

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA.

ISS. GESTÃO DE CARTEIRA DE INVESTIMENTOS. EXPORTAÇÃO DE SERVIÇOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

GESTÃO DE PATRIMÔNIO INTEGRALIZADO EM TRUST POR INTERMÉDIO DE FUNDOS DE INVESTIMENTOS DOMICILIADOS NA COMUNIDADE DAS BAHAMAS E NOS ESTADOS UNIDOS.

BENEFÍCIO AUFERIDO EM TERRITÓRIO NACIONAL. CARÁTER FINALÍSTICO DA ISENÇÃO PREVISTA NO ART. 156, §3º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Preliminar. Ausente demonstração de efetivo prejuízo, não se vislumbra cerceamento de defesa pela ausência de despacho saneador e/ou solução do processo pelo ônus de prova, nomeadamente à vista da inexistência de manifestação de interesse na produção de outras provas para além da prova documental requerida. Lado outro, eventual equívoco ou omissão do juízo na valoração da documentação acostada aos autos constitui questão de mérito, com ele devendo ser analisada. - A Constituição Federal estabeleceu, no seu art. 156, §3º, II, regra de delimitação substancial da competência tributária municipal sobre serviços, ao excluir da sua incidência “exportações de serviços para o exterior”. Com efeito, consideram-se exportados, e consequentemente excluídos da incidência do ISS, os serviços que sejam completamente desenvolvidos no exterior (excluídos, aí, pelo próprio princípio da territorialidade) ou que, embora desenvolvidos no Brasil, tenham seu resultado verificado no exterior. Interpretação a contrario sensu do parágrafo único do art.

2º da LC nº 116/2003. Sendo o serviço um esforço humano prestado em benefício de outrem, é precisamente esse “bem ou utilidade material ou imaterial” que irá compor o núcleo semântico da palavra “resultado”, correspondendo à utilidade que ele visa criar ao seu tomador. - Diante da principal característica do trust, consistente na criação de um patrimônio de afetação, sob a “propriedade legal” do gestor (trustee), mas destinado a servir aos interesses dos beneficiários ou do próprio investidor (settlor), verifica-se que a análise dos benefícios decorrentes da prestação dos serviços, quer dizer, do local em que é percebida a sua utilidade, concentra-se nas figuras do investidor (settlor), administrador (trustee) e beneficiários, e não necessariamente na localização do patrimônio afetado (trust). - No caso concreto, é a própria apelante, GERVAL INVESTIMENTOS LTDA., domiciliada no Município de Porto Alegre e cuja estrutura acionária contempla unicamente o GRUPO GERDAL EMPREENDIMENTOS LTDA e seus sócios controladores, todos integrantes do mesmo núcleo familiar, que administra os recursos em benefício dos investidores situados em território nacional, o que faz por intermédio de pessoas jurídicas cuja presença no exterior é meramente formal, porquanto estabelecidas em endereços postais, sem presença estrutura física ou de pessoal. - Embora a manutenção de patrimônio em países com tributação privilegiada, por meio da integralização de patrimônio em trust e constituição de pessoas jurídicas (PIC) não constitua, por si só, ato ilícito; não se pode olvidar que a regra do art. 156, §3º, II, da Constituição Federal possui caráter finalístico, consistindo no favorecimento da balança comercial e na garantia da competitividade dos serviços nacionais no mercado externo.

Logo, ainda que a norma de isenção mereça interpretação literal, conforme dispõe o art. 111 do CTN, não se pode desconsiderar que a sua finalidade (incentivo à entrada de capital estrangeiro no país) estaria, na hipótese, absolutamente desvirtuada, premiando-se, ao contrário, a saída de capital nacional para o exterior. Manutenção da sentença de improcedência. APELO DESPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL

VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Nº 70080131816 (Nº CNJ: 037839326.2018.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

GERVAL INVESTIMENTOS LTDA. - APELANTE

MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE - APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE) E DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA.

Porto Alegre, 13 de junho de 2019.

DES.^a MARILENE BONZANINI, RELATORA.

RELATÓRIO

DES.^a MARILENE BONZANINI (RELATORA)

Adoto, de saída, o relatório da sentença, verbis:

“Gerval Investimentos Ltda, já qualificada na presente ação, propôs AÇÃO DECLARATÓRIA em face do Município de Porto Alegre, também já qualificado. Asseverou que sua atividade consiste na análise e decisão de opções que ofereçam a melhor rentabilidade aos seus clientes, que são pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no Brasil ou Exterior, recolhendo ISSQN sobre a sua atividade, enquadrada no subitem 17.12 da lista anexa à LC 07/73. Disse que a Fazenda Municipal lavrou o Auto de Infração e Lançamento 000012.00/2016, a fim de constituir o crédito tributário relativo ao ISSQN do período de agosto de 2012 a dezembro de 2015, atinente aos tomadores do exterior, empresas offshores, sob a alegação de que o resultado ocorreu em território nacional. Aduziu que o imposto não foi recolhido neste tipo de operação, pois se enquadra no conceito de exportação de serviços, e assim afastada a tributação, nos termos do art. 156, § 3º, inciso II, da CF e art. 2º, inciso I, parágrafo único da LC 116/03.

Clamou pela procedência da ação para que seja anulado o crédito tributário relativo ao ISSQN, bem como anulado protesto da CDA 50253/20147. Juntou documentos de fls. 23 a 871. Foi indeferido o pedido de tutela de urgência, despacho de fls. 872 a 905. A autora agravou da decisão, fls. 875 a 905, tendo sido deferido o pedido de antecipação da tutela recursal, determinando-se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e a consequente sustação dos efeitos do protesto, fls. 906 a 912. Posteriormente, o e. Tribunal de Justiça negou provimento ao agravo de instrumento, revogando a liminar outrora deferida. Citado, o Município apresentou contestação aduzindo, em suma, que os serviços prestados pela autora para tomadores do exterior, empresas offshores situadas nas Bahamas, tiveram seus resultados em território nacional.

Afirmou que a autora não demonstrou de que forma ocorreu a alegada fruição no exterior dos serviços prestados aos seus tomadores, afirmando que o STJ adotou o posicionamento de considerar o resultado como o objetivo da contratação do serviço. Arguiu que, inexistindo elementos hábeis a comprovar que a fruição se deu somente no exterior, não se pode caracterizar os serviços como sendo de exportação para fins de tributação pelo ISSQN. Clamou pela improcedência da ação. Juntou documentos de fls. 925 a 942. Houve réplica, fls. 945 a 950. Instadas a se manifestarem acerca das provas a serem produzidas, despacho de fl. 954, a autora acostou documentos, oportunidade que requereu a suspensão do crédito tributário sub judice, depositando o valor da importância controvertida. Foi deferida a liminar e autorizado o depósito judicial das importâncias questionadas, despacho de fl. 1139. O Município se manifestou dos documentos acostados pela

parte autora à fl. 1159. O Ministério Público se manifestou aduzindo não ser o caso de sua intervenção, fls. 1161/2. Vieram-me os autos conclusos. (...)”.

