forma, não estavam restritos a fazer investimentos “*predominantemente em Países da América Latina*”.

176. Com isso, caso as Carteiras Segregadas tivessem, de fato, investido nos INRs Ostensivos, teriam colocado em risco os termos dos Documentos de Subscrição, ou seja, o compromisso assumido pela Constellation perante seus Clientes.

177. As Carteiras Segregadas eram, de fato, titulares de 100% das Unidades emitidas pelos INRs Ostensivos. Entretanto, não aportaram recursos aí. Deveras, conforme comprovado a seguir, o Capital Social dessas entidades permaneceu inalterado desde o momento em que foram constituídas.

178. Assim, as Carteiras Segregadas não poderiam investir nos INRs Ostensivos – e, com efeito, não o fizeram.

[...]

217. Em outras palavras, somente os ativos negociados no Brasil foram atribuídos aos INRs Ostensivos, permanecendo diretamente sob titularidade da Carteira Segregada aqueles negociados em jurisdição diversa.

[...]

278. Na Subseção IV.11, comprovou-se que os INRs Ostensivos não arcaram com parte alguma dos custos das operações formalmente realizadas em seus nomes. Já na Subseção IV.12, comprovou-se que, ao darem *Instruções* em nome dos INRs Ostensivos, apenas na aparência os funcionários da Gestora de Investimentos trabalhavam para estes, quando, de fato, o faziam para as Carteiras Segregadas.

279. Acresce que tampouco é possível atribuir existência material aos INRs Ostensivos. Disso tratou o item 7 do TERMO Nº 05 – CONSTATAÇÃO E INTIMAÇÃO, dirigindo-lhes as seguintes questões:

[...]

294. Evidenciadas as inconsistências das justificativas apresentadas, tem-se que a interposição dos INRs Ostensivos entre as Carteiras Segregadas e os investimentos que estas fizeram no Brasil não decorreu de *necessidade*, mas de mera *conveniência* – no caso, da *conveniência* de disfarçar a titularidade dos investimentos para buscar vantagens fiscais indevidas. *Conveniência* espúria, portanto.

[...]

295. Quando não conduzem negócios nem possuem membros residentes ou domiciliados nos Estados Unidos da América, as *Limited Liability Companies* norte-

americanas podem ser tratadas como entidades fiscalmente transparentes. Nessa sistemática, seus resultados são atribuídos exclusivamente aos Sócios estrangeiros, não sofrendo tributação nos EUA.

296. É exatamente esse o caso dos INRs Ostensivos (doc. 002H, 002HA).

297. Assim, se os ganhos e rendimentos atribuídos no Brasil aos INRs Ostensivos não foram aqui devidamente tributados, tampouco o foram no País em que essas entidades foram constituídas, fluindo intactos, desde a fonte brasileira, até chegarem às correspondentes Carteiras Segregadas nas Ilhas Cayman.

298. Acresce que as Carteiras Segregadas tampouco foram tributadas quanto aos ganhos e rendimentos que auferiram através dos INRs Ostensivos. Isso porque eram hospedadas em Constellation Fund, SPC e Constellation MASTER Fund, SPC, sociedades isentas conforme consignado no Prospecto (doc. 010G, 010B):

[...]

300. Portanto, domiciliados nas Ilhas Cayman, Constellation Fund, SPC e Constellation MASTER Fund, SPC não estavam sujeitos a “nenhum imposto sobre o lucro, receita, ganho de capital ou valorização da[s] Companhia[s] ou de seus Acionistas, sobre as distribuições feitas pela[s] Companhia[s] ou sobre qualquer resgate de Ações”.

301. Percebe-se, então, que a estrutura montada pela Constellation para os investimentos realizados no Brasil pelas Carteiras Segregadas foi especialmente projetada para simular uma situação que, se tomada por seu valor de face, possibilitaria evitar a incidência de tributação em todos os seus níveis.

[...]

327. As Empresas do Grupo J.P. Morgan tinham pleno conhecimento dos vícios inerentes à estrutura existente por trás dos INRs Ostensivos.

328. Apesar disso, agindo no mercado brasileiro como extensão dos braços do JPMorgan Chase Bank, N.A., seu controlador indireto, a JPM DTVM assumiu, perante as autoridades brasileiras, a condição de REPRESENTANTE TRIBUTÁRIO, REPRESENTANTE e CUSTODIANTE daqueles, dando o passo final para que se consumasse a simulação arquitetada pela Constellation.

329. Assim procedeu para assegurar benefícios financeiros para si e para a matriz estadunidense, após ambas se cercarem das devidas garantias.

[...]

394. No presente caso, fazendo-se passar pelos INRs Ostensivos, as Carteiras Segregadas, fundos de investimento constituídos nas Ilhas Cayman, um Paraíso Fiscal, fizeram seus investimentos nos mercados financeiro e de capitais brasileiros violando o disposto no art. 79 da Lei 8.981/95. Portanto, **é de 25% a alíquota aplicável aos ganhos e rendimentos auferidos pelas Carteiras Segregadas, formalmente atribuídos aos INRs Ostensivos.**

[...]

449. Conforme detalhado na Subseção VI.2, os ganhos e rendimentos decorrentes de operações realizadas em nome dos INRs Ostensivos no período compreendido entre 01/09/2016 e 31/12/2017, ora autuados, foram identificados e demonstrados em planilhas apresentadas pela fiscalizada. Esses ganhos e rendimentos foram transportados, pela Autoridade Fiscal, para as seguintes planilhas eletrônicas:

Doc.	Planilha	Teor	% IR
822A	Apuracao RV	Ganhos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas: mercados à vista e <i>day trade</i>	0%
822B	Apuracao Titulos Publicos	Rendimentos em operações com Títulos Públicos Federais	0%
822C	Apuracao Emprestimos	Rendimentos em operações de empréstimo de ações/títulos	15%
822D	Apuracao JCP.	Rendimentos pagos a título de JCP	15%

449.1. Em cada caso, o quadro acima mostra o percentual do Imposto de Renda retido por terceiros sobre os montantes brutos dos rendimentos atribuídos aos INRs Ostensivos. Como se observa, esses percentuais são, em todos os casos, inferiores a 25%, sendo esta a alíquota aplicável conforme esclarecido na Subseção VI.1.

O lançamento de ofício foi, então, realizado em nome da JPM DTVM, responsável tributário, à luz do art. 121 do Código Tributário Nacional (CTN), do art. 79 da Lei nº 8.981, de 1995, e do art. 100 do Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, por ser o Representante Tributário dos INRs Ostensivos e fonte pagadora dos ganhos e rendimentos.

Além disso, JPMorgan Chase Bank, N.A., CNPJ 05.501.195/0001-77, e Constellation Investimentos e Participações Ltda., CNPJ 06.182.127/0001-55, com base no art. 124, inciso I, do CTN; e Florian Bartunek, CPF 004.672.367-63, e Alex Rodrigues, CPF 282.169.278-19, com base no art. 135, inciso III, do CTN, foram considerados responsáveis solidários pelo crédito tributário constituído.

Por fim, a multa de ofício foi exigida no percentual qualificado de 150% (cento e cinquenta por cento), uma vez que se entendeu configurada fraude, conluio e sonegação, conforme previsão dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

Todos os sujeitos passivos foram cientificados da autuação, sendo que os responsáveis Florian Bartunek e Alex Rodrigues apresentaram, conjuntamente, a Impugnação de fls. 2.596/2.656, por meio da qual, sustentam:

- (i) suspeição e/ou impedimento da autoridade fiscal para a lavratura dos autos de infração sob exame;
- (ii) nulidade do lançamento por violação ao Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 5, de 2019, e por “erros [...] gritantes” em relação à base de cálculo e alíquota aplicadas;

- (iii) nulidade do lançamento, por ausência de “fiscalização ou auditoria em face dos Impugnantes, tendo essa sido feita apenas com o Sujeito Passivo”;
- (iv) inexistência de responsabilidade solidária, por ausência de interesse jurídico das pessoas a quem esta foi atribuída;
- (v) **“contradição insanável da invocação cumulativa do 124 e do 135 para as mesmas pessoas pelo mesmo fato”;**
- (vi) inexistência de fraude, simulação ou dolo;
- (vii) caráter confiscatório da multa de ofício de 150% (cento e cinquenta por cento).

