



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	17459.720046/2021-04
ACÓRDÃO	1202-002.120 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	23 de setembro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	ITAU UNIBANCO S/A (RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO: MORGAN STANLEY AND CO. LLC – BANCO ITAUBANK)
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2016

DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre. (STJ - Primeira Seção de Julgamento, Resp 973.733/SC, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 12/08/2009, DJ 18/09/2009).

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. PROCEDÊNCIA.

A autuação como custodiante global do INR implica em responsabilização perante o planejamento articulado, com efeitos tributários inaceitáveis perante a Administração Pública.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2016, 2017

ARGUIÇÕES DE NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

Devem ser rejeitadas as preliminares de nulidade quando não comprovadas ou que se confundem com o exame do mérito e analisadas nessa égide.

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 2016, 2017

INVESTIDOR NÃO RESIDENTE (INR). INVESTIDOR DE FATO DOMICILIADO EM PAÍS COM TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBMISSÃO ÀS MESMAS REGRAS DO INVESTIDOR BRASILEIRO.

Demonstrado nos autos que os investimentos sob escrutínio são de titularidade de entidades domiciliadas em paraíso fiscal, não cabe a aplicação das mesmas regras de tributação a que estão sujeitos os investidores domiciliados no território nacional.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2016, 2017

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. FRAUDE NÃO DEMONSTRADA.

Não deve prosperar a incidência da multa de ofício na modalidade qualificada quando restar não comprovado o evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Súmula CARF nº 108)

ACÓRDÃO

Acordam os membros do Colegiado, por voto de qualidade, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento. Vencidos os Conselheiros André Luís Ulrich Pinto e Fellipe Honório Rodrigues da Costa, e a Conselheira Liana Carine Fernandes de Queiróz que a acolhiam. Por unanimidade de votos, rejeitar a arguição de decadência. Por voto de qualidade negar provimento ao recurso do responsável tributário. Vencidos os Conselheiros André Luís Ulrich Pinto, Fellipe Honório Rodrigues da Costa e a Conselheira Liana Carine Fernandes de Queiróz que votaram por excluir o coobrigado do polo passivo da relação jurídico tributária. Por voto de qualidade negar provimento ao recurso voluntário da pessoa jurídica autuada quanto ao mérito da exigência. Vencidos os Conselheiros André Luís Ulrich Pinto e Fellipe Honório Rodrigues da Costa que votaram por dar-lhe provimento parcial para reduzir a 15% a alíquota do IRRF e a Conselheira Liana Carine Fernandes de Queiróz que votou por dar provimento integral. Em relação à multa de ofício, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para reduzi-la ao percentual de 75% (setenta por cinco por cento). Vencidos os Conselheiros Maurício Novaes Ferreira e José André Dantas de Oliveira que votaram para manter a exasperadora.

Sala de Sessões, em 23 de setembro de 2025.

Assinado Digitalmente

Leonardo de Andrade Couto – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os(a) julgadores(a) Maurício Novaes Ferreira, André Luis Ulrich Pinto, José André Wanderley Dantas de Oliveira, Fellipe Honório Rodrigues da Costa, Liana Carine Fernandes de Queiróz e Leonardo de Andrade Couto (Presidente).

RELATÓRIO

Trata o presente de Auto de Infração para cobrança do IRRF referente a fatos geradores ocorridos nos anos calendário de 2016 e 2017 no montante de R\$ 57.634.867,81; aí incluídos juros de mora e multa de ofício na qualificada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (TVF), o tributo incidiu sobre ganhos e rendimentos auferidos por residentes e domiciliados em países com tributação favorecida em relação aos quais a fiscalizada atuou como responsável tributário.

Em resumo da autuação, quatro entidades sem qualquer substância econômica constituídas no estado norte-americano de Delaware:

- Discovery Global Opportunity America LLC (DG Opportunity LLC)
- Discovery Global Focus America LLC (DG Focus LLC)
- Discovery Global Macro America LLC (DG Macro LLC)
- Discovery Global Citizens America LLC (DG Citizens LLC)

seriam Investidores Não Residentes Ostensivos (INRs), pessoas interpostas formalizadas unicamente para obter benefícios fiscais indevidos eis que os verdadeiros investidores foram constituídos nas Ilhas Cayman, considerado país com tributação favorecida (paraíso fiscal).

Inicia o TVF com arrazoado destacando a inconsistência da recorrente como representante tributário dos INRs eis que informações cadastrais indicam o Itaubank como esse representante o que não corresponderia à realidade. Registra a prestação de informação falsa à Fiscalização e a dificuldade de obter documentos junto à autuada.

Menciona o regramento a ser cumprido pelos não residentes para que possam habilitar-se como investidores nos mercados financeiro e de valores mobiliários no Brasil, começando pelos dispositivos da Lei nº 8.981/95. Destaca a necessidade de nomeação de um

representante legal previamente designado (Art. 79) entendido como Representante Tributário, menciona o regime especial de tributação estabelecido nos arts. 80 e 81 que, nos termos do art. 16 da MP 2.189-49, só é aplicável a investidor domiciliado no exterior que realize operações sob as regras do Conselho Monetário Nacional (CMN).

Apresenta normativos do CMN pelos quais são identificadas as figuras do Representante e do Custodiante do INR e identifica, respectivamente, a autuada e a Itaú DTVM nessas funções perante os INR arrolados no presente caso. Esclarece que o grupo DG utiliza o modelo de estrutura de investimentos denominado “master-feeder” e explica de que forma esse modelo permitiu que os investimentos realizados pelos fundos master do grupo, domiciliados nas Ilhas Cayman, fossem formalmente atribuídos aos INRs ostensivos.

Traz o que seriam evidências da ausência de substância econômica dos INRs ostensivos:

- Ausência de deliberações de sócios e administradores;
- Ausência de Demonstrações Financeiras;
- Não participam dos custos e despesas incorridos pelo grupo DG;
- Não figuram nos Acordos de Gestão de Investimentos firmados entre os *master funds*, os *feeder funds* e os gestores de investimento;
- Os advogados que prestam serviços ao grupo DG não representam os INRs ostensivos;
- Inexistência de aportes de capital nos INRs ostensivos; e
- Precariedade e Incompatibilidade dos acordos operacionais dos INRs ostensivos.

Em contrapartida, salienta o quanto os *master funds* e os *feeder funds* são regulados e supervisionados. Registra a não apresentação de razões plausíveis para utilização dos INRs Ostensivos deixando claro que o objetivo seria não sofrer tributação em qualquer nível.

Sustenta a impossibilidade de se atribuir aos clientes do Grupo DG o papel de investidores em relação aos investimentos feitos no Brasil e ressalta o papel do Morgan Stanley nas operações questionadas.

A seguir, trata das regras de tributação dos ganhos e rendimentos auferidos por INRs e define que, no caso de INR, cabe ao Representante Tributário (a autuada) a responsabilidade pela retenção do imposto quanto às operações realizadas no mercado de renda variável.

Defende que não faz jus à proteção do art. 78, da Lei nº 8.981/95 (equiparação a residente) o não residente que realiza operações financeiras no Brasil sem observar o art. 79 da mesma norma, mormente no que refere à nomeação prévia de representante legal designado dentre as instituições autorizadas pelo Poder Executivo.

