

Investimentos de fundos estrangeiros no Brasil com participação de residentes

Cumprimento de exigências cadastrais poderá levar a Receita a identificar beneficiários finais residentes no País

LEVY & SALOMÃO
ADVOGADOS

Isabela Schenberg Frascino

Pedro Araujo Chimelli

11 de Janeiro de 2018



A Receita Federal tem tentado responsabilizar instituições financeiras nacionais pela identificação de todos os beneficiários finais de investimentos estrangeiros nos mercados financeiro e de capitais no Brasil, e tem ameaçado cobrar Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) à alíquota punitiva de 35% (aplicável a pagamentos feitos por pessoas jurídicas a beneficiários não identificados) sobre rendimentos e ganhos derivados desses investimentos, caso haja dúvida sobre a existência de investidor final residente no País. O objetivo é desqualificar os benefícios tributários dados a estrangeiros em tais investimentos.

Ocorre que a existência de algum residente no Brasil como beneficiário final de fundo estrangeiro que invista no País não implica necessariamente ilegalidade, mesmo se o investimento tiver sido realizado por intermédio de *holding* financeira detida no exterior pelo residente no Brasil, regularmente constituída e declarada.

A existência de um residente no Brasil como beneficiário final de fundo estrangeiro que invista no País é admitida pela legislação em vigor, desde que: (i) a possibilidade de investimento por pessoas residentes no Brasil esteja admitida ou não seja vedada nos documentos constitutivos do fundo; e (ii) interposição de fundo estrangeiro para

investir no Brasil não configure mera simulação de investimento estrangeiro (caso em que poderá ser desconsiderada).

De fato, a entidade “da qual participem exclusivamente pessoas naturais e jurídicas residentes e domiciliadas no exterior” é apenas uma das classes de investidores estrangeiros admitidos pela regulamentação, ao lado de categoriais como “demais fundos ou entidades de investimento coletivo”, “entes constituídos sob a forma de *trusts* ou outros veículos fiduciários”, “sociedades constituídas com títulos ao portador” e demais pessoas jurídicas constituídas no exterior “não enquadradas nas categorias anteriores” [1]. Para todos os últimos não há o requisito de participação exclusiva de não residentes, segundo a regulação da CVM.

Assim, uma entidade no exterior controlada por residentes no Brasil não deve ser desconsiderada como investidor não residente, desde que presentes alguns requisitos. A pessoa jurídica estrangeira deve ser regularmente declarada às autoridades brasileiras, ter personalidade jurídica própria e ter carteira diversificada de ativos em diferentes países, além de possuir escrituração contábil própria e preparar demonstrações financeiras por meio de contador habilitado no país de sua constituição. Em um grau ideal – exigível apenas se suas operações o demandarem –, a pessoa jurídica deveria ter também instalações físicas e empregar pessoal próprio no exterior.

A legislação tributária também não veda a participação de residentes no Brasil em investimentos feitos por fundos e sociedades estrangeiras nos mercados financeiro e de capitais brasileiros sob o regime da Resolução nº 4.373/14, do Conselho Monetário Nacional (CMN). A legislação que concede benefício fiscal a esses investimentos apenas requer que o investidor direto seja não residente e não localizado em paraíso fiscal. Se a intenção do legislador fosse negar este tratamento aos investimentos indiretos de brasileiros, haveria de ter indicado isto de modo expresso.

Para que o Fisco questione operação assim estruturada e possa impor tributação diferenciada a residentes no Brasil, as entidades domiciliadas no exterior deveriam ser desprovidas de existência real e sua estrutura deveria gerar redução ou ausência de tributação em comparação com investimentos feitos no mercado brasileiro diretamente por residentes no Brasil.

Ocorre que estrutura em questão tende a não ser tributariamente eficiente para investidores residentes no Brasil, pois os ganhos provenientes de seus investimentos em fundo estrangeiro acabam sendo tributados no Brasil quando o investidor os realiza nos termos da legislação.