Às fls. 3.193/3.268, a responsável Constellation Investimentos e Participações Ltda, doravante CONSTELLATION, apresentou a sua Impugnação, arguindo:

(i) as Investidoras Diretas eram sociedades regularmente constituídas 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 faziam jus ao regime especial de tributação dos INRs, que contempla isenções e alíquotas de IR reduzidas, atualmente consolidadas nos arts. 88 a 99 da IN RFB nº 1.585/15 (tendo por base legal o art. 16 da MP nº 2.189-49/01, combinado com o art. 81 da Lei nº 8.981/95, com o art. 1º da Lei nº 11.312/06 e alguns outros dispositivos específicos);

(ii) as referidas entidades, portanto, jamais poderiam ter sido desconsideradas pelo Fisco brasileiro, muito menos as Investidoras Indiretas (residentes nas Ilhas Cayman) poderiam ter sido tratadas como as efetivas investidoras, como bem apontado no Parecer Jurídico elaborado pelo Prof. HELENO TAVEIRA TORRES, ora anexado como DOC. 5;

(iii) assim como as Investidoras Diretas, as Investidoras Indiretas eram entidades validamente existentes, regidas por leis estrangeiras, mas sem infraestrutura operacional relevante. Logo, ainda que, por absurdo, se aceite a lógica de desconsideração de pessoas jurídicas estrangeiras pretendida pela fiscalização, ela teria que ser levada às últimas consequências, alcançando todas as entidades empregadas para os investimentos realizados; e, nesse cenário, os ganhos e rendimentos em discussão estariam isentos da incidência do IR, na medida em que auferidos em sua quase totalidade por beneficiários finais residentes no exterior, em países não caracterizados como paraíso fiscal, como evidenciado nas planilhas apresentadas ao longo da fiscalização e nos relatórios elaborados pela KPMG, ora anexados como DOC. 6;

(iv) após o advento do ADI nº 5/19, apenas pode ser admitida a desconsideração dos titulares diretos de investimento 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 dos INRs, que apenas se estruturaram de forma eficiente, como todo o mercado financeiro estava estruturado;

(v) ademais, ainda que não fosse aplicável ao caso concreto o regime especial de tributação dos INRs, os ganhos e rendimentos auferidos pelos investidores 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% (ganhos) ou a alíquotas regressivas de 22,5% a 15% (rendimentos), nos mesmos termos aplicáveis aos residentes no País;

(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 JPM DTVM 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 (que não o contribuinte) quando prevista por dispositivo expresso de lei, que não existia no caso concreto, para alcançar a JPM DTVM ou a RESPONSABILIZADA.

Subsidiariamente, pugnou:

[...] (a) que o IR seja julgado devido nos mesmos termos aplicáveis aos residentes no País (alíquotas de 15% a 22,5%); (b) que seja autorizada a compensação de ganhos e perdas entre as operações de venda de ações celebradas no período; (c) que seja considerada indevida a realização de “gross up” pretendida pela fiscalização.

[...] que [...] 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, bem como reconhecida a decadência do direito de a fiscalização exigir o IRF relativo a fatos geradores anteriores a 08.11.2016, nos termos do art. 150, §4º, do CTN.

[...] que:

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

(ii) não restou demonstrada a caracterização de “interesse comum” entre a RESPONSABILIZADA e os devedores principais do crédito tributário, conforme requerido pelo art. 124, I, do CTN, utilizado como fundamento legal pelo AUTO.

O sujeito passivo principal, por sua vez, apresentou a Impugnação de fls. 3.607/3.735, suscitando:

- (i) a nulidade do auto de infração por erro na identificação do sujeito passivo;
- (ii) a nulidade do auto de infração por erro na determinação da alíquota aplicável;
- (iii) a nulidade do auto de infração por erro no cômputo da base de cálculo;
- (iv) a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos entre 02 de setembro e 7 de novembro de 2016;
- (v) a **“IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DOS INVESTIDORES 4373 E ATRIBUIÇÃO DA TITULARIDADE DOS INVESTIMENTOS FINANCEIROS AOS CAYMAN FUNDS”**;
- (vi) a inaplicabilidade da multa de ofício qualificada, devido à ausência de dolo, fraude ou simulação.

Finalmente, o responsável JPMorgan Chase Bank impugnou o lançamento por meio do documento de fls. 4.066/4.115, no qual apresentou as seguintes alegações:

#### **III.5.1 Questões preliminares e nulidades do Auto de Infração**

180. As razões centrais que demonstram a nulidade absoluta do Auto de Infração encontram-se sumarizadas abaixo e devem ser interpretadas sempre em conjunto com a integralidade dos fatos, argumentos e documentos apresentados na Impugnação protocolada pela DTVM:

**(i)** preliminarmente [...] que o presente Auto de Infração é nulo de pleno direito, tendo em vista o erro na identificação do sujeito passivo. A D. Fiscalização atribui a responsabilidade tributária à DTVM 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, conseqüentemente, a nulidade do lançamento fiscal;

**(ii)** 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 e rendimentos auferidos por investidores em paraíso fiscal nas operações financeiras realizadas no mercado financeiro e de capitais brasileiro;

**(iii)** isso porque, caso fosse adotado o equivocado entendimento da D. Fiscalização, o que se faz apenas para os fins de argumentação, de que os reais detentores dos ativos brasileiros seriam as entidades domiciliadas nas Ilhas Cayman (Cayman Funds), e não os Investidores 4373, estar-se-ia diante de um cenário em que entidades estrangeiras – residentes e domiciliadas em paraíso fiscal – investiriam 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 às suas controladas diretas (Tyler, Barthe e Bewett). Neste caso, não há outra conclusão que não a de

sujeitar referidos ganhos auferidos em operações em bolsa 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) além disso, a DTVM demonstrou que os valores exigidos pela D. Fiscalização sobre os ganhos e rendimentos auferidos pelos INRs antes de 7.11.2016, ocorridas há mais de cinco anos da lavratura do Auto de Infração, estão integralmente abrangidos pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN. Portanto, os pagamentos efetuados entre 2.9.2016 e 7.11.2016 não poderiam ser objeto de autuação fiscal;

(vi) por fim, [...] o Auto de Infração ainda cometeu erros na apuração da suposta base de cálculo tributável, uma vez que (a) **desconsiderou as perdas** incorridas pelos Investidores 4373 no mercado financeiro e de capitais brasileiro (isto é, a D. Fiscalização utilizou apenas os resultados positivos dos respectivos investimentos, mas desconsiderou completamente as perdas que foram incorridas no período); e (b) o reajustamento da base de cálculo do IRRF, conforme proposto pela D. Fiscalização com base no artigo 725 do RIR/99, não poderia ter sido realizado no caso sob análise, uma vez que a DTVM não arcou com o ônus do IRRF devido pelos INRs;

[...]

### **III.5.2 Razões de mérito para cancelamento do Auto de Infração**

[...]

(i) [...] é completamente descabido cogitar-se da ocorrência de fraude, dolo, simulação ou conluio. A DTVM 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 dos Investidores 4373 como os efetivos investidores estrangeiros no caso em questão. Somente aqueles órgãos têm o poder de verificar se as operações com aplicações financeiras atendem aos pressupostos legais e possuem validade jurídica;

(ii) a própria RFB reconheceu expressamente, por meio do Ato Declaratório Interpretativo nº 5, de 17.12.2019 (“ADI 5/2019”), que *“a origem do investimento, para fins de aplicação do regime especial de tributação previsto nos artigos 88 a 98 da Instrução Normativa nº. 1.585, de 31 de agosto de 2015, será determinada com base na jurisdição do investidor direto no País, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação”*;

(iii) [...] é absolutamente ilegal a tentativa da D. Fiscalização de descaracterizar o tratamento fiscal aplicável às operações sob análise, sob a premissa de que os supostos reais investidores estrangeiros não teriam indicado representante legal no Brasil, nos termos exigidos pelo artigo 79 da Lei 8.981/95. [...]