Conclui que a tributação de ganhos e rendimentos auferidos por residente ou domiciliado em países com tributação favorecida que não cumprem as regras do art. 79, da Lei nº 8.981/95 deve ocorrer sob a égide do art. 47, da Lei nº 10.833/2003 e do art. 8º, da Lei nº 9.779/99.

Foi imputada responsabilidade solidária ao Banco Morgan Stanley por ser custodiante global dos INRs Ostensivos nos seguintes termos:

Como custodiante global, o Morgan Stanley tinha pleno acesso ao grupo DG, e a toda a sua documentação incluindo os acordos societários, conseguindo assim verificar que não eram compatíveis com o porte dos investimentos realizados pelos fundos do Grupo DG. Sabia também que não havia qualquer Demonstração Financeira para os INRs Ostensivos, apenas para os *master funds* e *feeder funds*, assim também como ali não eram tomadas quaisquer decisões ou realizadas quaisquer deliberações, que os INRs Ostensivos não passavam de entidades de passagem do fluxo financeiro, dos recursos oriundos das Ilhas Cayman, esquivando-se na absurda justificativa de que: *“Era nosso entendimento que uma estrutura comum para um investimento no Brasil era por meio de uma sociedade de responsabilidade limitada de Delaware.”*

Menciona a omissão dolosa da autuada que não zelou pela correta aplicação da legislação tributária em relação aos ganhos e rendimentos obtidos pelos INRs tendo ignorado a circunstância de que seriam fundis exclusivos com único sócio representados por *master funds* constituídos nas ilhas Cayman.

Imputou a multa qualificada à autuada nos seguintes termos (destaques do original):

(...)

No caso em tela estamos diante de um caso de fraude. No intuito de obter o benefício fiscal da não incidência de imposto de renda sobre os ganhos auferidos em investimentos realizados no Brasil, e assim evitar o seu pagamento, o grupo DG, utilizando-se de interposições fraudulentas, inseriu INRs Ostensivos na estrutura de investimentos do grupo, para simular que eram esses que investiam no Brasil e assim mascarar o domicílio dos investidores de fato, fundos de investimentos constituídos nas Ilhas Cayman.

Os INRs Ostensivos não tinham qualquer substância econômica, foram utilizados apenas como entidades de passagem ou veículos de investimento para transportar os recursos dos reais investidores, constituídos nas Ilhas Cayman, e apenas formalmente cumpriram o papel de investidores não residentes.

Ao constituir entidades desprovidas de qualquer substância econômica, com domicílio em Delaware, nos EUA, e, por meio de uma interposição fraudulenta, simular que essas entidades são os INRs, que investem nos mercados financeiros e de valores mobiliários brasileiros, ocultar que os investidores de fato estão sediados em paraísos fiscais, com o intuito de obter benefícios fiscais indevidos,

de se beneficiar da aparente não incidência de imposto de renda sobre os ganhos auferidos com tais investimentos, o Grupo DG incorre em fraude.

(.....)

Devidamente cientificada, a interessada e o coobrigado apresentaram impugnação.

A interessada faz manifestação introdutória pela qual detalha a estrutura de investimento, faz análise das funções exercidas por cada entidade com base nos documentos societários e explica o porquê de os INRs serem por ela representadas para, com isso, questionar a procedência da autuação.

Em preliminar de mérito, tece longo arrazoado para suscitar a nulidade da autuação pela indevida responsabilidade tributária que lhe foi imputada como fonte pagadora, erro na alíquota aplicada e na determinação da base de cálculo. Suscita a decadência para os fatos geradores ocorridos até 10/12/2016.

No mérito, sustenta a impossibilidade de desconsideração dos INRs pois:

- teriam cumprido todas as normas sobre investimentos estrangeiros no mercado financeiro e de capitais brasileiro;
- a Fiscalização não teria competência para contestar questões objeto de inspeção de outro órgão regulador;
- o ordenamento jurídico-tributário não permite a desconsideração dos INRs pois:
 - o fato de os INRs serem transparentes para fins fiscais no exterior é irrelevante para fins tributários brasileiros;
 - o Parecer Normativo nº 1, de 2002 estabelece que a retenção deve ser feita levando em consideração o beneficiário da renda;
 - o ADI nº 5/19 prevê que o regime especial de tributação previsto nos arts. 88 a 98 da IN 1585/2015 deve ser aplicado levando em consideração a jurisdição do investidor direto no país; e;
 - existem razões jurídicas e econômicas para que o investimento fosse realizado a partir de Delaware
- mesmo que a desconsideração dos INRs pudesse ser considerada válida, caberia ao Fisco identificar os beneficiários finais da estrutura de investimentos, que seriam pessoas físicas ou entidades residentes e domiciliadas em jurisdições não caracterizadas com de tributação favorecida.

Sustenta a inexistência de dolo, fraude ou simulação que justifique a multa qualificada destacando, em apertada síntese, que as entidades do grupo Discovery Capital não tinham qualquer relacionamento com a autuada e afirma que não foi indicado nenhum benefício

que seria auferido pelo grupo econômico em sua participação. Afirma que, no máximo, teria havido divergência de interpretação da norma e reclama que não poderia sofrer a penalidade por ato de terceiro.

Por fim, alega que o percentual da multa ofende o princípio da proporcionalidade e defende a impossibilidade de incidência dos juros sobre a multa.

O responsável solidário apresentou impugnação suscitando em preliminar a nulidade do procedimento de responsabilização por erro na qualificação, em função da representação legal restrita aos termos do contrato de representação. O Termo de Responsabilidade também seria nulo pela ausência de jurisdição para imputação de sujeição passiva à sociedade estrangeira.

Ratifica as razões expedidas pela pessoa jurídica autuada para que o lançamento seja cancelado e sustenta a inexistência de interesse comum que justifique o enquadramento legal da responsabilização no art. 124, I, do CTN eis que inexistiria qualquer tipo de obrigação regulatória imposta ao custodiante global e titular da conta coletiva com relação às atividades ou à estrutura dos investidores participantes da sua conta coletiva. Ressalta ainda que o mencionado dispositivo não poderia ser aplicado com fundamento em dolo, fraude, sonegação ou conluio.

A Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 08 prolatou o Acórdão 108-041.186 pelo qual negou provimento integralmente à peça impugnatória e reduziu, de ofício, o percentual da multa para 100 % (cem por cento). A decisão consubstanciou-se na seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 2016, 2017

DA PRELIMINAR. AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO. RENDIMENTOS OU GANHOS DE INVESTIMENTO DE NÃO RESIDENTES NO BRASIL. INVESTIMENTOS COM RECURSOS ORIGINADOS DE PARAÍSO FISCAL. AUTUAÇÃO FISCAL E DO TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA. VÍCIOS INSANÁVEIS NA APLICAÇÃO DAS REGRAS PREVISTAS NO REGIME DE TRIBUTAÇÃO, NA DETERMINAÇÃO DA BASE TRIBUTÁVEL E NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO (RESPONSÁVEL) E DO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. INOCORRÊNCIA. MOTIVAÇÃO FUNDADA NA INDICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE FATO E DE DIREITO. AUSÊNCIA DE DEFEITOS FORMAIS IMPLICADORES DA PERDA DA VALIDADE DOS ATOS. OBSERVÂNCIA DAS NORMAS PROCESSUAIS ADMINISTRATIVOTRIBUTÁRIAS.