Sobreveio julgamento de improcedência, nos seguintes termos:

“(...) Ante o exposto, com esteio no art. 487, inciso I, do CPC, julgo IMPROCEDENTE o pedido ajuizado por Gerval Investimentos Ltda. Sucumbente, arcará a parte Autora com o pagamento das custas processuais e com honorários advocatícios, que vão arbitrados em 5% sobre o valor da causa, corrigidos pelo IPCA-E e acrescido de juros de mora, na taxa legal, a contar do trânsito em julgado, com fulcro no art. 85, § 3º, III, do CPC. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Porto Alegre, 06 de março de 2018.”

Opostos embargos de declaração (fls. 1173/1178), parcialmente acolhidos para sanar omissão relativa ao índice de juros aplicáveis aos honorários advocatícios, com a determinação de incidência dos juros da caderneta de poupança (fls. 1189/1190).

A autora interpôs recurso de apelação às fls. 1193/1220.

Nas razões, suscitou, de início, preliminar de cerceamento de defesa, na medida em que “o juízo de origem simplesmente ignorou a manifestação da parte acerca das provas a serem produzidas não exarando qualquer decisão de saneamento e de organização do processo, em clara afronta ao art. 357 do CPC”. Asseverou que, ao contrário do que restou consignado na sentença, a prova documental complementar comprova

negociações de compra e venda (“bought” - “sold”) no mercado de ações e opções (“equities and options”) realizados no exterior por meio de instituição financeira estrangeira, demonstrado pelos comprovantes de transações (“confirmation”) e os extratos das contas (“asset account”) que trazem de forma resumida e detalhada (“summary” – “detail”) os ativos das empresas estrangeiras contratantes dos serviços da gestora de investimentos. Dessa forma, considerando que o juízo não exarou qualquer decisão acerca da prova requerida e, ainda assim, julgou improcedente o feito aduzindo que a apelante não se desincumbiu do ônus probatório, pugnou pela desconstituição da sentença por afronta aos arts. 5º, LV, e 93, IX, da Constituição Federal. No mérito, defendeu que os serviços de assessoria financeira enquadrados no subitem 17.12 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar Municipal nº 07/73, quando prestados aos tomadores estabelecidos no exterior, não sofrem a incidência do ISSQN, tendo em vista que tais prestações enquadram-se no conceito de “exportação de serviços”. Discorreu acerca do conceito de “resultado” contido no art. 2º, I, parágrafo único, da Lei Complementar nº 116/2003, salientando que “o local do resultado não se confunde com o local da realização do serviço”. Destacou que é contratada pelo cliente estrangeiro para gerir os investimentos de titularidade do respectivo fundo de investimento situado no exterior, conforme contratos firmados com os tomadores e os extratos das contas parcialmente acostados aos autos. Observou que “a fruição dos benefícios decorrentes da prestação dos serviços de assessoria econômica e financeira, a custódia de ativos, a gestão e a administração de fundos e carteiras de investimentos, dentre outros, ocorre no exterior, local em que é

percebida a utilidade que o serviço visa criar”, acrescentando que “eventuais proveitos experimentados em momento posterior, pelos sócios, acionistas, beneficiários dos fundos de investimento, etc., são mera consequência mediata das prestações”. Citando orientações doutrinárias a respeito do conceito de “resultado” enquanto “utilidade”, rebateu a premissa - adotada no auto de infração – que equipara o “resultado” do serviço à sua “conclusão”, para assim delimitar o âmbito especial que caracterizaria a exportação de serviços. Com base em organograma, discorreu acerca da estrutura e papel de cada um dos quatro sujeitos (GERVAL, PIC, TRUSTEE E SETTLOR), destacando existir relação jurídica legítima entre a apelante e a pessoa jurídica situada no exterior, sendo que todo retorno gerado por ditos investimentos são revertidos imediatamente à Private Investment Company (PIC), empresa com personalidade jurídica própria, distinta do settlor (investidor), com capacidade de contratar; com a ressalva de que há, para seus acionistas, “somente efeitos mediatos, mas que não são determinantes para a delimitação da incidência do ISSQN”.

Aduziu que eventual percepção de resultados dos investimentos pelos acionistas em solo brasileiro “não pertine diretamente à regra matriz de incidência do ISS, uma vez que o resultado do serviço prestado pela apelante foi consolidado anteriormente a esse fato, ainda no âmbito patrimonial da Private Investment Company, no exterior”. Em relação ao compartilhamento do endereço, acrescentou ser “desnecessária uma grandiosa estrutura com funcionários, maquinários, arquivos, estoque, etc., para apenas titularizar e gerir ativos financeiros dos acionistas”, o que, salientou, “não significa que tais empresas não existam ou que não

operem no país em que estejam situadas”. Concluiu, assim, que, “não sendo fraude a constituição de empresa offshore, não há razão para desconsiderar a personalidade jurídica da Private Investment Company tomadora dos serviços da Gerval Investimentos Ltda, para fins de aproximar os resultados dessa prestação de serviços a sujeitos residentes em Porto Alegre ou em qualquer outro local do Brasil, para supostamente legitimar a cobrança do ISS sobre os serviços tomados por esse tipo de empresa alienígena”. Citou precedentes do TJRS e do STJ. Nesses termos, pugnou pelo provimento do recurso de apelação.

O Município de Porto Alegre apresentou contrarrazões às fls. 1226/1243. Rebateu a preliminar de nulidade da sentença, ao fundamento de que a apelante exerceu o direito de juntar documentos por ocasião da instrução processual, não tendo se oposto, por outro lado, ao despacho que determinou a manifestação de interesse na produção de “outras provas para além da prova documental”. No mérito, reiterou a tese de que todas as empresas offshores, clientes da apelante, estão estabelecidas em mesmo endereço postal, de modo que, salvo prova em contrário, estão ligadas aos próprios acionistas do grupo econômico do qual fazem parte. Destacou que “a autora-apelante não demonstrou de que forma ocorreu a alegada fruição no exterior dos serviços prestados pelos seus tomadores”, exigência da norma complementar federal para a caracterização da exportação de serviços. Ressaltou que o STJ adotou a tese do resultado do serviço enquanto “conclusão”, e não como “fruição/utilidade”, como sustenta a apelante. Nesses termos, pugnou pela manutenção da sentença hostilizada.

Intimada a se manifestar (fl. 1245), a apelante peticionou às fls. 1247/1253, ratificando a integralidade das razões expostas no recurso de apelação protocolado.

Na sequência, os autos foram remetidos a esta Corte, vindo conclusos após distribuição por vinculação (fl. 1254).

O Ministério Público declinou da intervenção (fl. 1255).

É o relatório.

VOTOS

DES.^a MARILENE BONZANINI (RELATORA)

Eminentes Colegas.