(iv) ademais, há razões econômicas, jurídicas e empresariais efetivas para a escolha da jurisdição onde se localizam os Investidores 4373. Considerando que tais entidades são dotadas de personalidade jurídica, elas (a) representavam uma proteção patrimonial adicional para os investidores; (b) autorizavam a realização de reinvestimentos com os recursos que lhe eram atribuídos; e (c) viabilizavam a diversificação das estratégias de investimento definidas pelo gestor, como detalhadamente demonstrado na Impugnação apresentada pela DTVM;

(v) *ad argumentandum*, ainda que se admita que os Investidores 4373 possam ser desconsiderados, não há nenhuma justificativa plausível que embase a alegação da D. Fiscalização de que os Cayman Funds (veículos intermediários na cadeia societária) seriam os titulares efetivos dos ganhos e rendimentos auferidos no Brasil;

[...]

(vii) [...] Assim, sob qualquer perspectiva que se analise a questão, é implausível a tentativa fiscal de requalificar o tratamento fiscal aplicável aos correspondentes ganhos/rendimentos, sobretudo para aplicar uma alíquota genérica de 25% de IRRF que sequer seria aplicável mesmo a investimentos oriundos de paraísos fiscais, com base na alegação de que os beneficiários dos investimentos deveriam ser vistos como domiciliados em paraíso fiscal;

Por meio da Petições de fls. 4.402, 4.570, 5.070/5.106 e 5.675/5.681, foram juntadas aos autos traduções juramentadas, parecer e decisão administrativa.

Na decisão de primeira instância (fls. 5.951/6.055), considerou-se “comprovada a simulação na interposição dos LLC Delaware para ocultar os fundos domiciliados nas Ilhas Cayman como investidores diretos no Brasil”. Rejeitou-se a alegação da competência exclusiva do Banco Central para se manifestar acerca das operações financeiras. Concordou-se, contudo, com os Impugnantes, no sentido de que “não se pode dizer que todos os atos praticados no mercado financeiro e de capitais no Brasil foram inválidos”. Assim, o tributo deveria ser “apurado pelas mesmas regras aplicáveis a domiciliados no Brasil”. As autoridades julgadoras, então, reduziram os montantes devidos, conforme planilha anexa ao voto vencedor.

No mais, foi mantida a multa de ofício qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), por estar comprovada a conduta descrita no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. E foram mantidas as atribuições de responsabilidade tributária solidária, à exceção daquela imposta a JP Morgan Chase Bank.

O referido acórdão recebeu a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Período de apuração: 02/09/2016 a 28/12/2017

INVESTIDOR DIRETO. REGIME ESPECIAL PREVISTO PARA INVESTIDOR NÃO RESIDENTE. SIMULAÇÃO.

Caracteriza-se simulação a criação de estrutura de investimentos com interposição de entidades com o objetivo preponderante de aproveitamento de benefício fiscal, inviabilizando a sua fruição.

IRRF. EQUIPARAÇÃO A INVESTIDOR RESIDENTE.

O real investidor residente em país sob tributação favorecida, inclusive quando oculto por intermediação de terceiro, se sujeitará às mesmas estabelecidas para os residentes e domiciliados no Brasil.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 02/09/2016 a 28/12/2017

ASPECTO QUANTITATIVO LANÇAMENTO. REVISÃO JULGAMENTO.

Vício no aspecto material do lançamento pode ser corrigido no julgamento caso não tenha havido nenhuma hipótese de nulidade de que trata o art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE.

A simulação mediante criação de estrutura artificial para aplicar regra de isenção tributável caracteriza fraude pelo conceito do art. 72 da Lei nº 4.502/64, e faz incidir a multa de ofício qualificada.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM.

Caracteriza responsabilidade solidária por interesse comum de pessoa que realize operações com o intuito de acarretar a supressão ou a redução de tributos mediante manipulação artificial do fato gerador (planejamento tributário abusivo).

Após a ciência da decisão, os responsáveis Florian Bartunek e Alex Rodrigues interpuseram o Recurso Voluntário de fls. 6.115/6.290 (repetido às fls. 6.310/6.485 e às fls. 6.843/7.023), sustentando a ilegalidade da atribuição de responsabilidade tributária, com fulcro, majoritariamente, em parecer juntado aos autos; reprisando, essencialmente, as alegações contidas na Impugnação apresentada; e pleiteando:

[...] **(B)** seu provimento para afastar a responsabilidade solidária ilegalmente imputada aos Recorrentes, e sucessivamente (se possível, mesmo acatado o afastamento da solidariedade e sua declaração de nulidade), a análise do mérito, **(C)** com o reconhecimento de que o registro de Investidor Não-Residente de Barthe, Tyler e Bewett e outros relacionados à Constellation respeitaram,

conforme os registros outrora (e ainda) existente e válidos e o Ofício do Banco Central no Anexo I, as regras daquele órgão OU **(C-alternativo)** que cabe ao Banco Central e à CVM definirem o conteúdo e o alcance e requisitos do registro de Investidor Não-Residente e que a Receita Federal tem de respeitar as regras daqueles órgãos, declarando NULO o acórdão guerreado, e sucessivamente, e **(D)** seja declarado nulo o acórdão recorrido por mudança de critério jurídico da autuação e/ou por não analisar todos os fatos (como o Form D da SEC, e como a anulação de todos os atos jurídicos da cadeia em caso de simulação) e **(D')** violação de precedente do CARF (Decisão Santander), e sucessivamente, **(E)** seja declarado que a simulação (caso ilegalmente o acórdão a reconheça presente) não é base de aplicação de multa qualificada de 150% e sucessivamente **(E')** que a multa de 150% é confiscatória, reduzindo-se a 75%, e **(F)** seja analisada e reconhecida a parcialidade, a pessoalidade e a irrazoabilidade do Senhor Fiscal Adamastor, anulando-se o acórdão recorrido, em todos as hipóteses exceção à F, declarando a nulidade integral do acórdão e do Auto de Infração e seu TVF [...]

Subsidiariamente, pugnou pela declaração de nulidade da decisão de primeira instância e determinação para novo julgamento, sem que as autoridades julgadoras pudessem “mexer ou alterar base de cálculo e alíquota” e devendo “respeitar os registros de INR existentes”.

Às fls. 6.488/6.643 (repetido às fls. 7.026/7.182), a responsável Constellation Investimentos e Participações Ltda apresentou o seu Recurso Voluntário, por meio do qual arguiu a nulidade integral do auto de infração por erro no regime jurídico, e, no mérito, que foram “rigorosamente cumpridos os requisitos para a incidência do regime especial sobre os rendimentos e ganhos da Beweet, Barthe e Tyler – efetivos Investidores Não Residentes nos mercados financeiro e de capitais”; que não teria ficado “comprovada a prática de qualquer ato doloso, devendo ser, portanto, afastada a acusação de fraude, sonegação e conluio” e cancelada a exigência da multa de ofício qualificada; “o consequente reconhecimento da decadência dos fatos geradores ocorridos entre 02/09/2016 e 07/11/2016”; “a impossibilidade de lhe ser atribuída responsabilidade solidária, posto que “o “interesse comum” arguido pela Autoridade Fiscal é inconsistente com a previsão do artigo 124 do CTN, que exige a configuração de interesse jurídico, e não “no fato” (como diz o ilegal PN nº 4/2018), tampouco interesse meramente econômico”.