O lançamento de ofício oriundo de execução de procedimento de fiscalização instituído para fins de averiguação da consistência das obrigações principais e acessórias consiste em trabalho de auditoria fiscal decorrente do contraste de fontes de informação obtidos perante a entidades diligenciadas para avaliação da consistência da aplicação do regime especial de tributação aos investidores não residentes no mercado financeiro e de capitais brasileiro e a eventual ocorrência de distorções na apuração dos fatos geradores da obrigação tributária e de bases

tributáveis de incidência do imposto de renda proveniente de ganho auferido em investimentos efetuados no país.

Configurado que o procedimento de fiscalização instaurado para verificação da observância adequada das regras preceituadas no aludido regime especial de tributação acarretou na lavratura de autuação fiscal estritamente formalizado com fundamento jurídico na norma de tributária de regência, não há justificativa para a decretação da nulidade dos atos administrativos firmados com base nas conclusões enunciadas no encerramento da ação fiscal pela autoridade lançadora competente.

Afora isso, incabível a pretensão que visa a obtenção de declaração de nulidade de auto de infração respaldado em auditoria de escrituração contábil digital e fiscal, informações e documentação de suporte fornecidos pelas instituições financeiras (Representante e Custodiante), ainda que parcialmente, mormente se revestida de suas formalidades essenciais e adoção de critérios com respaldo da legislação específica, facultando ao sujeito passivo a plenitude do exercício do contraditório e da ampla defesa através de oposição das competentes peças impugnatórias.

Não se configura a ocorrência de erro identificação do sujeito passivo e do responsável solidário na hipótese de convergência da situação concreta evidenciada com base nas motivações jurídicas certificadas no encerramento da ação fiscal e em consonância com as normas aplicáveis, sem prejuízo da revisão a ser instaurada a partir do exame de mérito da controvérsia.

A motivação jurídica da atribuição da responsabilidade de direito (fonte pagadora) e da responsabilidade solidária por interesse comum (custodiante representado no país), devidamente fundamentada e enquadrada na forma da legislação tributária, resolve-se para atendimentos dos requisitos formais mediante indicação dos pressupostos de fato e de direito no texto expresso nas autuações fiscais e de suas complementações dispostas no Termo de Verificação Fiscal.

Além disto, a admissibilidade de nulidade da autuação fiscal e dos termos de sujeição passiva promove-se em relação aos atos lavrados por agente incompetente, consoante taxativamente enumerados no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972.

A observância plena dos requisitos necessários à lavratura do lançamento norteadado pela execução do procedimento de fiscalização, nos termos do art. 10 da referida norma processual tributária e de todos os princípios norteadores do processo administrativo tributário, evidencia a pertinência formal da autuação fiscal e do termo de sujeição passiva.

INVESTIMENTO ESTRANGEIRO. MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITALIS. ESTRUTURA DE INVESTIMENTO NO EXTERIOR. FUNDO DE INVESTIMENTO. INVESTIDOR NÃO RESIDENTE NO PAÍS. INVESTIMENTO COM RECURSOS ORIUNDOS DE PAÍS DE TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE

RENDA SOBRE GANHOS AUFERIDOS NO BRASIL. SIMULAÇÃO E DISSIMULAÇÃO. INVESTIDOR OSTENSIVO. OCULTAMENTO DO INVESTIDOR DIRETO. VEDAÇÃO DE APLICAÇÃO DO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO.

A legislação tributária instituiu regime especial de tributação que versa sobre regras gerais e específicas atinentes à incidência do imposto de renda sobre os ganhos auferidos em investimentos no mercado financeiro e de capitais efetuados no país por investidores não residentes habilitados em consonância com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN e pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

O tratamento tributário mais benéfico norteador pelo regime especial tributação não se aplica aos investimentos realizados por fundos de investimentos localizados em jurisdição de tributação favorecida, sujeitando-os às mesmas regras estabelecidas para residentes ou domiciliados no Brasil.

A aplicação do regime especial de tributação nos investimentos estrangeiros desta natureza será determinada com base na jurisdição do investidor direto no Brasil, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.

Caracteriza-se simulação no âmbito de uma estrutura de investimentos estrangeiros na hipótese de transação realizada com a interposição de fundo de investimento de existência meramente formal (investidor ostensivo) e, portanto, sem substância econômica e com aparente situação de inatividade operacional, inserido com a finalidade preponderante de ocultamento de investidor direto situado em paraíso fiscal e aproveitamento impróprio de benefício fiscal não autorizado para investidores jurisdicionados em países de tributação favorecida.

IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. RENDIMENTOS AUFERIDOS POR INVESTIDORES NÃO RESIDENTES NO BRASIL. INVESTIDORES DOMICILIADOS EM PAÍSES DE TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA. RESPONSABILIDADE DA FONTE PAGADORA PELA RETENÇÃO E PAGAMENTO DO TRIBUTO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. HIPÓTESE NA QUAL A FONTE ASSUME O ÔNUS DO IMPOSTO DEVIDO PELO BENEFICIÁRIO. REAJUSTAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. ADMISSIBILIDADE.

De acordo com a regra fixada pela norma aplicável ao caso concreto, a fonte pagadora sujeita-se à apuração e recolhimento do imposto de renda tributado exclusivamente na fonte incidente sobre ganhos auferidos por investidores residente ou domiciliado em país ou dependência com tributação favorecida a que se refere o art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sujeitam-se ao imposto sobre a renda na fonte à alíquota de 25%.

Outrossim, o art. 47 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, os ganhos auferidos no país por fonte situada no país a pessoa jurídica residente no exterior estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de 25%.

A falta de retenção do imposto de renda pela instituição financeira configura que a fonte pagadora assumiu o ônus do imposto devido pelo beneficiário. A

importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue sem a retenção do imposto presumir-se-á líquida e caberá o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o tributo.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2016, 2017

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ARTIGO 124, INCISO I, DO CTN. INTERESSE COMUM. ADMISSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DA SUJEIÇÃO PASSIVA PARA INTERMEDIADORA FINANCEIRA NO EXTERIOR. REPRESENTAÇÃO NO PAÍS. FALTA DE DILIGÊNCIA NO EXERCÍCIO DE ATOS DE GOVERNANÇA DE RESPONSABILIDADE DO CUSTODIANTE. IMPERATIVO ORIUNDO DE NORMA COGENTE. CONIVÊNCIA E NEGLIGÊNCIA EXTREMA COM ATOS DISSIMULATÓRIOS PRATICADOS POR GRUPO ECONÔMICO CONSTITUÍDA POR FUNDOS DE INVESTIMENTO ESTRANGEIROS. AQUIESCÊNCIA TÁCITA COM SIMULAÇÃO. DANO PERENE AO ERÁRIO PÚBLICO. DOLO. BENEFICIÁRIO INDIRETO NA FRUIÇÃO INDEVIDA DE TRIBUTAÇÃO INCENTIVADA POR INVESTIDOR DIRETO SITUADO EM PAÍS DE TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA.

Configurada a existência de interesse comum ante a demonstração de conexão entre as situações fáticas e os fatos geradores das obrigações principais constituídas mediante procedimento de ofício, qualifica a aplicação da solidariedade tributária estabelecida na forma da legislação de regência.