Rejeito, de plano, a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

A autora foi devidamente intimada para manifestação de interesse “na produção de outras provas para além da prova documental, justificando a necessidade”, conforme despacho da fl. 954, oportunidade na qual postulou, em petição protocolada em 11/09/2017, a concessão de “prazo suplementar de 05 dias para apresentação dos documentos relativos às carteiras/investimentos dos tomadores estrangeiros” (fl. 957), ao que sobreveio, em 29/09/2017, a manifestação das fls. 960/963, acompanhada de documentos relativos a operações de compra e venda de ativos financeiros realizadas no exterior por meio de instituição estrangeira, devidamente juntados às fls. 969/1135.

Verifica-se, portanto, que teve a autora garantido o direito de produção probatória, com a juntada da documentação requerida, razão pela qual, diante da ausência de demonstração de efetivo prejuízo, não vislumbro o alegado cerceamento de defesa pela

mera ausência de despacho saneador e/ou solução do processo pelo ônus de prova, nomeadamente à vista da inexistência de manifestação de interesse na produção de outras provas para além da prova documental requerida. Lado outro, eventual equívoco ou omissão do juízo a quo na valoração da prova acostada aos autos constitui questão de mérito, com ele devendo ser analisada.

Passando ao mérito, registro que a presente ação anulatória tem por objeto o Auto de Infração e Lançamento nº 000012.00/2016 (fls. 41/66), por meio do qual o Município de Porto Alegre constituiu o crédito tributário relativo ao ISSQN do período de agosto de 2012 a dezembro de 2015, no valor total de R\$ 2.053.651,00 (dois milhões cinquenta e três mil seiscientos e cinquenta e um reais).

A controvérsia devolvida à apreciação deste Colegiado reside em definir se os serviços de gestão de carteira de investimentos, enquadrados no subitem 17.12 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar Municipal nº 07/73, quando prestados à pessoa jurídica domiciliada no exterior (offshore), que administra ativos integralizados em trust, subsume-se à norma do art. 2º, I, da Lei Complementar nº 116/2003, que prescreve a não incidência do ISSQN “nas exportações de serviços para o exterior do País”, tal como sustenta a autora.

A magistrada a quo julgou improcedente a pretensão deduzida na inicial, ao fundamento de que “a autora presta serviços para 28 offshores que se localizam nas Bahamas, estabelecidas todas elas em apenas dois endereços, e uma offshore localizada nos EUA”, razão pela qual, “não havendo nos autos prova de que o resultado dos serviços prestados tenha se dado no exterior, não há de se

acolher a pretensão da parte autora de não configuração da tributação”; contra o que se insurge a autora/apelante, pelas razões acima relatadas.

Adianto, para melhor organização da exposição, que o voto perpassa pela definição de duas premissas: a primeira, atinente à interpretação do conceito de “resultado” de que trata o parágrafo único do art. 2º da LC nº 116/2003; a segunda, relativa à compreensão da natureza jurídica dos contratos de “trust” e de gestão de carteira de investimentos a ele relacionados.

Pois bem.

Dispõe o art. 156, §3º, II, da Constituição Federal:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) § 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput deste artigo, cabe à lei complementar: (...) II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior.

Como se vê, no que se refere ao imposto sobre serviços, o constituinte derivado não apenas reservou à lei complementar a função de estabelecer normas gerais, como também estabeleceu regra de delimitação substancial do exercício dessa competência tributária pelos municípios¹, ao excluir da sua incidência “exportações de serviços para o exterior”.

Desoneração que decorre da opção política do constituinte derivado de favorecer a balança comercial e garantir a competitividade dos produtos e serviços nacionais no mercado externo, e cujo tratamento uniforme por meio de lei complementar

reflete a titularidade da condução da política econômica pela República Federativa do Brasil, como observa Humberto Ávila:

“Vale dizer, a Constituição Federal já estabeleceu o ideal de favorecimento da exportação de serviços como finalidade justificadora da

1 ÁVILA, Humberto. Imposto sobre a prestação de serviços de qualquer natureza. Exportação de serviços. Lei Complementar nº 116/2003. Isenção: requisitos e alcance. Conceitos de “desenvolvimento de serviço e “verificação” do seu resultado. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, v. 134, 2006, p. 103. uniformidade e unidade federativas. E não o fez por acaso. É que a exportação de serviços, pela conexão que mantém com o comércio exterior e com as relações internacionais, é matéria própria da unidade dos entes federados, isto é, da República Federativa do Brasil, e não da diversidade dos entes federados, especialmente dos Municípios. O que a Constituição Federal fez, ao reservar à lei complementar a tarefa de instituir isenções para a exportação de serviços, foi, a um só tempo, incluir e excluir os Município no âmbito de finalidades federativas maiores: incluiu porque realçou o compromisso internacional de questões que só aparentemente dizem respeito unicamente aos interesses locais dos Municípios; excluiu porque evidenciou a falta de competência dos Municípios para dispor sobre questões que ultrapassam esses mesmos interesses locais.”²

Reside, portanto, aí - no interesse nacional – o fundamento e vetor interpretativo do art. 156, §3º, II, da Constituição Federal, que legitima a concessão de isenção de tributo municipal por lei

complementar de caráter nacional, excetuando-se a regra de serem as isenções, por definição, homônomas, natural decorrência do poder de tributar.

Com efeito, dispõe o art. 2º da Lei Complementar:

Art. 2º O imposto não incide sobre: I – as exportações de serviços para o exterior do País; (...) Parágrafo único. Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior.

Nota-se que a LC nº 116/2003 apenas definiu o que não é exportação de serviços (“serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique”), de modo que a definição dos pressupostos de incidência da norma isentiva exige interpretação a contrario sensu.

Logo, consideram-se exportados, e conseqüentemente excluídos da incidência do ISS, os serviços que (i) sejam completamente desenvolvidos no exterior - excluídos, aí, pelo próprio princípio da territorialidade - ou (ii) que, embora desenvolvidos no Brasil, tenham seu resultado verificado no exterior.

Cumpra determinar, portanto, o que deve ser entendido por resultado do serviço, e quando ele é verificado no exterior.

Nesse aspecto, contrapõem-se duas correntes³: a do resultado-consumação, segundo a qual o resultado se verifica no local onde o serviço é concluído; e a do resultado-utilidade, segundo a qual o

local de aferição do resultado é aquele no qual ocorre a sua fruição.

Na doutrina, embora adotando parâmetros distintos, tem prevalecido a segunda corrente, defendida, entre outros, por Humberto Ávila⁴, que, partindo do conceito de serviço como “esforço humano prestado em benefício de outrem”, conclui ser precisamente esse “bem ou utilidade material ou imaterial” que irá compor o núcleo semântico da palavra “resultado”, correspondendo à utilidade que ele visa criar ao seu tomador.