Finalmente, o sujeito passivo principal interpôs o seu Recurso Voluntário, às fls. 7.654/7.795, alegando:

- (i) a nulidade da autuação “tendo em vista o erro de determinação da alíquota (25%, ao invés da aplicação das mesmas regras aplicáveis a pessoas físicas brasileiras); o erro na identificação do sujeito passivo e dos sucessivos erros na determinação da base de cálculo do IRF cometidos pela D. Fiscalização”;
- (ii) a decadência do lançamento quanto aos “ganhos e rendimentos auferidos pelos INRs antes de 7.11.2016, [...] nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN”;

- (iii) a nulidade da decisão de primeira instância por inovação em relação ao “fundamento legal para a responsabilização da Recorrente (parágrafo 3º, inciso I, do artigo 16 da MP 1.189-49/01), em arrepio ao entendimento adotado pela própria D. Fiscalização quando da lavratura do lançamento fiscal (artigos 47 da Lei 10.833/03 e 8º da Lei 9.779/99)”;
- (iv) a nulidade da decisão de primeira instância por “tentar ‘corrigir’ o Auto de Infração, utilizando-se das razões da Recorrente em sede de Impugnação para estabelecer a melhor aplicação da Lei, sem, contudo, declarar a óbvia nulidade do Auto de Infração”;
- (v) quanto ao mérito, a impossibilidade de desconsideração dos investidores 4373 e da atribuição de titularidade dos investimentos financeiros aos *Cayman Funds*; bem como, a inaplicabilidade da multa de ofício qualificada, devido à ausência de dolo, fraude ou simulação.

Às fls. 8.133/8.217, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) apresentou Contrarrazões ao Recurso Voluntário e Razões ao Recurso de Ofício sustentando:

- (i) quanto à preliminar de nulidade do auto de infração, que não teria havido “nenhuma violação ao devido processo legal ou à ampla defesa e tampouco deficiência na motivação ou mudança no critério jurídico, sem prejuízo para defesa”;
- (ii) quanto à alegação de nulidade dos ajustes realizados pela primeira instância julgadora, que esta seria “a própria sistemática do provimento parcial da impugnação por aquela delegacia. Não se pode entender que [...] a exclusão de parte do valor lançado, gera nulidade por erro no valor do lançamento”;
- (iii) que não se verificaria a ocorrência de decadência, posto que “toda a estrutura montada, com os reais investidores em um paraíso fiscal e a interposição de pessoas para a criação de ilícito esquema de fraude mediante simulação afasta a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN e atrai a incidência do art. 173, I, do CTN”;
- (iv) que os comprovantes de pagamento juntados aos autos pelo sujeito passivo principal se referem a “retenção de operações aleatórias, em nada relacionadas com sua operação com a CONSTELLATION”.

Quanto ao mérito, ratificou a acusação fiscal, nos seguintes termos:

O quadro fático evidencia a criação de **artifício fraudulento** que foi construído apenas para evitar a tributação. A fraude se concretizou por meio de uma **simulação** na qual os reais investidores, investidores de fato (Carteiras Segregadas nas Ilhas Cayman), foram ocultados a partir de **pessoas interpostas** (entidades constituídas em Delaware). Diante da existência de sonegação, fraude e conluio, foi aplicada a multa ofício qualificada, de 150%.

[...]

Com base em tais previsões, resta claro o posicionamento adotado pela fiscalização. Uma vez que os investidores estrangeiros efetivos são residentes em paraísos fiscais, não fazem jus ao tratamento previsto no art. 16 da MP n. 2.189-49, restando-lhes a previsão do art. 16, §2º do normativo. Todavia, porque não deram adequado cumprimento ao art. 16, §3º, I, da MP n. 2.189-49/01 e art. 79 da Lei n. 8.981/95, não se lhes poderia ser concedido o tratamento benéfico instituído no art. 78 da Lei. Assim, restou-lhes a regra geral de incidência sobre remessas remetidas ao exterior, com a alíquota de 25%, prevista tanto no art. 47 da Lei n. 10.833/06 como no art. 8º da Lei n. 9.779/99.

O entendimento da atuada, de que os investidores estrangeiros, dos quais era representante, teriam direito subjetivo à equiparação com o investidor nacional, não merece prosperar. A imputação fiscal caminhou no sentido de que a conta foi irregularmente constituída porque aberta por pessoa interposta. A fiscalização apontou vícios na atuação dos investidores não residentes, em conjunto com a atuada, que comprometeram a validade dos negócios jurídicos realizados e a consequência legal da invalidade constatada foi a negativa ao benefício fiscal. A vulneração a essas normas impede que o INR usufrua de benefício legal no Brasil.

Assim, conclui-se não residir erro no enquadramento legal. O benefício fiscal da equiparação, previsto no art. 78 da lei e refletido no art. 16, §2º da Medida Provisória n. 2.189-49/01 não pode ser fruído por aquele que viola exigências legais, sendo o consectário lógico, nesse caso, aplicar a alíquota que constitui a regra geral, de 25%.

O vício identificado no aspecto subjetivo que impôs a negativa aos benefícios fiscais não repercute na natureza do investimento estrangeiro no Brasil, que permanece como investimento em mercado financeiro, mas afeta, por óbvio, seu aspecto subjetivo, pois se identificou que o contribuinte de fato, uma vez afastada a pessoa interposta, é residente em paraíso fiscal. Por conseguinte, no tocante à sujeição passiva, aplicam-se as regras previstas para (i) o investidor estrangeiro residente em paraíso fiscal (ii) que investe no mercado financeiro. O resultado é justamente a aplicação do art. 16, §3º, I da Medida Provisória n. 2189/49.

[...]

Tampouco merece prosperar a alegação de que, negado o benefício fiscal, deve incidir o art. 26 da Lei n. 10.833/06, que prevê o recolhimento pelo adquirente dos ativos. Trata-se de regra geral, que, portanto, não se aplica ante a existência de disposições específicas para o mercado de capitais.

É de se observar que o recurso voluntário se arrima em suposto vínculo entre o art. 26 e a previsão do art. 47 da Lei n. 10.833/06, defendendo que constituem um regime jurídico próprio. Assim o faz porque a fiscalização fundamentou o lançamento no art. 47 da Lei.

O entendimento não resiste à leitura do texto legal. O art. 47 estabelece uma alíquota como regra geral, de aplicação subsidiária, para investidores residentes em paraísos fiscais. Já o art. 26 da Lei regula a sujeição passiva para a hipótese “ganho de capital a que se refere o art. 18 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995”. O referido art. 18 prevê que *“o ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País”*.

Ainda, defendeu a “possibilidade de a SRFB considerar interposta pessoa aquele que, nos termos do BACEN e da CVM, estava devidamente habilitado para atuar no mercado brasileiro”; sustentou a inexistência de desconstituição de pessoa jurídica e a ausência de aplicação do art. 116 do CTN; e corroborou a atribuição de responsabilidade tributária à CONSTELLATION, JP Morgan Chase Bank, Florian Bartunek e Alex Rodrigues.

Quanto ao Recurso de Ofício, defendeu a reforma da decisão de primeira instância, sob os seguintes fundamentos:

Com estas ponderações iniciais, passa-se a demonstrar que a conclusão de que houve indevido reajuste da base de cálculo pelo gross up não pode prosperar. No que se refere ao gross up, os IMPUGNANTES afirmaram que não houve assunção expressa do ônus financeiro pelo IR/Fonte, o que impediria o reajuste da base de cálculo de acordo com o artigo 725 do RIR/99:

[...]

Todavia, ao contrário do que entendeu a DRJ, a assunção do ônus do imposto abrange tanto as hipóteses de assunção expressa quanto aquelas que decorrem da simples inadimplência da fonte em não reter o tributo na época própria. Uma vez que não foi pago o imposto, ele é devido como se o valor recebido pela empresa estrangeira já estivesse líquido da exação, conforme posicionamento já pacificado no CARF.

[...]

Tendo o JP Morgan Chase Bank, N.A manipulado a essência do fato jurídico real para manipular as obrigações fiscais, ficou demonstrado o interesse comum. Há interesse jurídico em se alterar o regime tributário aplicado às operações, o que atrai o art. 124 do CTN.

Os autos foram, então, distribuídos por sorteio a este Conselheiro.

É o Relatório.

## VOTO

Conselheiro **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, Relator.