A comprovação de que o agente custodiante atuou em conluio com a instituição financeira representante no país, contribuindo a efetividade de simulação organizado por estrutura de investimentos no exterior (grupo econômico constituído por fundos de investimento estrangeiros) para a fruição indevida de benefício fiscal não autorizada para investidores situados em países de tributação favorecida, implica na configuração de elementos de conexão que permitem a aplicação e alcance dos efeitos da norma de tributária brasileira e suas consequências decorrentes da prática a cooperativa à evasão fiscal.

Avigoram-se os fundamentos da situação de irregularidade ante a configuração de atuação coordenada e alinhada com a instituição financeira no país e dos administradores da estrutura de investimentos nº exterior, configuradores da prática, comissiva ou omissiva, de sonegação e de fraude à ordem tributária, tipificados nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

O exercício de atos, formais ou de fato configuradores da prática comissiva ou omissiva que evidenciem a aquiescência tácita ou a colaboração ativa ou passiva para o prosseguimento de obtenção de vantagem tributária indevida por fundo de investimento domiciliado em país de tributação favorecida e, por via de consequência, a falta de retenção do imposto de renda devido sobre os ganhos auferidos e pagos ao beneficiário, autoriza a tipificação da responsabilidade solidária disciplinada no art. 124, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN).

MULTA QUALIFICADA. HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE. SONEGAÇÃO FISCAL E PRÁTICA DE CONDUTA FRAUDULENTA DE FORMA COOPERADA. GRUPO ECONÔMICO CONSTITUÍDA POR FUNDOS DE INVESTIMENTO ESTRANGEIROS. ACOBERTAMENTO ILÍCITO DE INVESTIDOR SITUADO EM PAÍS DE TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA. ESTRUTURA DE INVESTIMENTOS NO EXTERIOR INTERPOSTA POR INVESTIDORES OSTENSIVOS VISANDO A OBTENÇÃO INDEVIDA DE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. DELITO EM OFENSA À ORDEM TRIBUTÁRIA. DOLO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA. JULGAMENTO PROFERIDO NA VIGÊNCIA DE NOVA REDAÇÃO DA NORMA DE REGÊNCIA.

A prática de condutas delitivas de natureza dolosa em ofensa à ordem tributária por agente financeiro estrangeiro (Custodiante Global) realizada em conluio e interesse comum em face de grupo econômico constituído por fundos de investimento estrangeiros sob a administração e gestão de estrutura de investimentos no exterior para a fruição indevida de benefício fiscal não autorizada para investidores situados em países de tributação favorecida, via interposição de investidores ostensivos sem substância econômica e com aparente situação de inatividade operacional, todas atuando em cooperação para impedir ou retardar, total ou parcialmente, a cognição por parte das autoridade fazendária da incidência tributária sobre os ganhos auferidos em investimento oriundos do exterior e a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias essenciais e materiais, norteia a legitimidade de aplicação da multa de ofício qualificada ante a configuração de sonegação e de fraude à ordem tributária, tipificados nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

A ocorrência de atos omissivos ou comissivos traduz-se diante da dissimulação da substância das evidências caracterizadas a partir de auditoria de acervo digital e documental e das demonstrações financeiras dos investidores situadas no exterior, gerando o ocultamento do fundo de investimento estrangeiro (investidor direto) que promoveu investimento no Brasil e dos fatos geradores das obrigações principais apuradas a partir da aferição das bases imponíveis e do imposto de renda devido ao longo dos períodos fiscalizados.

A nova redação do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, em face da edição da Lei nº 14.689, de 20 de setembro de 2023, que reduziu o percentual de qualificação da multa de ofício acarreta na aplicação do princípio da retroatividade benigna referido na alínea c do inciso II do art. 106 do Código Tributário Nacional (CTN).

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO. CONFIGURAÇÃO DE CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

De acordo com o regramento normativo vigente na forma do artigo 150, § 4º, do CTN, a homologação do lançamento ocorrerá no prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, desde que observada a existência de pagamento

antecipado do tributo correspondente, bem como a inoccorrência de dolo, fraude ou simulação praticado pelo sujeito passivo.

Por seu turno, inexistindo pagamento de idêntica natureza do tributo autuado ou qualificação de prática ilícita determinante da configuração de crime contra a ordem tributária, o prazo decadencial rege-se pelo preceito firmado no artigo 173, inciso I, do mesmo diploma normativo.

INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. ADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO NA SÚMULA CARF Nº 108.

A importância alusiva à multa de ofício representa um débito tributário para com a União decorrente de impostos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, configurando-se pertinente a incidência de juros de mora sobre seu montante a partir do vencimento qualificado na competente autuação fiscal levada a efeito em face do sujeito passivo, porquanto regularmente amparado pela legislação tributária de regência.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2016, 2017

PRODUÇÃO DE PROVAS. ASPECTO TEMPORAL.

A peça impugnatória deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses de defesa e instruída com a integralidade do acervo documental em que se fundamentar, sob pena de preclusão, ressalvadas as hipóteses de ocorrência das excepcionalidades disciplinadas pela norma processual tributária de regência.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido em Parte

Devidamente cientificados, o sujeito passivo autuado e o coobrigado apresentaram recurso voluntário a este Colegiado ratificando em essência as razões expedidas nas peças impugnatórias.

Em contrarrazões aos recursos, a PGFN reforçou as razões da autoridade julgadora e pugnou pela manutenção integral da exigência. Posteriormente, a autuada apresentou manifestação contestando as contrarrazões da PGFN e ratificando as razões de defesa expostas nas peças anteriores.

É o Relatório

VOTO

Conselheiro Leonardo de Andrade Couto - Relator

Os recursos são tempestivos e preenchem as condições de admissibilidade, motivo pelo qual deles conheço.

Recurso voluntário da pessoa jurídica autuada:

Em sede de preliminar, a recorrente suscita a nulidade do feito por erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da base de cálculo e da alíquota aplicada.

Considerando que as arguições de nulidade, sob alguns aspectos confundem-se com o mérito importa de imediato ratificar, em apertada síntese, a natureza da exigência.

A Fiscalização desconsiderou INRs domiciliados no estado norte americano de Delaware e entendeu que os reais investidores das operações analisadas seriam domiciliados em paraíso fiscal. A esses, por não terem cumprido com as normas regulatórias do CMN, precipuamente a indicação de representante legal previsto no art. 79, da Lei nº 8.981/96, não se aplicaria o regime estabelecido no art. 78 dessa mesma norma:

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.

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.

Nessa mesma linha, não fariam jus à tributação favorecida aplicável a outros investidores domiciliados no exterior (art. 81, da Lei nº 8.981/95 c/c art. 16, da MP nº 2.189-49/1).

Daí porque o Fisco entendeu como aplicável ao caso o art. 47, da Lei nº 10.833/03.

No que se refere à identificação do sujeito passivo, a defesa sustenta que, nos moldes em que ocorreu a formalização da exigência pela qual o investidor não cumpre a regulamentação do CMN e está localizado em paraíso fiscal, a responsabilidade tributária caberia ao adquirente dos ativos alienados pelo investidor não residente, na forma do art. 26, da Lei nº 10.833/03.

O dispositivo em questão prevê (destaque acrescido):

Art. 26. O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o 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.