Na mesma linha, embora adotando tom crítico quanto à possibilidade de se exportarem serviços, “pois eles não são passíveis de viagem”, pondera Kiyoshi Harada⁵:

“(…) Posto que o ISS não grava o serviço, mas a sua efetiva prestação, tem-se em uma interpretação literal que a Constituição determina a exoneração por lei complementar da tributação pelo ISS a prestação de serviços no exterior, o que não passaria de uma declaração acaciana. Só se exonera da tributação algo que a ela está sujeito e não aquilo que está fora do alcance da tributação pelas leis brasileiras que só surtem efeitos no território nacional. Apenas um tratado ou uma convenção internacional às avessas poderia possibilitar a dupla tributação dos serviços postados n’um e n’outro território.

Considerando que a Constituição não contém, nem deve conter dispositivos inúteis, cabe ao intérprete conferir àquele texto constitucional uma interpretação que confira algum efeito jurídico.

Pela interpretação sistemática das normas constitucionais e pela interpretação teleológica chega-se à conclusão de que a Carta Política manda exonerar da tributação os serviços contratados por pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, mediante pagamento do respectivo preço por fonte igualmente situada no exterior do país.

É a única interpretação cabível, não sendo possível cogitar-se de exportar serviços ou exportar a sua prestação, pois eles não são passíveis de viagem, como acontece com as exportações de produtos industrializados e de mercadorias, para exonerar da incidência do IPI e do ICMS, respectivamente.

É que o IPI e o ICMS resultam de operações que se traduzem por uma obrigação de dar, ao passo que o ISS resulta de uma operação que se traduz

3 Cf. BONTEMPO, Bruno Palhares. A exportação de serviços prevista na Lei Complementar nº 116/03 e o conceito de resultado a partir da análise do objeto do contrato de prestação de serviço. Revista Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, ano 16, n. 91, p. 206. 4 Op. cit. 5 HARADA, Kiyoshi. Existe exportação de serviços? Revista de Estudos Tributários, Porto Alegre, v. 16, n. 94, p. 79/81. por uma obrigação de fazer. Serviço significa esforço humano que resulta na produção de um bem imaterial para a fruição do tomador.

Na obrigação de dar é possível a destinação de produtos ou mercadorias ao exterior. Na obrigação de fazer que gera o serviço, ou seja, o ato de servir ou prestar serviço, não é passível de exportação.

Contudo, essa única interpretação constitucional possível restou invalidada pelo art. 2º da Lei Complementar nº 116/03 que assim dispôs:

“Art. 2º. O imposto não incide sobre: I – as exportações de serviços para o exterior do País. (...) Parágrafo único. Não se enquadram no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior.”

Ao invés de conferir à norma constitucional a única interpretação cabível para a exoneração do ISS, o preceito da lei complementar, confundindo o resultado com o efeito, torna letra morta aquele preceito da Constituição, bem como a sua própria prescrição.

Ora, quando o prestador aqui localizado executa um serviço, o resultado só pode ser produzido aqui. Só que a execução do serviço, por si só, não gera a obrigação de pagar imposto. É preciso que esse serviço executado surta efeito imediato em relação ao tomador. Se o tomador não puder usufruir do serviço contratado não haverá prestação de serviço e assim não ocorrerá o fato gerador do ISS. É o caso, por exemplo, de um consultante contratar a elaboração de um parecer jurídico. Ainda que pronto e

acabado o parecer, portanto, produzido o resultado, o fato gerador do ISS somente ocorrerá com a fruição desse parecer jurídico pelo tomador, o que pressupõe a sua entrega ao encomendante. Implícita está a obrigação de dar (atividade meio) para concretizar a obrigação de fazer (atividade fim).

Um exemplo poderá aclarar melhor as ideias na questão sob exame. Quando um tomador domiciliado no exterior contrata os serviços de um artista plástico aqui residente para pintar um determinado quadro, a prestação efetiva de serviço somente acontecerá quando o tomador receber o quadro (resultado da ação do pintor) para a fruição de seus efeitos imediatos.

Se o quadro (resultado) continuar no atelier do artista plástico não haverá prestação de serviço, donde se conclui que o fato gerador só ocorrerá no exterior, hipótese em que a lei brasileira não poderá alcançar aquele fato gerador, por força do princípio da territorialidade das leis. Somente mediante tratado ou convenção, às avessas, como dissemos, poderá ser tributado o serviço prestado no exterior do País.

Confesso que o tema não é fácil.

No nosso livro “ISS doutrina e prática” escrito em 2008, seguindo a doutrina majoritária, sustentamos a tese também adotada pela jurisprudência do STJ no sentido de que haverá exoneração do ISS sempre que o serviço executado surtir efeito no exterior como, por

exemplo, a elaboração de um projeto de usina hidroelétrica a ser construída no exterior.

Outros autores citam exemplos de pesquisas de mercado encomendadas por uma empresa localizada no exterior para, mediante análise dos dados pela sua Diretoria Executiva, decidir quanto ao investimento ou não do Brasil.

Nesses casos não haveria incidência do ISS porque o resultado (na verdade, efeito) seria produzido no exterior.

A afirmativa não está incorreta, porém a não incidência nesses casos não deriva da norma do art. 2º, II da Lei Complementar nº 116/03, mas da inoccorrência do fato gerador no Brasil e sim no exterior.

Esse novo posicionamento nosso mantém a coerência com o que afirmamos a respeito da incidência do ISS sobre os serviços procedentes do exterior, como determina o § 1º, do art. 1º da Lei Complementar nº 116/03. Conforme afirmamos:

“Esse preceito viola, às escâncaras, o princípio da territorialidade das normas, ligado ao aspecto espacial do fato gerador da obrigação tributária, ou seja, onde ocorre o fato gerador concretamente. Serviço prestado no exterior não pode gerar efeito jurídico no território municipal do Brasil, a menos que haja um tratado ou convenção internacional, bilateral ou multilateral, firmado, às avessas, não para evitar a dupla tributação, como

acontece na área do imposto de renda, mas para possibilitar a dupla incidência tributária.”

Mas, certamente, muitas tintas serão gastas até a pacificação dessa controvertida matéria suscitada pela má redação do texto constitucional sob exame.” (grifei)

O Superior Tribunal de Justiça adotou, em primeiro momento, a teoria do resultadoconsumação, ao concluir, no REsp nº 831.124/RJ, por maioria, que o serviço de reparo e revisão de motores e turbinas de aeronaves para clientes estrangeiros “não configura exportação de serviço, pois o objetivo da contratação, o resultado, que é o efetivo conserto do equipamento, é totalmente concluído no nosso território”, uma vez que “a recorrente é contratada por empresas do exterior e recebe motores e turbinas para reparos, retífica e revisão. Inicia, desenvolve e conclui a prestação do serviço dentro do território nacional, exatamente em Petrópolis, Estado do Rio de Janeiro, e somente depois de testados, envia-os de volta aos clientes, que procedem à sua instalação nas aeronaves” (REsp 831.124/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 25/09/2006, sublinhei).