### 1 DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS

### 1.1 DA ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

O sujeito passivo principal e todos os responsáveis tributários foram cientificados da decisão de primeira instância e foram apresentados Recursos Voluntários dentro do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, conforme quadro a seguir:

RECORRENTE	DATA DE CIÊNCIA	DATA DO RECURSO
J.P. MORGAN S.A. - DTVM	10/04/2023 (fl. 6.104)	08/05/2023
FLORIAN BARTUNEK	05/04/2023 (fl. 6.101)	12/03/2023
ALEX RODRIGUES	17/04/2023 (fl. 6.105)	12/03/2023
CONSTELLATION	17/04/2023 (fl. 6.108)	13/03/2023
J.P. MORGAN CHASE BANK	08/04/2023 (fl. 6.111)	---

Todos os Recursos são assinados, digitalmente, por procuradores dos recorrentes.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Art. 43, inciso III, do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023.

Isto posto, os Recursos são tempestivos e preenchem os demais requisitos de admissibilidade, portanto, deles tomo conhecimento.

### 1.2 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.<sup>1</sup>

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 4.373, de 2014, 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.

<sup>1</sup> FONSECA, Andreza de Souza Ribeiro; CASTILHO, Ramon Machado. Tratamento tributário dos investimentos de não residentes no mercado de capitais brasileiros. Revista direito tributário internacional atual. n. 07, p. 29-51. São Paulo: IBDT, 2020. Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/wp-content/uploads/2020/07/andreza-e-ramon.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

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 que realizem operações financeiras nos mercados de renda fixa ou variável. 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.

§1ºÉ 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.

§2ºO 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 1.585, de 2015.

Para os ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, as regras estavam estabelecidas nos arts. 56 a 69 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. 56. 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) na alienação de cotas de fundo de investimento imobiliário, sem prejuízo das disposições contidas no art. 37;

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 CVM.

§ 3º Considera-se ganho líquido o resultado positivo auferido nas operações de que tratam os arts. 58 a 62 realizadas em cada mês, admitida a dedução dos custos e despesas incorridos, necessários à realização das operações.

§ 4º No caso de realização de mais de uma operação no mesmo dia, para efeitos 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.

§ 5º 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. 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).

#### **Subseção I Dos Mercados à Vista**

Art. 58. 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.

[...]

#### **Subseção V Da Retenção na Fonte com Alíquota de 0,005%**

Art. 63. As operações referidas no § 2º do art. 25 e nos arts. 27, 37, 58 e 60 a 62 sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de 0,005% (cinco milésimos por cento) sobre os seguintes valores:

[...]

IV - nos mercados à 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 com tributação favorecida a que se refere o art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

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 CMN, 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. 47.

§ 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.

§ 9º A retenção a que se refere o caput não se aplica às ações de emissão das companhias que cumpram os requisitos previstos no art. 66, quando negociadas em bolsa de valores.

#### **Subseção VI Da Compensação de Perdas**

Art. 64. Para fins de apuração e pagamento do imposto mensal sobre os ganhos líquidos, as perdas incorridas nas operações de que tratam os arts. 27, 58 e 60 a 62 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.

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. 65.

[...]

Art. 65. Os rendimentos auferidos em operações de day-trade realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte à alíquota de 1% (um por cento).

[...]

§ 10. As perdas incorridas em operações de day-trade somente poderão ser compensadas com os rendimentos auferidos em operações da mesma espécie, realizadas no mês, observado o disposto no § 11.

§ 11. O resultado mensal da compensação referida no § 10:

I - se positivo, será tributado à alíquota de 20% (vinte por cento); II - se negativo, poderá ser compensado com os resultados positivos de operações de day-trade apurados nos meses subsequentes.

Para as Operações de empréstimos de Títulos e Valores Mobiliários, eram aplicáveis os arts. 73 a 84 da referida Instrução Normativa, dos quais se destaca:

#### **Seção IV Das Disposições Especiais**

##### **Subseção I Da Operação de Empréstimo de Títulos e Valores Mobiliários**

Art. 73. A remuneração auferida pelo prestador nas operações de empréstimo de ações de emissão de companhias abertas realizadas em entidades autorizadas a prestar serviços de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários será tributada pelo imposto sobre a renda de acordo com as regras estabelecidas para aplicação de renda fixa às alíquotas previstas no art. 6º.

As regras dispostas no referido art. 6º da Instrução Normativa em questão são as seguintes:

Art. 6º Os fundos de investimento classificados como de longo prazo sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte, por ocasião do resgate, observado o disposto no art. 9º, às seguintes alíquotas:

I - 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento), em aplicações com prazo de até 180 (cento e oitenta) dias;

II - 20% (vinte por cento), em aplicações com prazo de 181 (cento e oitenta e um) dias até 360 (trezentos e sessenta) dias;

III - 17,5% (dezessete inteiros e cinco décimos por cento), em aplicações com prazo de 361 (trezentos e sessenta e um) dias até 720 (setecentos e vinte) dias;

IV - 15% (quinze por cento), em aplicações com prazo acima de 720 (setecentos e vinte) dias.

Parágrafo único. O disposto nos §§ 9º a 11 do art. 46 aplica-se também, no que couber, aos rendimentos auferidos nos fundos de investimento de que trata este artigo.

Já, para os rendimentos de títulos públicos, a regra aplicável é aquela constante do art. 99 da mencionada Norma, que remete aos arts. 45 e seguintes:

Art. 99. O regime de tributação previsto nos arts. 89 a 98 não se aplica a investimento oriundo de país com tributação favorecida nos termos do art. 24 da Lei nº 9.430, de 1996, o qual sujeitar-se-á às mesmas regras estabelecidas para os residentes ou domiciliados no País, observada a exceção prevista no § 15 do art. 92 que trata dos fundos soberanos e o disposto no parágrafo único do art. 93 que se refere à LIG.

§ 1º A equiparação do investidor estrangeiro ao nacional, para fins de imposto sobre a renda, ocorrerá em relação às operações de aquisição de títulos e valores mobiliários, inclusive cotas de fundos de investimento, realizadas a partir da data da entrada em vigor do ato da RFB que relacionar países ou dependências com tributação favorecida, independentemente da data de aquisição.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se aos rendimentos produzidos a partir da data da entrada em vigor do ato da RFB que relacionar países ou dependências com tributação favorecida, por títulos e valores mobiliários, inclusive cotas de fundos de investimentos, independentemente da data de sua aquisição.

§ 3º No caso de ações negociadas no mercado à vista de bolsa de valores ou no mercado de balcão organizado, para fins de apuração da base de cálculo do imposto sobre a renda, o custo de aquisição para apuração do 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.

Art. 45. Esta Seção dispõe sobre as normas de tributação das aplicações financeiras em títulos de renda fixa e de renda variável sujeitos à retenção de imposto sobre a renda na fonte, com exceção das operações realizadas em bolsas

de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, que serão tributadas na forma prevista na Seção II.

Parágrafo único. O disposto nesta Seção inclui títulos públicos e privados, operações com ouro, equiparado a operações de renda fixa, títulos de capitalização, operações de swap e COE.

Art. 46. Os rendimentos produzidos por aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável, auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte às seguintes alíquotas:

I - 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento), em aplicações com prazo de até 180 (cento e oitenta) dias;

II - 20% (vinte por cento), em aplicações com prazo de 181 (cento e oitenta e um) dias até 360 (trezentos e sessenta) dias;

III - 17,5% (dezessete inteiros e cinco décimos por cento), em aplicações com prazo de 361 (trezentos e sessenta e um dias) até 720 (setecentos e vinte) dias;

IV - 15% (quinze por cento), em aplicações com prazo acima de 720 (setecentos e vinte) dias.

§ 1º A base de cálculo do imposto é constituída pela diferença positiva entre o valor da alienação, líquido do IOF, quando couber, e o valor da aplicação financeira.

Finalmente, os rendimentos decorrentes de juros sobre o capital próprio, não são abrangidos pela ampliação promovida pela Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001, por não se tratar de operações financeiras nos mercados de renda fixa ou de renda variável. Neste sentido, os rendimentos que tenham como beneficiários IRE são, de regra, sujeitos à tributação pela alíquota de 15% (quinze por cento) e, acaso domiciliados em países com tributação favorecida, alcançados pela alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), conforme art. 9º da Lei nº 9.249, de 1995, e art. 8º, da Lei nº 9.779, de 1999.