O texto é expresso em determinar que as disposições nele contidas dirigem-se especificamente à apuração do ganho de capital para residentes no exterior que alienem bens no Brasil. O art. 18, da Lei nº 9.249/95 é regra específica para os residentes no exterior referente à regra geral estabelecida no art. 17 da mesma lei, que disciplina a apuração do ganho de capital na venda de bens e direitos e estabelece a correção monetária na alienação de bens adquiridos até 31 de dezembro de 1995. Dessarte, entendo inaplicável ao mercado de renda variável.

Vejamos o art. 47 da norma em comento, base legal da autuação:

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

Aqui, o dispositivo é genérico, aplicando-se também ao ganho apurado no mercado de renda variável. Só por isso, já seria improcedente a afirmativa de que: *“é evidente que os artigos 26 e 47 são normas relacionados entre si”*. Ao contrário, pelas diferenças de apuração do tributo não necessariamente poder-se-ia estabelecer o mesmo critério de eleição do responsável tributário nos dois tipos de operação.

A suposta impossibilidade jurídica da atribuir responsabilidade tributária à autuada mostra-se descabida diante do enquadramento do feito no inciso I, do § 3º, do art. 16, da MP nº 2.189-49/01. Cabe a transcrição do dispositivo na totalidade (destaque acrescido):

Art. 16. O regime de tributação previsto no art. 81 da Lei no 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com a alteração introduzida pelo art. 11 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplica-se a investidor residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras nos mercados de renda

fixa ou de renda variável no País, de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

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

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

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

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

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

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

Quando se alega a suposta nulidade na eleição do responsável pelo cumprimento das obrigações tributárias, fica claro que essa obrigatoriedade está prevista em lei.

Também não procede o argumento de que haveria uma contradição no enquadramento feito pelo Fisco no sentido de que o art. 16 supratranscrito só seria aplicável a investidor domiciliado em paraíso fiscal que investisse sob as regras do CMN. Isso porque, reclama, os parágrafos não poderiam ser dissociados do *caput*.

Ora, sem cabimento o pleito. O § 2º, do dispositivo já traz uma excepcionalidade ao estabelecer que as disposições do caput não se aplicam a investidores domiciliados em paraíso fiscal e é devidamente complementado pelo § 3º.

Até como consequência do até aqui exposto, também se mostra improcedente a arguição da impossibilidade de imputação de responsabilidade tributária à “fonte pagadora” (*sic*). Isso porque a recorrente insiste que a regra de responsabilidade tributária a ser aplicada ao caso seria o art. 26, da Lei nº 10.833/03 que, sendo regra específica, não poderia ser suprimida pela regra geral (art. 100, do DL 5.844/43). Como já explicado, o art. 26, da Lei nº 10.833/03 não se aplica ao caso.

Ainda no que concerne às arguições de nulidade, haveria uma impossibilidade de caracterização da requerente como “fonte pagadora” (*sic*) pela inexistência de pagamento.

No entendimento da defesa, a recorrente seria mera intermediária do fluxo financeiro em decorrência de suas obrigações contratuais como representante legal, recebendo os valores em nome de seus clientes e, portanto, reconhecendo contábil e gerencialmente que tais valores não seriam de sua titularidade.

Em sentido diverso ao alegado, o TVF não reconheceu a figura de “mera intermediária” da fiscalizada. A Fiscalização descreveu a operação de investimento e deixou claro o fato gerador do tributo ocorreria quando do crédito do rendimento na conta do INR feito pelo responsável tributário, independente do fechamento do contrato de câmbio.

Ademais, não se pode olvidar que a recorrente é o representante legal exigido pelo art. 79, da Lei nº 8.981/95, por meio de quem foram realizadas as operações de investimento e como tal, nos termos do art. 128, do CTN, responsável pelo cumprimento das obrigações tributárias que realizar por conta e ordem do representado.

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.**

Importa deixar claro que essa **responsabilização foi feita de ofício**, pois os reais investidores domiciliados em paraíso fiscal não tinham cumprido tal exigência.

Em seguida, foi suscitada a nulidade do feito por suposto erro na alíquota aplicável pois, segundo a recorrente, mesmo que se entendesse como válida a tributação, a alíquota seria de 15% (quinze por cento) e não de 25% (vinte e cinco por cento) imputada com base no art. 8º, da Lei nº 9.779/99.

O posicionamento da Fiscalização tem como base o fato de que os reais investidores não os INRs Ostensivos domiciliados no estado norte americano de Delaware, mas sim entidades situadas em paraíso fiscal que não nomearam representante no Brasil, conforme exigido pelo CMN. O descumprimento de condições regulamentares impediu a aplicação da alíquota de 15%. Transcreve-se trecho do TVF que explica (destaque do original):

(...)

Assim, enquanto o art. 78 garante aos residentes ou domiciliados no exterior tratamento pelas mesmas normas de tributação pelo Imposto de Renda previstas para os residentes ou domiciliados no país quanto a ganhos e rendimentos abrangidos pelos seus incisos I a III, o art. 79 impõe que “*O investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários somente poderá ser*

realizado no país por intermédio de representante legal, previamente designado...”.

Desse modo, ao realizar investimentos de que resultem ganhos ou rendimentos abrangidos pelos incisos I a III do art. 78 da Lei 8.981/95, o não residente que, nos termos do art. 79, previamente designa representante legal, tem direito, ainda que domiciliado em Paraíso Fiscal, à equiparação ao residente.

O fato de se tratarem, estes, de artigos dispostos consecutivamente e já na abertura da SEÇÃO IV da Lei 8.981/95 não pode ser visto como mero acaso. Com efeito, a equiparação ao residente, concedida pelo art. 78 relativamente aos ganhos ou rendimentos abrangidos pelos seus incisos I a III, demanda do não residente o cumprimento da condição imposta pelo art. 79, qual seja, a de designar representante legal previamente à realização das operações pretendidas.

Desse modo, **não faz jus à proteção dada pelo art. 78 da Lei 8.981/95 – equiparação a residente – o não residente que realiza operações nos mercados financeiro e de capitais brasileiros sem a devida observância do disposto no art. 79 da mesma Lei.**

A inobservância do disposto no art. 79 da Lei 8.981/95 afasta, também, a aplicabilidade do art. 16 da MP 2.189-49/2001, pois este, conforme já destacado, somente se aplica 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”.

Assim, a exigência de que o INR nomeie um REPRESENTANTE TRIBUTÁRIO, a qual está presente tanto na RCMN 2.689/00 quanto da RCMN 4.373/14, é condição indispensável para que “as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional” – possam ser consideradas atendidas.

Tanto isso é verdade que o art. 3º, Parágrafo 1º, da RCMN 2.689/00 dispõe que “O representante de que trata o inciso I deste artigo [o REPRESENTANTE] não se confunde, necessariamente, com aquele exigido pela legislação tributária”. Da mesma forma, o art. 2º, § 1º, da RCMN 4.373/14 dispõe que “O representante de que trata o inciso I deve ser instituição financeira ou instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil e não se confunde, necessariamente, com aquele exigido pela legislação tributária”.

Constata-se assim que 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.