Por outro lado, ao apreciar, mais recentemente, o AREsp 587403/RS, a Corte Superior parece ter adotado o conceito de resultado-utilidade, ao decidir que “a remessa de projetos de engenharia ao exterior poderá configurar exportação quando se puder extrair do seu teor, bem como dos termos do ato negocial,

(...) a intenção de sua execução no território estrangeiro”, já que “as provas dos autos revelaram a finalidade de execução do projeto em obras que só poderiam ser executadas na França (...)” (AREsp 587.403/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 24/11/2016), em acórdão assim mentado:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. EXPORTAÇÃO DE PROJETOS DE ENGENHARIA. NÃO INCIDÊNCIA. 1. Agravo de instrumento julgado conjuntamente com o recurso especial, conforme autorização do art. 1.042, § 5º, do CPC/2015. 2. A só confecção do projeto de engenharia, à luz dos arts. 109, 113, 114, 116, I, do CTN, é fato gerador do ISSQN, e sua posterior remessa ao contratante estrangeiro não induz, por si só, à conclusão de que se está exportando serviço. 3. À luz do parágrafo único do art. 2º da LC n. 116/2003, a remessa de projetos de engenharia ao exterior poderá configurar exportação quando se puder extrair do seu teor, bem como dos termos do ato negocial, puder-se extrair a intenção de sua execução no território estrangeiro. 4. Hipótese em que se deve manter o acórdão a quo, porquanto o Tribunal consignou que as provas dos autos revelaram a finalidade de execução do projeto em obras que só poderiam ser executadas na França ("elaboração das Plantas de execução do muro cilíndrico de proteção do reservatório de gás liquefeito de petróleo naval TK1, a ser construído na cidade de Gonfreville - LOrcert, França e ao dimensionamento dos blocos de estacas do edifício principal do centro cultural, Centre Pompidou a ser construído na cidade de Metz, França e a modelagem em elementos finitos da fachada

principal de dito centro"). 5. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial. (AREsp 587.403/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 24/11/2016)

Na mesma linha, esta 22ª Câmara Cível, ao apreciar a Apelação Cível nº 70071122253, de minha relatoria, assentou a impossibilidade de se confundir “resultado” da prestação de serviço com “conclusão” do serviço, em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA. - AGRAVO RETIDO. PROVA ORAL. DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. Sendo o juiz o destinatário da prova, a ele incumbe a formação de seu convencimento, cabendo-lhe a condução do feito nos termos dos artigos 130 e 131, do CPC. Se, à vista das provas documentais carreadas ao feito lhe pareceu dispensável a realização de demais provas (como a prova oral, v.g.), não há cogitar de cerceamento de defesa. - ISS. EXPORTAÇÃO DE SERVIÇOS. GESTÃO DE FUNDOS DE INVESTIMENTOS SITUADOS NO EXTERIOR. RESULTADO DO SERVIÇO VERIFICADO NO EXTERIOR. PRECEDENTES DO TJRS.

Tratando-se de empresa que presta serviços atuando na gestão de fundos de investimentos situados no exterior, onde se operam os efeitos decorrentes de tais atividades e se verifica o resultado da prestação de serviços para os quais fora contratada, não incide o ISS, nos termos do art. 156, III, c/c §3º, inciso II, da CF/88, e art.

156, 2º, I, c/c parágrafo único da LC 116/03. - REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ART. 166 DO CTN. AUSENTE PROVA DE ASSUNÇÃO DO ENCARGO FINANCEIRO DO IMPOSTO. Nos termos do art. 166, do CTN, "a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la". Caso em que a demandante não logrou evidenciar ter assumido o encargo financeiro do imposto. Não há prova de que os valores pagos pelo cliente referem-se ao montante em que já deduzido o ISSQN. Referência em algumas notas fiscais ao termo "valor aproximado dos tributos" que induz à presunção de que o valor relativo ao ISS teria sido repassado ao contratante do serviço. Inviável, portanto, o acolhimento do pedido de repetição de indébito. Precedente do TJRS. AGRAVO RETIDO E APELOS DESPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70071122253, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 27/10/2016 - grifei)

Tratava-se, como visto, de caso semelhante ao dos presentes autos, em que também se discute a incidência do imposto sobre o serviço de gestão de carteira de fundos de investimentos situados no exterior.

Não foi por outro motivo, aliás, que, ao apreciar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal no Agravo de Instrumento nº 70073218513, interposto pela ora apelante em face da decisão que indeferira a tutela de urgência neste feito, deferi

liminarmente o pleito, determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Posteriormente, contudo, à vista dos documentos anexados em contrarrazões pelo Município de Porto Alegre, nomeadamente as informações prestadas pela Secretaria Municipal da Fazenda e o inteiro teor do acórdão do TART, encaminhei voto pelo desprovimento do agravo, por não vislumbrar, no juízo de cognição inerente àquele estágio procedimental, prova de que o resultado efetivamente ocorrera no exterior.

Aqui, portanto, o ponto central do debate: examinar se o resultado do serviço prestado pela GERVAL INVESTIMENTOS LTDA, assim entendido como a utilidade que ele visa criar ao contratante, efetivamente ocorreu no exterior, conforme sustenta a apelante, ou em território nacional, conforme defende o MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE.

E, nesse aspecto, fundamental verificar-se os verdadeiros resultados do serviço prestado, os objetivos da contratação e da prestação, como decidiu a 14ª Câmara de Direito Público do TJSP ao apreciar caso também semelhante ao dos autos - gestão de fundo de investimento situado no exterior – e concluir pela caracterização da exportação com base nas seguintes premissas:

“(…) pode-se extrair das conclusões do Sr. Perito que as atividades desempenhas caracterizam-se por serem serviços de gestão de carteira de títulos prestados no Brasil para fundos registrados nos Estados Unidos, bem como que o resultado de todos os negócios realizados pela autora corre por conta e risco exclusivo dos quotistas dos fundos de investimentos estrangeiros e que somente

no exterior terão acesso aos lucros e prejuízos decorrentes dos resultados dos serviços de gestão realizados”. Assim, restou comprovado nos autos que apesar das atividades prestadas pela autora, para os clientes estrangeiros, sejam executadas através do estabelecimento situado no Município de Barueri, o seu resultado se verifica no exterior, ficando caracterizada a exportação de serviços, sob a qual não deve incidir o ISS. (Apelação 0026961-22.2010.8.26.0068; Relator: Des. Cláudio Marques; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 15/09/2016 - sublinhei)

Necessário compreender, portanto, a natureza jurídica do contrato de “trust” e dos serviços de gestão de carteira de investimentos a ele relacionados, o que passo a analisar, já adentrando no caso concreto.

No âmbito do direito internacional, a Convenção sobre a Lei Aplicável ao Trust e a seu Reconhecimento, cuja minuta fora aprovada na 15ª Sessão da Conferência de Haia sobre Direito Internacional em 1985, assim conceitua o instituto:

“Artigo 2 Para os propósitos desta Convenção, o termo trust se refere a relações jurídicas criadas – inter vivos ou após a morte – por alguém, o outorgante, quando os bens forem colocados sob controle de um curador para o benefício de um beneficiário ou para alguma finalidade específica.