Cabe, ainda, destacar, na legislação, a figura do representante legal, previsto no art. 79 da Lei nº 8.981, de 1995, e no art. 85, §2º, da Instrução Normativa RFB nº 1.585, de 2015. 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. 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)

À luz das normas acima, passa-se à apreciação dos Recursos Voluntários.

### 1.3 DAS PRELIMINARES DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

#### 1.3.1 DO SUPOSTO ERRO NA CAPITULAÇÃO LEGAL E ALÍQUOTA APLICÁVEL

Em sede de preliminar, a Recorrente J.P. MORGAN S.A. – DTVM argui a nulidade do auto de infração, devido à **“imposição equivocada da alíquota de 25% aos ganhos e rendimentos auferidos por investidores supostamente domiciliados em paraíso fiscal nas operações financeiras realizadas no mercado financeiro e de capitais brasileiro”**. Esclarece:

[...] isso porque, caso fosse adotado o equivocado entendimento da D. Fiscalização, o que se fez apenas para os fins de argumentação, de que os reais detentores dos ativos brasileiros seriam as entidades domiciliadas nas Ilhas Cayman (Cayman Funds), e não os Investidores 4373, estar-se-ia diante de um cenário em que entidades estrangeiras – residentes e domiciliadas em paraíso fiscal – investiriam 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 às suas controladas diretas (Tyler, Barthe e Bewett). Neste caso, não haveria outra conclusão que não a de sujeitar referidos ganhos auferidos em operações em bolsa à tributação à alíquota de 15%, segundo o disposto no artigo 78 da Lei 8.981, de 20.1.1995 (“Lei 8.981/95”) e nos artigos 57 e 85 da Instrução Normativa 1.585, de 31.8.2015 (“IN 1.585/15”);

Em linha com a referida arguição, a Recorrente CONSTELLATION, também, suscita a nulidade do lançamento, por erro no regime jurídico de tributação. Afirma:

[...] a Autoridade Fiscal, além de afirmar que os ganhos e rendimentos analisados no presente caso não fariam jus ao regime especial de tributação aplicável a investidores não residentes em operações nos mercados financeiro e de capitais, deu um passo adiante para afastar, também, o regime de tributação geral das operações nesses mercados, **aplicando-se, no lugar desse, um terceiro regime, previsto nos artigos 8º da Lei nº 9.779/1999 e 47 da Lei nº 10.833/2003, [...]**

Na decisão de primeira instância, reconheceu-se que “com a revisão do benefício fiscal ao investimento feito pela INR oriundo de paraíso fiscal, o disposto na parte final do § 2º do art. 16 da MP nº 2.189-49, de 2001, traz a consequência específica” de que os investimentos se sujeitarão “às mesmas regras estabelecidas para os residentes e domiciliados no País”. Assim, pela existência da regra específica ficam derogadas “as regras gerais de rendimentos e ganhos de capital de residentes em paraísos fiscais de que trata o art. 8º da Lei nº 9.779, de 1999, e o art. 47 da Lei nº 10.833, de 2001”.

Ou seja, acatou-se a alegação de erro quanto ao regime jurídico aplicado no lançamento. Contudo, considerou-se que inexistia nulidade, mas que o tributo deveria “ser apurado pelas mesmas regras aplicáveis a domiciliados no Brasil”, conforme planilha anexa ao voto vencedor.

Pois bem, já tive oportunidade de me manifestar sobre a questão, conforme voto proferido no processo administrativo nº 16561.720135/2018-15, que resultou no Acórdão nº 1302-006.334, de 18 de novembro de 2022. Passo, então, a aplicar o entendimento ali exposto ao caso concreto.

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, nos termos do art. 60 do Decreto nº 70.235, de 1972. Neste sentido, já se posicionou esta Turma Julgadora, em outra composição, 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 no voto vencedor da decisão 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 rendimentos de títulos públicos e empréstimos de ações; 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, no caso das operações realizadas em bolsas de valores, apurado por períodos mensais, com a incidência da alíquota de 15% (quinze por cento) sobre os ganhos líquidos auferidos ou 20% (vinte por cento) sobre os resultados positivos mensais das operações *day-trade*, conforme disposições do art. 56, §5º, 57, e 65, §10 e 11, da Instrução Normativa RFB nº 1.585, de 2014, que refletem o que está estabelecido no art. 2º, incisos I e II, da Lei nº 11.033, de 2004.

A par disso, as referidas operações estão sujeitas às alíquotas de 1% (um por cento), para as operações de *day-trade*, e de 0,005% (cinco milésimos por cento) sobre as demais, conforme arts. 63 e 65 da Instrução Normativa RFB nº 1.585, de 2014.

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 as alíquotas de 0,005% (cinco milésimos por cento) e 1% (um por cento) sobre as bases de cálculo explicitadas nos mencionados dispositivos da Instrução Normativa nº 1.585, de 2014.

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) ou 20% (vinte 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 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, bem como aos demais rendimentos envolvidos na autuação em questão:

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 nº9.249, 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)

Para os rendimentos de títulos públicos e empréstimos de ações, conforme regras acima expostas, pelas mesmas razões, não se aplicam as normas invocadas pela autoridade fiscal, mas incide a tributação segundo as alíquotas regressivas de 22,5% (vinte e dois vírgula cinco por cento) a 15% (quinze por cento). Como se trata de bases legais e alíquotas absolutamente distintas, considero que o vício não pode ser sanado por simples recálculo, conforme realizado na decisão de primeira instância.

Trata-se, a meu ver, de situação equivalente àquelas em que se veda a alteração da apuração do regime cumulativo das contribuições sociais para o não-cumulativo (ou vice-versa), ou, ainda, do lucro real para arbitrado (ou vice-versa). A vedação de que tais alterações seja realizada por ocasião do julgamento administrativo, inclusive, originou a recente Súmula CARF nº 192:

É defeso à autoridade julgadora alterar o regime de apuração adotado no lançamento do IRPJ e da CSLL, de lucro real para lucro arbitrado, quando configurada hipótese legal de arbitramento do lucro.

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 conterà 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.

Esta foi, exatamente, a conclusão a que se chegou no, já invocado Acórdão nº 1302-006.334, de 18 de novembro de 2022, conforme ementa a seguir:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2014

[...]

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. ERRO QUANTO À LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA. VÍCIO MATERIAL. NULIDADE DA AUTUAÇÃO

Viola, ao mesmo tempo, o art. 142 do CTN e o art. 10º do Decreto nº 70.235, de 1972, e está eivado de nulidade, por vício material, o lançamento fiscal que contém equívoco quanto à legislação aplicável, base de cálculo dos tributos e alíquota incidente sobre esta.

A única exceção a tudo quanto explanado acima são os rendimentos decorrentes de JCP, e cuja tributação no lançamento de ofício foi afastada na decisão de primeira instância e que é objeto do Recurso de Ofício.

É que tais rendimentos estão excluídos do regime especial para IRE (por não se enquadrarem nas disposições do art. 16 da Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001), e são tributados, ordinariamente, pela alíquota de 15% (quinze por cento), como ocorreu no caso concreto.

Assim, acaso procedente a acusação fiscal de que os reais investidores são as Carteiras Segregadas situadas nas Ilhas Cayman, tais rendimentos são alcançados pela majoração prevista no art. 8º da Lei nº 9.779, de 1999.

Tal fato é reconhecido, inclusive, no Parecer juntado pela Recorrente J.P. MORGAN S.A. – DTVM, às fls. 7.931/8.069, conforme excerto abaixo:

#### **1.4. Rendimentos Recebidos a Título de Juros sobre o Capital Próprio (JCP)**

Os rendimentos recebidos a título de JCP sujeitam-se ao IRRF à alíquota de 15%, conforme determina o artigo 9º da Lei 9.249/95:

“Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

§ 1º O efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados.