Desta forma, a tributação de ganhos e rendimentos auferidos por residente ou domiciliado em Paraíso Fiscal que realiza operações nos mercados financeiro e de capitais brasileiros sem a devida observância do disposto no art. 79 da Lei

8.981/95 deve dar-se conforme preveem, respectivamente, o art. 47 da Lei 10.833/2003 e o art. 8º da Lei 9.779/99:

(....)

Os argumentos da defesa ignoram a principal circunstância que norteou o procedimento fiscal: os investimentos não foram realizados por INRs situados nos Estados Unidos mas por investidores domiciliados em paraíso fiscal que não nomearam representante no Brasil, nos termos exigidos pela legislação.

Não vislumbro qualquer contradição nesse raciocínio da mesma forma que divirjo do argumento no sentido de que a desconsideração feita pelo Fisco implicaria “na conclusão lógica” (sic) de os investidores das Ilhas Cayman assumirem a posição de INRs e serem tributados à alíquota de 15%. Ora, tal situação só ocorreu como resultado do procedimento fiscal sendo incabível, a meu ver, que a interessada seja beneficiada em decorrência de irregularidade por ela perpetrada.

A arguição de erro na determinação da base de cálculo envolve a desconsideração de supostas perdas e um indevido reajuste da base.

Quanto às perdas, insiste o sujeito passivo que a desconsideração dos INRs para fins fiscais implicaria no recolhimento do IRF conforme as regras para tributação dos ganhos auferidos para residentes no Brasil, ou seja, considerando a sistemática de ganho líquido. Como exaustivamente colocado no TVF, a impossibilidade dessa equiparação foi a tese mais relevante do procedimento fiscal que justificou a tributação sob a ótica do ganho de capital nos termos do art. 47, da Lei nº 10.833/2003.

No que concerne ao reajuste da base de cálculo, a autuada reclama que só seria aplicável em situações nas quais exista previsão contratual expressa que obrigue a fonte pagadora assumir o ônus financeiro da tributação devida pelo beneficiário.

Não é bem assim.

Como já afirmado em momento anterior deste voto, a recorrente é o representante legal exigido pelo art. 79, da Lei nº 8.981/95, por meio de quem foram realizadas as operações de investimento e como tal, nos termos do art. 128, do CTN, responsável pelo cumprimento das obrigações tributárias que realizar por conta e ordem do representado. Correto, portanto, o reajuste da base de cálculo nos termos do art. 725, do RIR/99.

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

No mérito, a defesa suscita a impossibilidade de desconsideração dos INRs. Em primeiro lugar em função de, alega, ter cumprido as normas sobre investimento estrangeiro quais sejam a Resolução 4.373/14, a Instrução CVM 560 e a Circular nº 3.752/15.

Ao iniciar este voto, registrei que sob alguns aspectos as arguições de nulidade de confundiriam com o mérito. Esse é um dos casos. O posicionamento da Fiscalização tem como base o fato de que os reais investidores não são os INRs Ostensivos domiciliados no estado norte americano de Delaware, mas sim entidades situadas em paraíso fiscal que não nomearam representante no Brasil, conforme exigido pelo CMN.

Apesar do exaustivo arrazoadado, peca a recorrente ao afirmar que a Fiscalização estaria “obrigada” a considerar que todos os negócios jurídicos relacionados aos investimentos sob exame teriam sido praticados diretamente pelos Cayman Funds e, como consequência, também “obrigada” a reconhecer que o contrato de representação legal e demais requisitos legais e regulatórios teriam sido cumpridos por eles.

Para que tal argumento fosse aceito, caberia desconsiderar a irregularidade levantada pela Fiscalização o que implicaria no benefício do suposto infrator.

A alegada incompetência da Fiscalização para contestar questões objeto de inspeção de outro órgão regulador não pode ser arguida em assuntos tributários. É sobre esse prisma que as operações realizadas foram avaliadas, o que está perfeitamente dentro das atribuições da Receita Federal do Brasil. Outrossim, os julgados trazidos com o exemplo pela defesa tratam de matéria distinta do presente caso.

Na mesma linha, é improcedente a arguição de que o ordenamento jurídico-tributário não permitiria a desconsideração dos INRs. A partir do momento em que se entendeu que os investimentos sob exame foram realizados de forma a gerar benefício indevido perante a legislação tributária brasileira, é perfeitamente cabível a desconsideração nos moldes efetuados.

A menção à “transparência” dos INRs teve caráter didático e não foi questão decisiva para o lançamento, mas sim a forma como foram utilizadas para evitar a tributação dos investimentos no Brasil. O TVF é claro:

(.....)

Verifica-se, portanto, que a estrutura é arquitetada a não ser tributada em nenhum nível. Com o intuito de tentar evitar a tributação sobre ganhos auferidos no Brasil, foi realizada a interposição dos INRs Ostensivos em Delaware, EUA. Ocorre que tais INRs Ostensivos, conforme exaustivamente comprovado, têm existência meramente formal, não de fato. Sem qualquer substância econômica, tais entidades servem apenas como veículos para transportar os recursos originários de fundos de investimentos constituídos em paraíso fiscal para os investimentos no Brasil, não podem ser considerados os investidores de fato.

(....)

Não se aplicam ao caso o PN nº 1/2002 e o ADI nº 5/2019. Em relação ao PN, que disciplina o recolhimento do IRF em determinadas situações quando o tributo deixou de ser recolhido, a questão da responsabilidade tributária já foi devidamente abordada em momento anterior deste voto. Quanto ao ADI, envolve a aplicação do regramento dirigido aos investidores enquadrados no regime especial de tributação ao qual a Fiscalização deixou claro ser inaplicável no presente caso.

As razões jurídicas e econômicas para que o investimento no Brasil fosse feito a partir de Delaware tiveram como base fundamentalmente publicações alienígenas. São até certo ponto curiosos os elogios feitos à estrutura daquele estado que teria criado um “círculo virtuoso”.

Ora, é notório que as instituições de Delaware são empresas com existência apenas formal, muitas vezes com sede numa caixa postal. Não é crível sustentar a ausência de interesse tributário na adoção de operações de investimento com base em LLCs domiciliadas em Delaware. Caso não fossem utilizadas as INRs ostensivas, ficariam explícitos os reais investidores situados no paraíso fiscal e sem representante nomeado no Brasil.

Conforme já mencionado no Relatório integrante deste Acórdão, a Fiscalização explicitou as razões pelas quais os INRs ostensivos não poderiam ser tidos como os reais investidores que correspondem aos *master funds* domiciliados nas Ilhas Cayman: Ausência de deliberações de sócios e administradores, ausência de Demonstrações Financeiras, não participam dos custos e despesas incorridos pelo grupo DG, não figuram nos Acordos de Gestão de Investimentos firmados entre os *master funds*, os *feeder funds* e os gestores de investimento e os advogados que prestam serviços ao grupo DG não representam os INRs ostensivos;

Em contraponto, o Fisco apresentou características diferenciais dos *master funds*, inexistentes nos INRs ostensivos: demonstrações financeiras detalhadas, existência de custos e despesas, acordos de gestão de investimentos, prestação de serviços por advogados e investimentos em ações e ativos de outros países incluindo o Brasil.

Entretanto, a principal diferença é que os *master funds* são domiciliados em país com tributação favorecida enquanto os INRs ostensivos não. Tal circunstância tem impacto RELEVANTE na sistemática de tributação dos investimentos e as demais motivações societárias apresentadas para justificar os INRs ostensivos são frágeis diante dessa constatação.