O trust possui as seguintes características:

- a) os bens constituem um fundo separado e não são parte do patrimônio do curador;
- b) títulos relativos aos bens do trust ficam em nome do curador ou em nome de alguma outra pessoa em benefício do curador;
- c) o curador tem poderes e deveres, em respeito aos quais ele deve gerenciar, empregar ou dispor de bens em consonância com os termos do trust e os deveres especiais impostos a ele pela lei.

A reserva, pelo outorgante, de alguns direitos e poderes, e o fato de que o curador deve possuir seus próprios direitos como beneficiário, não são necessariamente inconsistentes com a existência do crédito.”

Consoante leciona Judith Martins-Costa⁶, a estrutura do trust ancora-se em três distintos polos de interesse: o proprietário dos bens constituídos em trust, sendo o seu instituidor (settlor); aquele a quem é incumbida a administração dos bens (o trustee), e o beneficiário, isto é, aquele em cujo benefício são administrados os bens (beneficiary), podendo este ser, inclusive, o próprio instituidor.

Prossegue a renomada autora:

“(…) 10. Constituído um trust, o trustee se obriga a exercer os direitos que recebe em trust em proveito de outras pessoas (os beneficiários) ou para permitir que se alcance fim certo. Como está nas sempre repetidas palavras de Maitland, pai da História Moderna do Direito inglês: (...) When a person has rights which he is bound to exercise upon behalf of another or for the

accomplishment of some particular purpose he is said to have those rights in trust for that other or for that purpose and he is called a trustee.

11. De fato, como está em autorizado repertório, em sentido técnico trust é definido como o direito, assegurado pela equity, de o beneficiário usufruir de vantagens ou benefícios decorrentes da propriedade legalmente titulada por outrem. Constitui, portanto, um mecanismo jurídico pelo qual uma pessoa, o trustee, é investida de um título, relativo a determinados bens ou direitos, devendo, no entanto, exercer os poderes derivados do título em benefício de outra. 12. O trustee não é, porém, um mero mandatário ou administrador: é legalmente proprietário dos bens constituídos em trust, podendo deles dispor nos limites e para as finalidades em que foi constituído o trust, já que o sistema anglo-saxão não atribui ao direito de propriedade a unicidade, tipicidade e exclusividade conhecidas nos direitos de Civil Law. O significado da palavra property aproxima-se ao de “direito patrimonial”, designando, portanto, o que entre nós se entende por qualquer direito patrimonial²⁶ e não exclusivamente o direito de propriedade. 13. O trustee titula, pois, a legal property, verificando-se na Common Law uma espécie de coexistência, sobre um mesmo bem ou direito, de duas posições subjetivas reais ativas e concomitantes, a legal property, do trustee, e a equitable property, do beneficiário. Por isto, parte da doutrina nos países de

(6 MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o Direito Brasileiro. In: Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol 12. 2017. São Paulo: RT (acesso em abril de 2019 na plataforma PROVIEW).

Civil Law refere a “dupla propriedade” como característica do trust. A verdade, porém, é que essa expressão tende a obscurecer as distintas concepções oriundas das duas grandes “famílias jurídicas” acerca da noção de propriedade. A expressão “dupla propriedade” revela, pois, certo anacronismo, e encobre a principal característica do trust, consistente na criação de um patrimônio de afetação, sob a “propriedade legal” do trustee, mas destinado a servir aos interesses dos beneficiários ou do próprio settlor, segundo o estabelecido no ato de constituição. 14. De fato, seja qual for a forma ou modalidade do trust, o patrimônio posto em trust separa-se da esfera patrimonial do settlor e do trustee. A este é cominado, inclusive, o dever de segregação, ou marcação (duty of segregation or earmarking). Quem guarda dinheiro em trust, por exemplo, deve manter os valores em contas separadas. Assim, uma vez constituído, o patrimônio (direitos e bens, móveis ou imóveis) aparta-se do patrimônio do settlor e passa à esfera do trustee, porém, com uma limitação: o patrimônio estará afetado à sua destinação, não se mesclando ao patrimônio pessoal do trustee, também estando separado do patrimônio do settlor e o dos beneficiários. 15. O patrimônio de afetação (também dito patrimônio separado, segregado, autônomo, destinado ou especial) constitui universalidade de direito (rectius: de situações subjetivas ativas) unificado em razão de uma finalidade a que se destina. Ao lado da universalidade de situações subjetivas ativas unificadas em vista de um único sujeito (unidade subjetiva), admite-se a existência de outros patrimônios unificados não em vista de um sujeito de direitos, mas de um fim predeterminado.

É precisamente o que se verifica com o patrimônio posto em trust, sendo esta a razão pela qual ele não se mistura com o patrimônio pessoal do trustee e não responde aos seus credores. 16. Embora “proprietário legal”, o trustee não dispõe da integralidade dos poderes enfeixados na relação proprietária. Tratando-se de uma propriedade afetada a uma finalidade, constitutiva de uma espécie de patrimônio de afetação, o exercício dos direitos patrimoniais titulados pelo trustee encontra seus limites naquilo que é necessário ou útil ao benefício do cestui que trust. O trustee só detém a propriedade legal “em trust”, dela podendo dispor e devendo administrar para outra pessoa, ou para escopo determinado, pois a constituição de um trust não resulta apenas de um ato de vontade do instituidor (ou ato judicial ou determinação legal), mas, igualmente, da efetiva transferência dos bens ou direitos constituídos em trust para trustee. Este é o owner at law dos bens ou direitos, conquanto obtenha os bens em favor do beneficiário, devendo exercer os poderes como proprietário, mas seguindo as determinações do instituidor.” (grifei)

Fixadas tais premissas, valho-me do organograma anexado pela apelante em suas razões recursais para a melhor compreensão da relação jurídica concreta e suas implicações práticas na aferição do local da ocorrência do resultado do serviço de gestão de carteira de investimentos:

Como se vê, o organograma acima reproduzido reflete a tese da autora/apelante no sentido de que (i) a GERVAL INVESTIMENTOS LTDA, situada em Porto Alegre/RS, é contratada por diversos fundos de investimentos (“PIC”), entes

com personalidade jurídica própria e domicílio no exterior, responsáveis pela gestão do patrimônio lá integralizado; com o destaque de que (ii) inexistiria relação contratual entre os investidores(settlors) e a apelante.

Nesse cenário defendido pela autora, a fruição dos benefícios decorrentes da prestação dos serviços de assessoria econômica e financeira ocorreriam no exterior, “local em que é percebida a utilidade que o serviço visa criar”, sendo que “eventuais proveitos experimentados em momento posterior, pelos sócios, acionistas, beneficiários dos fundos de investimento, etc., são mera consequência mediata das prestações”.