§ 2º **Os juros ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento**, na data do pagamento ou crédito ao beneficiário. [...]” (Destaques nossos)

Entretanto, na hipótese de o investidor não residente ser domiciliado em país com tributação favorecida, o IRRF sobre os rendimentos recebidos a título de JCP incidirá à alíquota de 25%, nos termos do artigo 8º da Lei nº 9.779/1999 (“Lei 9.779/99”), que transcrevemos abaixo:

“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.”

[...]

Explica-se: **apenas os rendimentos pagos a título de JCP a beneficiário residente em país de tributação favorecida estariam sujeitos à alíquota de 25%**, com base no artigo 8º da Lei nº 9.779/1999.

Retornar-se-á a abordar tal questão no julgamento do Recurso de Ofício, mas, no que importa, ao momento, não há nulidade a ser reconhecida quanto a tais rendimentos.

Outras questões relacionadas ao tema são apontadas como causa de nulidade do lançamento, a exemplo da desconsideração de perdas em renda variável e reajustamento da base de cálculo. Tais vícios, porém, ficam absorvidos pelo acatamento da nulidade referente aos ganhos em bolsas de valores. Mas, ainda que assim não fosse, não ensejariam a nulidade da autuação, já que, aí sim, poderiam ser objeto de correção nos termos do art. 60 do Decreto nº 70.235, de 1972<sup>2</sup>.

Argui-se, nos recursos, que os erros cometidos pela autoridade fiscal seriam de tal monta que teriam ocasionado prejuízo ao direito de defesa dos sujeitos passivos que teriam sido impossibilitados de produzir “a melhor defesa possível em face das alegações das DD. Autoridades Fiscais”. Incidiria, portanto, a hipótese de nulidade prevista no art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 1972<sup>3</sup>.

Não é isso que se observa nos autos. Os Recorrentes foram capazes de entender com perfeição a acusação fiscal e dela se defender por meio dos recursos que lhe foram facultados. Nas longas peças de defesa (apenas, os Recursos Voluntários somam quase quinhentas páginas!!!), a autuação é atacada, sob os mais diversos fundamentos, inclusive com a juntada de diversos pareceres de juristas.

Em absoluto, observa-se qualquer prejuízo ao seu direito de defesa, em decorrência dos vícios perpetrados no lançamento de ofício, e ora reconhecidos.

Pelo exposto, voto por acolher parcialmente a preliminar de nulidade, por vício material, do auto de infração, e, por consequência, dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, quanto a este ponto, para cancelar o lançamento de ofício, em relação aos valores relacionados a ganhos em bolsas de valores, rendimentos de títulos públicos e empréstimos de ações.

### 1.3.2 DO SUPOSTO ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO

Ainda em sede de preliminar, sustenta-se a nulidade do lançamento por ter-se atribuído à J.P. MORGAN S.A. – DTVM a responsabilidade pelo IRRF devido sobre os ganhos e rendimentos supostamente auferidos no Brasil pelas pessoas jurídicas Barthe Holdings LLC, Bewett International LLC e Tyler Finance LLC. Afirma que a regra aplicável seria a prevista no art. 26 da Lei

<sup>2</sup> Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

<sup>3</sup> Art. 59. São nulos: [...] II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

nº 10.833, de 2003, mas, no lançamento de ofício, teria sido invocado o art. 16, §2º da Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001. Para agravar, na decisão de primeira instância, teria sido aplicado o art. 78 da Lei nº 8.981, de 1995.

Para a análise da preliminar em questão, é necessário se observar, minudentemente, a acusação fiscal, em exame que servirá de base para o julgamento do restante das alegações contidas nos recursos interpostos.

No Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 47/150, invoca-se o art. 121, inciso II, do CTN, para atribuir a J.P. Morgan DTVM a condição de sujeito passivo. Afirma-se, em primeiro lugar, que a condição derivaria do art. 79 da Lei nº 8.981, de 1995, segundo a qual o representante tributário teria a responsabilidade “pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado”. Esclarece-se, então:

456. A responsabilidade da DTVM enquanto REPRESENTANTE TRIBUTÁRIO tampouco pode ser afastada em razão de essa sua condição ter sido formalizada em nome de interpostas pessoas, e não em relação aos reais investidores. Admitir tal hipótese significaria permitir ao sujeito passivo beneficiar-se da própria torpeza; representaria um incentivo a que as Instituições Financeiras negligenciassem suas obrigações enquanto representantes de Investidores Não Residentes para se verem livres de responsabilização na esfera tributária.

457. Deveras, ao assumir a condição de REPRESENTANTE TRIBUTÁRIO dos INRs Ostensivos, a JPM DTVM apresentou-se, perante o Fisco, como garantidora dos tributos decorrentes das operações subjacentes. Assim, a despeito da violação do art. 79 da Lei 8.981/95, perdura sua responsabilidade quanto a esses tributos.

458. Entretanto, conforme também apontado na Subseção VI.1, a inobservância da obrigação imposta pelo art. 79 da Lei 8.981/95 impede que se aplique, às operações realizadas, o regime de tributação próprio daquelas regularmente realizadas nos mercados financeiro e de capitais brasileiros, atraindo, no caso de residentes ou domiciliados em Paraíso Fiscal, a aplicação dos dispositivos lá identificados – particularmente do art. 47 da Lei 10.833/2003, do art. 8º da Lei 9.779/99 e do art. 100 do Decreto-Lei nº 5.844, de 1943.

O último dispositivo legal acima mencionado constitui, na visão da autoridade fiscal, mais um motivo para se atribuir à J.P. Morgan DTVM a condição de responsável pelo crédito tributário constituído. *In verbis*:

Art. 100. A retenção do imposto, de que tratam os arts. 97 e 98, compete à fonte, quando pagar, creditar; empregar, remeter ou entregar o rendimento.

Por fim, é invocado o art. 124, inciso I, do CTN, posto que:

466.3. Coube à JPM DTVM aceitar e assumir os diversos papéis – REPRESENTANTE TRIBUTÁRIO, REPRESENTANTE, CUSTODIANTE – que possibilitaram, aqui, a realização de operações em nome dos INRs Ostensivos. Os Portfolio Application Forms (doc. 002HO-002, 002HO-004, 002HQ-002) que formalizaram a adesão dos

INRs Ostensivos aos termos da conta coletiva mantida em nome do JPMorgan Chase Bank, N.A. na JPM DTVM foram assinados pelos já mencionados Srs. Florian Bartunek e Alex Rodrigues. coube

Ora, a infração supostamente praticada é auferimento pelas Carteiras Segregadas de empresas domiciliadas nas Ilhas Cayman Brasil de ganhos de capital e rendimentos de investimentos realizados no Brasil. Por serem domiciliados nas Ilhas Cayman, os referidos investidores não se enquadrariam no benefício fiscal previsto no art. 81 da Lei nº 8.981, de 1995 (exclusão da incidência do Imposto de Renda incidente sobre os citados ganhos e rendimentos), já que, no art. 16, §2º, da Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001, afastam-se os investimentos oriundos de países que não tributem a renda ou que a tributem a alíquota inferior a vinte por cento. Deste modo, para se valer do citado benefício, teria sido engendrada estrutura fictícia por meio da qual os investimentos teriam sido atribuídos às pessoas jurídicas Barthe Holdings LLC, Bewett International LLC e Tyler Finance LLC, sediadas no estado norte-americano de Delaware. O lançamento fiscal foi, então, realizado em nome do J.P. Morgan DTVM, por ostentar a condição de representante tributário dos investidores ostensivos, na forma da legislação acima transcrita.

Independentemente da procedência da acusação fiscal quanto à suposta interposição fraudulenta de investidores, é necessário se reconhecer que não há erro na identificação do sujeito passivo. O imposto exigido decorre das operações realizadas pelos investidores estrangeiros no Brasil, sejam Barthe, Bewett e Tyler os efetivos investidores ou mera ficção para ocultar terceiros. O J.P. Morgan DTVM é o representante legal por meio de quem os referidos investimentos são realizados, conforme exigência do art. 79 da Lei nº 8.981, de 1995, e o responsável, nos termos do art. 128 do Código Tributário Nacional (CTN) pelas “obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado”.