A suposta busca pela segurança jurídica em Delaware para os beneficiários estrangeiros é contraditória com a constituição dos *master funds* nas Ilhas Cayman. Na mesma linha, a necessidade de proteção adicional supostamente proporcionada pelas LLCs é incompatível com a aquisição de ações dos fundos fora daquele estado e investimento em recursos fora dos Estados Unidos.

Quanto à necessidade de se identificar e tributar aqueles que seriam os beneficiários finais dos ganhos auferidos, entendo que a Fiscalização tratou o assunto de forma correta, motivo pelo qual transcrevo trecho do TVF:

Considerando também que alguns contribuintes, no âmbito do contencioso, tentam reverter a autuação alegando que, para determinação do enquadramento ao “Regime Especial”¹⁷ de Tributação, deveriam ser considerados os clientes do Gestor de Investimento, no presente caso os clientes de Discovery Capital Management, LLC, que adquiriram as ações dos *feeder funds* ou, tendo as ações dos *feeder funds* sido adquiridas por pessoas não naturais, os beneficiários finais destas, torna-se importante esclarecer que tal argumento é falacioso. Vejamos então, por que tal argumento não merece prosperar.

Os Memorandos de Oferta dos *feeder funds* logo em sua página inicial, contém alertas, grafados em letra maiúscula, que é justamente para dar o enfoque devido. Tomemos como exemplo o que diz o Memorando de Oferta de Discovery Global Opportunity Fund: (Doc. 0673)

Dezembro de 2015

ESTE MEMORANDO EXPLICATIVO CONFIDENCIAL (O “MEMORANDO”) FOI PREPARADO EM CONEXÃO COM A OFERTA E VENDA FORA DOS ESTADOS UNIDOS, SEUS TERRITÓRIOS OU POSSES DE AÇÕES ORDINÁRIAS DO DISCOVERY GLOBAL OPPORTUNITY FUND, LTD, LTD. (O “FUNDO”) A UM NÚMERO LIMITADO DE PESSOAS QUE NÃO SÃO CIDADÃOS NEM RESIDENTES DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E, DENTRO DOS ESTADOS UNIDOS, A UM NÚMERO LIMITADO DE INVESTIDORES DOS ESTADOS UNIDOS CONSISTINDO PRINCIPALMENTE DE ENTIDADES ISENTAS DE IMPOSTOS. AS AÇÕES ORDINÁRIAS NÃO SERÃO OFERECIDAS A PESSOAS QUE SÃO MEMBROS DO PÚBLICO NAS ILHAS CAYMAN. ESTE MEMORANDO NÃO PODE SER REPRODUZIDO POR PESSOAS NÃO AUTORIZADAS. (g.n.)

Verifica-se, portanto, que o que está sendo ofertado são ações ordinárias do Discovery Global Opportunity Fund e não ações ou quaisquer outros títulos de empresas localizadas em outros países, como o Brasil, por exemplo. O Memorando segue fazendo outros alertas, dos quais destacamos o seguinte trecho:

NENHUMA DECLARAÇÃO DE REGISTRO FOI ENVIADA À COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS E CAMBIAL DOS ESTADOS UNIDOS OU A QUALQUER AUTORIDADE ESTADUAL DE VALORES MOBILIÁRIOS COM RELAÇÃO A ESTA OFERTA.

Note-se que não houve registro dos títulos ofertados na Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos nem em qualquer outra autoridade encarregada de valores mobiliários e, portanto, não foram registrados na CVM, no Brasil.

Em verdade, caso o Memorando de Oferta estivesse ofertando títulos registrados na CVM, cada um dos adquirentes desses títulos, deveria, obrigatoriamente, apresentar-se ao Brasil como Investidor Não Residente, e cumprir as regras impostas, as quais foram brevemente apresentadas no capítulo 3 deste termo.

O TVF ainda ressalva a diferença entre o investimento feito nos fundos de investimentos e aquele feito pelos fundos de investimento sendo esse último o objeto da presente lide.

Em relação à imputação da multa qualificada, o TVF assim a justificou:

No caso em tela estamos diante de um caso de fraude. No intuito de obter o benefício fiscal da não incidência de imposto de renda sobre os ganhos auferidos em investimentos realizados no Brasil, e assim evitar o seu pagamento, o grupo DG, utilizando-se de interposições fraudulentas, inseriu INRs Ostensivos na estrutura de investimentos do grupo, para simular que eram esses que investiam no Brasil e assim mascarar o domicílio dos investidores de fato, fundos de investimentos constituídos nas Ilhas Cayman.

Os INRs Ostensivos não tinham qualquer substância econômica, foram utilizados apenas como entidades de passagem ou veículos de investimento para transportar os recursos dos reais investidores, constituídos nas Ilhas Cayman, e apenas formalmente cumpriram o papel de investidores não residentes.

Ao constituir entidades desprovidas de qualquer substância econômica, com domicílio em Delaware, nos EUA, e, por meio de uma interposição fraudulenta, simular que essas entidades são os INRs, que investem nos mercados financeiros e de valores mobiliários brasileiros, ocultar que os investidores de fato estão sediados em paraísos fiscais, com o intuito de obter benefícios fiscais indevidos, de se beneficiar da aparente não incidência de imposto de renda sobre os ganhos auferidos com tais investimentos, o Grupo DG incorre em fraude.

Faz a acusação de conluio:

Morgan Stanley, que é o custodiante global dos INRs Ostensivos e tem pleno conhecimento da estrutura arquitetada pelo Grupo DG para fraudar a legislação tributária brasileira, e participou ativamente desse processo desde o momento em que aceitou como “passageiros” de seu “Ônibus” entidades sem existência de fato, com mera existência formal, e que atuaram como meras entidades de passagem dos recursos originários de paraíso fiscal para os mercados financeiros e mobiliários brasileiros, agiu em conluio com o Grupo DG.

A recorrente sustenta a inaplicabilidade dessa penalidade por quatro razões principais assim resumidas:

- não haveria como as partes terem intuito doloso de ocultar o titular efetivo de um investimento se a legislação tributária não estabelece a obrigatoriedade de identificação dos beneficiários finais;
- a recorrente não teria interesse direto ou indireto na suposta situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária;
- não existiria conduta fraudulenta ou dolosa comprovada pela autoridade fiscal; e;
- a condição das entidades de Cayman como controladoras dos INRs ostensivos nunca foi ocultada das autoridades fiscais

Firmei convicção da existência de um planejamento tributário abusivo onde não havia justificativa para a existência dos INRs ostensivos que não a economia tributária, daí porque

correto o lançamento para cobrança do montante que deixou de ser recolhido como resultado desse planejamento.

Quanto à caracterização da simulação, é fato que nenhum Órgão regulador estabeleceu qualquer restrição à estrutura de investimento montada. Legalmente falando, os INRs têm existência formal, ou seja, abstraindo-se do aspecto tributário, as operações não podem ser tidas como simuladas.

Registre-se ainda que as dificuldades que, segundo a Fiscalização, teriam sido criadas para o fornecimento de informações, envolveram fundamentalmente a identificação dos efetivos representantes brasileiros dos INRs ostensivos. O levantamento da estrutura existente por trás dessas instituições foi feito com base em documentos formais, disponibilizados à autoridade lançadora, que permitiram a identificação dos reais investidores.