Contudo, embora plausível a tese da não incidência do ISSQN sobre a gestão de fundos de investimentos situados no exterior (offshore), porquanto configurada, a princípio, a exportação de serviços (art. 156, §3º, II, da CF/88), conforme já decidiu este Colegiado na já citada Apelação Cível nº 70071122253, entendo que a norma isentiva não apanha a hipótese concreta.

É que, diante da principal característica do trust, consistente na criação de um patrimônio de afetação, sob a “propriedade legal” do trustee, mas destinado a servir aos interesses dos beneficiários ou do próprio settlor, verifica-se que a análise dos benefícios decorrentes da prestação dos serviços, quer dizer, do local em que é percebida a sua utilidade, concentra-se nas

figuras do investidor (settlor), administrador (trustee) e beneficiários, e não necessariamente na localização do patrimônio afetado (trust).

E, no caso, é a própria apelante, GERVAL INVESTIMENTOS LTDA., domiciliada no Município de Porto Alegre e cuja estrutura

acionária contempla unicamente o GRUPO GERDAU EMPREENDIMENTOS LTDA e seus sócios controladores, todos integrantes da Família Gerdau Johannpeter (fls. 26/27), que administra os recursos em benefício dos investidores situados em território nacional, o que faz por intermédio de pessoas jurídicas cuja presença no exterior é meramente formal, porquanto estabelecidas em endereços postais, sem presença estrutura física ou de pessoal.

Nesse sentido, concluiu a nobre magistrada a quo:

“(…) Ocorre, no entanto, que compulsando os autos, notadamente os contratos firmados entre a autora e os tomadores de serviços localizados no exterior, Private Agreement of Portfolio Management, verifico que estas empresas localizam-se basicamente em dois endereços em Nassau, Bahamas.

No endereço The Bahamas Financial Centre, 2º andar, P. O. Box N4899, Nassau, Bahamas, encontram-se localizadas as empresas (1) CAZAB HOLDING LIMITED, fls. 68 a 80 e 423 a 434, (2) CHESTNUT GROVE LIMITED, fls. 81 a 93 e 435 a 446, (3) COUNTERPOINT COMPANY LIMITED, fls. 94 a 105, (4) RICHMOND UNIVERSAL INC, fls. 106 a 118 e 578 a 589, (5) ROCHEBELLE HOLDINGS INC, fls. 119 a 131, (6) SAUGES HOLDINGS INC, fls. 132 a 144, (7) SULLY HOLDINGS INC, fls. 145 a 156, (8) ULVUL HOLDINGS INC, fls. 157 a 169, (9) FLATFORD INC, fls. 246 a 257, (10) LISTENING FOURTY EIGHTH LIMITED, fls. 312 a 324 e 494 a 505, (11) LONG BOARD LIMITED, fls. 325 a 337 e 506 a 517, (12) OVERSEAS UNIVERSAL INC, fls. 338 a 350 e 531 a 542, (13) PLEASANT

PLAINS SA, fls. 351 a 361 e 543 a 554, (14) WATERTOWN VENTURES CORP, fls. 404 a 422 e 604 a 615, (15) DANSA INVESTMENT LIMITED, fls. 447 a 458, (16) MANJER LIMITED, fls. 518 a 530.

Já no endereço 110, Thompson Boulevard, Oakes Field, Nassau, Bahamas, encontram-se as empresas (1) ACQUA LIMITED, fls. 170 a 182 e 616 a 627, (2) ADRIA CORPORATION, fls. 183 a 195 e 628 a 640, (3) ARKADAK INVESTMENTS LIMITED, fls. 196 a 211 e 641 a 652, (4) BIRZAI CORPORATION, fls. 212 a 220 e 653 a 664, (5) BLUE SAPPHIRE INVESTMENTS LIMITED, fls. 221 a 233 e 665 a 670, (6) EQUINO INVESTMENTS LIMITED, fls. 234 a 245 e 459 a 469, (7) GLOBAL DESING INVESTMENTS LIMITED, fls. 273 a 285 e 470 a 481, (8) KAPITAL INVESTMENTS LIMITED, fls. 286 a 298 e 482 a 493, (9) LA BELLE ESTATES CORPORATION, fls. 299 a 311, (10) RANDOM WALK LIMITED, fls. 362 a 374 e 555 a 565, (11) REUNION INVESTMENT LIMITED, fls. 375 a 387 e 566 a 577, (12) ROCKET INVESTMENTS LIMITED, fls. 388 a 403 e 590 a 603.

E, por fim, a empresa THE G5FER EXEMPT TRUST, fls. 260 a 272, localiza-se no endereço 500, Stanton Christiana Road, Newark, Delaware, EUA.

Como se vê, a autora presta serviços para 28 offshores que se localizam nas Bahamas, estabelecidas todas elas em apenas dois endereços, e uma offshore localizada nos EUA.”

Nessa ordem, entendo que devem prevalecer as conclusões do Relatório de Atividades Fiscais (fls. 41/66), confirmadas pela decisão proferida pelo TART nos autos do Processo Administrativo nº 001.103464.16.6 (fls. 866/871), no sentido de que o resultado dos serviços prestados pela recorrente (gestão de carteiras de investimentos) ocorreu em território nacional:

“(…) A fruição, a utilidade, para aqueles que defendem sob o ponto de vista do tomador, pode ou não ocorrer de imediato, poderá ser subdividida em várias etapas ou nem mesmo ser identificada, como entendo o caso dos autos. Pois as empresas offshores estão impedidas de operarem ativos dos paraísos fiscais que se encontram. Pela tese da utilidade, quem saberá responder onde as tomadoras dos serviços da recorrente, que possuem apenas o seu endereço sediado nas Ilhas Bahamas, usufruirão dos valores administrados pela recorrente, em seu patrimônio, que não está localizado nestas ilhas, no patrimônio de seus sócios ou em outros países. Também podemos entender, inclusive pela tese da utilidade, que é a própria recorrente quem toma a decisão sobre o que fazer com os resultados obtidos pelas suas aplicações ou investimentos, pois é ela quem indica, orienta e aplica, reaplica ou investe estes recursos em fundos ou outras aplicações. Que utilidade poderia ser considerada na sede das tomadoras de seus serviços, pois nem mesmo possuem presença física nas Bahamas, apenas endereço postal para várias empresas em um só local. Em nenhum momento até aqui, nas duas oportunidades de defesa, tanto na primeira como na segunda instância administrativa, a recorrente apresentou onde e de que forma ocorreu a fruição dos serviços prestados pelos seus tomadores. Ainda, afirmou a própria

recorrente que uma PIC não pode, nem mesmo, operar com ativos dos países em que se encontram no caso as Bahamas. (folha 4 dos memoriais). Caso operasse, seria considerada empresa residente e, assim, tributada como as demais empresas locais das Bahamas. Não é este o objetivo de quem instala uma offshore naquele local. É claro que não cabe à fiscalização apontar, também, onde ocorreu a fruição dos resultados, isto para aqueles que consideram resultado=fruição, quem deve apontar é a própria recorrente, para que, aqueles que assim entendem, possam tomar sua decisão. Quando não ocorrer qualquer prova nos autos de que o resultado ocorra no exterior, este tribunal também já firmou posição, no voto da conselheira Vanessa Campos de Souza, Resolução 018/2016/1. Em seu voto, assim firmou a eminente relatora: “Não se verifica no processo prova de que o resultado dos serviços tenha se dado no exterior, requisito primordial para a configuração da não incidência ora pleiteada.”, mesma redação dada ao item 3 da ementa daquela resolução. Assim como nos autos ora guerreados, em nenhum momento foi anexada qualquer prova de que o resultado tenha se dado no exterior.” (fls. 866/871 – grifei).