Vale lembrar que, na dicção do art. 128 do CTN:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, **excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.** (destacou-se)

O Fisco Brasileiro não possui mecanismos de exigir por meio de lançamento de ofício eventuais tributos devidos em decorrência das operações realizadas no mercado de capitais nacional diretamente dos investidores estrangeiros. Para tanto, no art. 79 da Lei nº 8.981, de 1995, bem como no art. 16, §3º, inciso I, da Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001, exige-se que haja uma instituição nacional eleita para responder pelas obrigações tributárias. Obviamente, será em relação a esta última que deverá ser realizado o lançamento fiscal.

É a mesma lógica que sustentou a sujeição passiva reconhecida pela Súmula CARF nº 185, em relação ao agente marítimo, enquanto representante do transportador estrangeiro no país:

O Agente Marítimo, enquanto representante do transportador estrangeiro no País, é sujeito passivo da multa descrita no artigo 107 inciso IV alínea “e” do Decreto-Lei 37/66. (**Vinculante**, conforme **Portaria ME nº 12.975**, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Não se pode, como pretende a Recorrente, aplicar-se a regra geral do artigo 26 da Lei nº 10.833, de 2003, que trata, genericamente, do “ganho de capital a que se refere o art. 18 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil”. Havendo regra específica para os investimentos realizados no mercado de capitais por investidores não-residentes, as regras hermenêuticas (critério da especialidade) impõem a sua aplicação.

Deve-se atentar, ainda, que a regra de responsabilidade contida no art. 16, §1º, da Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001, vem se inserir no regime especial de tributação previsto para o investidor estrangeiro pelos dispositivos da Lei nº 8.981, de 1995, inclusive o art. 79, no qual se trata da figura do responsável tributário. Ademais, observe-se que, no referido art. 16, §3º, inciso I, da Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001, expressamente, trata-se do responsável tributário, a despeito da responsabilidade da fonte pagadora, tal qual permitido no art. 128, inciso I, do CTN.

E o fato de que, conforme a acusação fiscal, não teriam sido observadas as normas do Conselho Monetário Nacional (CMN), não afasta a aplicação da norma específica, levando-se à norma geral, já que inexistente tal vinculação nas disposições do art. 79 da Lei nº 8.981, de 1995.

Correta, portanto, a exigência dos valores do responsável tributário pelos investimentos, de modo que deve ser rejeitada a alegação de nulidade.

Tudo acima exposto, contudo, não se aplica em relação aos rendimentos de JCP incluídos no lançamento. Tais rendimentos não são abrangidos pelas disposições do art. 79 da Lei nº 8.981, de 1995, portanto, não há que vinculá-los à figura do representante tributário.

Neste caso, conforme se verifica dos art. 783 e 785 do RIR/99, a responsabilidade pela retenção do imposto é da fonte pagadora dos rendimentos:

Art. 783. Estão sujeitos ao imposto de renda na fonte os rendimentos auferidos (Lei nº 8.981, de 1995, art. 81, e Lei nº 9.532, de 1997, art. 34):

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.

[...]

§ 2º Para os efeitos deste artigo, consideram-se (Lei nº 8.981, de 1995, art. 81, § 2º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 71, § 1º):

I - rendimentos: quaisquer valores que constituam remuneração de capital aplicado, tais como juros, prêmios, comissões, ágio e deságio, bem como os resultados positivos auferidos em aplicações em fundos e clubes de investimento, em operações de swap, registradas ou não em bolsa, e nas operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa, com qualquer ativo;

[...]

§ 3º Os rendimentos de que trata o inciso I do § 2º serão tributados de acordo com as seguintes alíquotas (Lei nº 8.981, de 1995, arts. 73 e 74, Lei nº 9.249, de 1995, art. 11, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 71):

I - dez por cento, no caso de aplicações nos fundos e clubes de investimento de renda variável, em operações de swap, e nas operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa, com qualquer ativo;

II - quinze por cento, nos demais casos, inclusive em aplicações financeiras de renda fixa.

[...]

§ 6º 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. 782 (Lei nº 8.981, de 1995, art. 81, § 5º).

[...]

### CAPÍTULO III

#### Responsáveis pela Retenção e Pagamento do Imposto

Art. 785. Ficam responsáveis pela retenção e pelo o pagamento do imposto (Lei nº 8.981, de 1995, art. 78, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 69):

I - a instituição administradora do fundo, da sociedade de investimento ou da carteira, de que tratam os arts. 782 e 783, no caso de operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa, com qualquer ativo;

II - o representante legal do investidor estrangeiro, em relação aos ganhos referidos nos arts. 778, II e 779;

III - a pessoa jurídica que efetuar o pagamento dos rendimentos, nos demais casos.

Parágrafo único. O imposto será retido e pago nos mesmos prazos fixados para os residentes ou domiciliados no País, sendo considerado exclusivo de fonte ou pago de forma definitiva.

Aqui, como defendido pela Recorrente J.P. Morgan S.A. – DTVM:

184. Note-se que os JCP correspondem aos juros pagos ou creditados individualizadamente a titulares, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP). Conforme estabelece o artigo 9º, §2º, da Lei 9.249/9515, o recolhimento do imposto de renda deve ser feito pela fonte pagadora, de modo que a sua incidência se dá na data do pagamento ou crédito ao beneficiário.

185. Repise-se: a fonte pagadora não é aquela que atua na custódia dos ativos que geraram o pagamento de JCP, mas sim a própria companhia que assume o ônus econômico do pagamento. Como inclusive o fizeram as companhias emissoras ao efetuarem a retenção do IRF.

186. Dessa forma, como não poderia deixar de ser, a companhia já entrega os valores de JCP líquidos de IRF aos beneficiários, de modo que não há que se falar em qualquer responsabilidade tributária do custodiante da Conta 4373 no caso em questão.

Ainda que se entenda que os rendimentos de JCP estariam abrangidos pelo art. 79 da Lei nº 8.981, de 1995, naquele dispositivo, expressamente, afasta-se a responsabilidade do representante tributário, “quando, nos termos da legislação pertinente tal responsabilidade for atribuída a terceiro”, como é o caso.

A invocação ao art. 124, inciso I, do CTN, tampouco, torna válido o lançamento efetuado em relação à J.P. Morgan S.A. – DTVM, na medida em que o referido dispositivo legal trata da figura do responsável tributário solidário, espécie do gênero sujeito passivo distinta da figura do contribuinte, conforme teor do art. 121 do CTN. Acaso configurado o interesse comum de que trata o art. 124, inciso I, do CTN, o responsável responderia pelo crédito tributário solidariamente com o sujeito passivo principal, o contribuinte. Jamais, contudo, tal dispositivo pode ser invocado para fundamentar o lançamento diretamente na pessoa do solidário.

Já no art. 785, inciso III, do RIR/99, atribui-se à fonte pagadora a condição de responsável por substituição tributária, de modo que, aí sim, é possível se exigir diretamente deste o crédito tributário não retido, na hipótese de ser impossível o lançamento na pessoa do beneficiário, conforme autorizado pelo art. 128 do CTN.

Assim, no caso específico dos rendimentos de JCP, parcela do lançamento não alcançada pela nulidade reconhecida no tópico anterior, cabe o reconhecimento da nulidade do lançamento efetuado em relação à J.P. Morgan S.A. – DTVM, por vício material, consistente no erro na identificação do sujeito passivo.

## **2 DAS DEMAIS MATÉRIAS CONSTANTES DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS E DO RECURSO DE OFÍCIO**

Em decorrência do acolhimento das preliminares de nulidade tratadas no tópico anterior, fica prejudicada a análise de todas as demais matérias suscitadas nos Recursos Voluntários, bem como no Recurso de Ofício.

### 3 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por acolher as preliminares de nulidade do lançamento relativas, por vício material, e, por consequência, por dar provimento aos recursos voluntários e negar provimento ao recurso de ofício, para cancelar o auto de infração tratado no presente processo.

*Assinado Digitalmente*

**Paulo Henrique Silva Figueiredo**