Importa ressaltar que essas últimas considerações envolvem **EXCLUSIVAMENTE** a avaliação quanto à existência de simulação.

Sendo assim, entendo que não cabe a imputação da qualificadora.

Relativamente à multa remanescente, cabe a incidência de juros de mora nos termos da Súmula CARF nº 108, com Enunciado:

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Quanto à arguição de decadência, cancelada a qualificação poder-se-ia aventar a contagem do prazo de caducidade sob a ótica do § 4º, do art. 150, do CTN. Entretanto considerando que, para a matéria tributada, não constam pagamentos parciais, a regra aplicável deve ser mantida no art. 173 do CTN. Registre-se que recolhimentos do tributo estranhos aos valores tributados não têm o condão de interferir na norma aplicável.

O fato gerador mais antigo tributado ocorreu em **16/06/2016** e o termo inicial para contagem da decadência ocorreu em **02/01/2017** e o termo final em **02/01/2022**. Com ciência da autuação em **13/12/2021**, não se caracterizou a caducidade.

Recurso voluntário do coobrigado:

De acordo com o TVF, a responsabilização do Morgan Stanley & Co.LLC (MS&Co) teve como matriz legal o inciso I, do art. 124, do CTN:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

(...)

A essência da ligação do coobrigado com os fatos sob exame é representada pelos contratos de custódia firmados com os INRs e, principalmente, pelo Contrato de Representação formalizado com a autuada.

O custodiante global tem uma função de “intermediação” ajudando o INRs no cumprimento de requisitos junto aos órgãos reguladores que permitam os investimentos no Brasil. Trata-se da figura do “motorista do ônibus” conforme explicitado no TVF:

(.....)

Cabe ainda abordar algumas regras estabelecidas pela CVM por meio da Instrução CVM 560/2015 (“ICVM 560”), que “Dispõe sobre o registro, as operações e a divulgação de informações de investidor não residente no País”.

Vejamos o que dispõe os artigos 3º e 4º da ICVM 560:

Art. 3º O investidor não residente pode se registrar como:

I – titular de conta própria;

II – titular de conta coletiva; ou

III – participante de conta coletiva.

§ 1º O titular de conta própria pode operar apenas em seu próprio nome.

§ 2º O titular de conta coletiva pode operar por conta de outros investidores não residentes, admitidos como participantes da conta coletiva.

Art. 4º O investidor pode operar recursos próprios em conta coletiva de que seja titular, desde que também seja registrado como participante.

As contas coletivas são também conhecidas como “Ônibus”, sendo seu titular o “Motorista” e os demais participantes os “Passageiros”. Assim, o Motorista poderá realizar certas operações referentes aos Passageiros e, caso queira fazer operações em seu próprio nome, deverá registrar-se como Passageiro de seu próprio Ônibus. Importante ressaltar, no entanto, que mesmo que o INR seja um simples Passageiro em um Ônibus, o CUSTODIANTE deve manter Conta(s) de Custódia individualizada(s) em seu nome.

Os Contratos de Representação e de Custódia com a Instituição Financeira brasileira são celebrados pelos titulares de conta própria e pelos titulares de conta coletiva. Os Passageiros das contas coletivas simplesmente aderem aos termos dos Contratos celebrados pelos correspondentes titulares. Tal adesão geralmente é efetuada por meio do preenchimento e da assinatura de um documento, conhecido também como Formulário de Registro do Investidor ou Investor Form, que cumpre também o papel de ficha cadastral do INR, visando o atendimento a exigências decorrentes da IN RFB 1.863/18, e da ICVM 560 (Anexo 1).

(,,,,)

As razões apresentadas pela Fiscalização para a imputação da responsabilidade ao coobrigado tiveram caráter vinculado a um suposto comportamento omissivo diante das irregularidades suscitadas (destaques acrescidos):

(....)

Como custodiante global, o Morgan Stanley tinha pleno acesso ao grupo DG, e a toda a sua documentação incluindo os acordos societários, conseguindo assim verificar que não eram compatíveis com o porte dos investimentos realizados pelos fundos do Grupo DG. Sabia também que não havia qualquer Demonstração Financeira para os INRs Ostensivos, apenas para os master funds e feeder funds, assim também como ali não eram tomadas quaisquer decisões ou realizadas quaisquer deliberações, que os INRs Ostensivos não passavam de entidades de passagem do fluxo financeiro, dos recursos oriundos das Ilhas Cayman, esquivando-

(.....)

Morgan Stanley, que é o custodiante global dos INRs Ostensivos e tem pleno conhecimento da estrutura arquitetada pelo Grupo DG para fraudar a legislação tributária brasileira, e participou ativamente desse processo desde o momento em que aceitou como “passageiros” de seu “Ônibus” entidades sem existência de fato, com mera existência formal, e que atuaram como meras entidades de passagem dos recursos originários de paraíso fiscal para os mercados financeiros e mobiliários brasileiros, agiu em conluio com o Grupo DG.

(.....)

Ainda que a autoridade lançadora tenha utilizado na responsabilização argumentos voltados à participação no que seria a prática fraudulenta apurada, que a meu ver não restou comprovada, como custodiante global a responsabilidade do imputado é evidente. O Morgan Stanley “apresentou” os INRs ostensivos à autuada e, contratualmente, respondia pela idoneidade do grupo DG. Como ressaltado no TVF, o Contrato de Representação firmado entre eles deixa claro:

3.2. O Agente neste ato declara e garante o seguinte:

(...) que o Investidor e as atividades e operações do Investidor são familiares ao Agente

Os dispositivos contratuais, a meu ver, implicam na assunção de responsabilidade pelo coobrigado perante os investidores não residentes. Sob essa ótica, não agiu com a diligência devida e esperada perante essas cláusulas e não há como alegar desconhecimento do planejamento efetuado.

No recurso voluntário são elencadas supostas nulidades nessa imputação. Nessa questão, parto da premissa que o MS&Co não pode atuar no país da forma que lhe for conveniente e, quando constatada a prática de irregularidade, suscitar uma impunidade com base no *status* de investidor estrangeiro não sujeito à legislação pátria.

Sob esse prisma, entendo como válida a intimação ao coobrigado em nome da atuada. O Contrato de Representação não tem a restrição de alcance suscitada pela recorrente eis que menciona em suas cláusulas a atividade do coobrigado seja na figura de Agente de Conta Coletiva relativo a contratos com investidores não residentes seja como investidor direto.

Considero também que o contrato implica na submissão das partes à legislação brasileira, o que inclui o coobrigado, significando a improcedência dos argumentos quanto à impossibilidade de responsabilização pela circunstância de ser não residente.

Do exposto, voto por negar provimento ao recurso do coobrigado.

Em resumo, conduzo meu voto no sentido de:

- rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas nos recursos voluntários da pessoa jurídica atuada e do coobrigado;
- negar provimento à arguição de decadência;
- dar provimento parcial ao recurso da pessoa jurídica atuada para, mantendo a exigência tributária, reduzir o percentual da multa de ofício a 75% (setenta e cinco por cento); e
- negar provimento ao recurso voluntário do coobrigado.

Assinado Digitalmente

Leonardo de Andrade Couto