Embora possa haver diferimento dessa tributação, suas alíquotas podem ser mais altas (até 27,5% para investidor pessoa física, ou 34% se pessoa jurídica) que as que seriam aplicáveis se o investimento fosse feito diretamente no Brasil (22,5% a 15%), o que já poderia neutralizar o benefício fiscal anteriormente atribuído ao investimento estrangeiro em mercados locais, esvaziando o fundamento para questionamentos do Fisco. Se incidir alguma tributação tipicamente aplicável a alguns desses investimentos estrangeiros (10% ou 15%), haverá inclusive dupla tributação para o investidor residente no Brasil que realizar os ganhos.

Responsabilidade tributária

Independentemente das discussões acima, há a questão da responsabilidade tributária.

Primeiramente, a legislação tributária determina que o responsável pela retenção e recolhimento do IRRF incidente sobre rendimentos auferidos pelo investidor estrangeiro *é a pessoa jurídica com sede no País que fizer o pagamento dos rendimentos* (fonte pagadora), não o representante legal do investidor estrangeiro previamente designado dentre as instituições autorizadas pelo Poder Executivo a prestar tal serviço [2].

A atual regulamentação da Receita prevê ainda que, para efeito de determinação da alíquota de IRRF aplicável, o *administrador dos recursos estrangeiros* deverá informar à fonte pagadora o nome do país ou dependência do qual se originou o investimento, e que a *falta* dessa informação (ou a informação de que o investimento se origina de paraíso fiscal) enseja incidência da alíquota aplicável ao rendimento auferido por residente ou domiciliado no País [3].

Ou seja, se o administrador dos recursos estrangeiros informar à fonte pagadora no Brasil que o investimento se origina de jurisdição estrangeira não qualificada como paraíso fiscal, basta para que seja respeitada a tributação aplicável aos investimentos feitos sob a Resolução CMN nº 4.373/14. Somente a *falta* dessa informação autoriza incidência da *alíquota aplicável ao rendimento auferido por residente ou domiciliado no País*, que seria de 15% a 22,5%, e não de 35%.

Para fins de incidência de IRRF e respectiva responsabilização tributária, portanto, não se exige a conferência e fiscalização, pela fonte pagadora brasileira, das informações prestadas pelo administrador dos recursos estrangeiros, nem seria razoável existir tal exigência.

Tudo o que a Receita pode exigir no caso do representante legal do investidor estrangeiro é o cumprimento das exigências cadastrais e de apresentação de informações e documentos previstas na Instrução Normativa (IN) RFB nº 1.634/16 e no Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 9/17, da Coordenadoria-Geral de Cadastros da RFB (Cocad), entre as quais se destaca a identificação de beneficiários finais.

Eventual descumprimento desses deveres cadastrais (obrigações acessórias) não interfere nas regras de responsabilidade tributária acima comentadas, nem pode acarretar diretamente o agravamento da tributação do investimento estrangeiro.

O cumprimento dessas exigências cadastrais poderá levar a Receita a identificar beneficiários finais residentes no País, mas, como visto, isso não implica necessariamente ilegalidade, nem afeta a responsabilidade tributária exclusiva da fonte pagadora pelo IRRF eventualmente devido.

[1] Incisos X a XIV do § 1º do art. 1º do Anexo I da Instrução nº 560/15, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)

[2] Art. 79, *caput* e §1º, da Lei nº 8.981/95, art. 69 da Lei nº 9.430/96, art. 16, §1º, da Medida Provisória nº 2.189-49/01, e art. 100, *caput*, da Instrução Normativa – “IN” RFB nº 1.585/15.

[3] Art. 100, §§ 1º e 2º, da IN RFB nº 1.585/15.

Isabela Schenberg Frascino – sócia de Levy & Salomão Advogados
Pedro Araujo Chimelli – advogado de Levy & Salomão Advogados