Assim, embora a prova dos autos demonstre a aquisição de ativos financeiros no exterior, conforme documentos das fls. 969/1135, tal não conduz, por si só, à conclusão de que lá - no exterior – se dá a utilidade/fruição desse serviço, sobretudo diante da demonstração de que tanto os efetivos tomadores do serviço (settlers) quanto a contratada (GERVAL) encontram-se em território nacional.

Quer dizer, a gestão/administração de um patrimônio situado no exterior, mas unicamente no interesse de investidores/beneficiários

situados no Brasil, descaracteriza a exportação de serviços constitucionalmente prevista.

Convém anotar que a manutenção de patrimônio em países com tributação privilegiada, como é o caso da Comunidade das Bahamas (art. 1º, VII, da Instrução Normativa RFB Nº 1037/2010)⁷, não constitui, por si só, ato ilícito - o que, aliás, sequer está em discussão nesta demanda -, mas expediente largamente utilizado na gestão de patrimonial de grandes fortunas (wealth management), motivado, sobretudo, pela diminuição da carga tributária e simplificação de processos sucessórios.

Nada obstante, se é verdade que tanto a integralização de patrimônio em trust, quanto a constituição de pessoas jurídicas no exterior (PIC - offshore), possuem valor jurídico, não podendo ser considerados ilegais do ponto do Direito, haja vista o disposto no art. 8º e 9º da LINDB (Decreto-Lei nº 4657/42)⁸, por outro lado também é verdade que a concessão da isenção, no caso concreto, desvirtuaria o objetivo do instituto.

Não se pode olvidar que a regra do art. 156, §3º, II, da Constituição Federal, ao excluir da competência municipal sobre serviços as “exportações de serviços para o exterior”, possui caráter finalístico, isto é, tem o escopo de alcançar a finalidade prevista pelo constituinte, no caso, como dito, o favorecimento da balança comercial e a garantia da competitividade dos serviços nacionais no mercado externo.

Com efeito, a interpretação da regra há que ser teleológica e sistemática – vale dizer, consentânea com os princípios constitucionais envolvidos e o contexto a que se

refere –, não se condescendo quando se evidencia abuso na utilização da personalidade jurídica, cujo alerta é dado por Marco Aurélio Greco⁹:

(...) O quadro dentro do qual se posiciona o tema do planejamento tributário é altamente complexo e envolve inúmeras variáveis. Mais do que um tema ligado à administração de um empreendimento ou circunscrito a aspectos contábeis (embora muito relevantes) o tema é predominantemente cercado de discussões jurídicas que, ao mesmo tempo, dizem respeito a conceitos teóricos e a circunstâncias concretas de cada caso. Não há uma resposta pronta neste tema. Não há um conceito isolado que sirva para resolver toda e qualquer dúvida. A solução concreta será construída individualmente, à vista das circunstâncias que cercam aquele determinado caso em função dos elementos fáticos que possam ser apresentados para fins de avaliação e ponderação. Não obstante a resposta só poder ser obtida diante do caso concreto, há certos tipos de operações que - embora não sejam em si mesmas ilícitas, nem estejam automaticamente contaminadas - merecem especial atenção do intérprete e aplicador no momento em que com elas se defrontar. São operações que geram preocupação, sem isto significar estarem comprometidas. Sua aceitabilidade pelo ou sua inoponibilidade perante o Fisco dependerá das circunstâncias fáticas que as cercarem diante da disciplina normativa de cada País. Neste campo podem ser mencionadas as seguintes hipóteses: (...) d) uso de pessoas jurídicas para realizar determinadas operações, pois além de poderem configurar uma interposta pessoa, estas sociedades podem se apresentar como meros instrumentos de passagem de

recursos destinados a terceiros (conduit companies) ou assumirem a posição de sociedades aparentes, fictícias ou efêmeras; (...)

Nesse contexto, parece-me nítido que o reconhecimento da isenção em tais casos - administração de patrimônio remetido ao exterior unicamente no interesse de investidores/beneficiários situados no Brasil - vai na contramão do interesse nacional, fundamento e vetor interpretativo do art. 156, §3º, II, da Constituição Federal.

Quer dizer, ainda que a norma de isenção mereça interpretação literal, conforme dispõe o art. 111 do CTN, não se pode desconsiderar que a sua finalidade (incentivo à entrada de

capital estrangeiro no país) estaria, na hipótese, absolutamente desvirtuada, premiando-se, ao contrário, a saída de capital nacional para o exterior.

Em resumo, tratando-se a GERVAL, na prática, de efetiva administradora (trustee) do patrimônio (trust) integralizado no exterior pelos membros da família Gerdau (settlor), em benefício de quem, em última análise, reverte-se a gestão daqueles bens, forçoso concluir que, nessa hipótese, há produção de efeitos em território nacional, pelo que não há falar em exportação de serviços.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

Honorários advocatícios que, em cumprimento ao determinado no §11 do art. 85 do CPC/15, vão majorados de 5% para 6% sobre o

valor da causa, nos termos do art. 85, §3º, III, do CPC/15, bem como em observância aos critérios informados pelo art. 85, §2º, do mesmo diploma processual, nomeadamente em razão da importância e complexidade da causa.

É o voto.

DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA

Acompanho integralmente o brilhante voto da em. Relatora, que examinou com maestria todos os instigantes aspectos fáticos e jurídicos suscitados nesta demanda.

Os fundamentos declinados no voto da Relatora estão confortados pela declaração subscrita pelo em. Desembargador Francisco José Moesch, que, muito a propósito e com a habitual percuciência, traz à colação esclarecedora doutrina de Ives Gandra da Silva Martins e Marilene Talarico Martins Rodrigues, da qual se infere que é fundamental à caracterização da exportação de serviço que o seu destinatário ou beneficiário esteja localizado no exterior, o que, todavia, incorre na espécie “sub examine”.

Na realidade, depreende-se da documentação coligida aos autos que a demandante GERVAL INVESTIMENTOS LTDA., apesar de administrar patrimônio de afetação integralizado no exterior, o faz em benefício do GRUPO GERDAU e dos seus sócios controladores, situados em território nacional.

Logo, evidenciado pela prova documental encartada aos autos, por amostragem, que de fato a fruição dos serviços de gestão de carteira de investimentos em tela de exame ocorre fora do país, a

sua tributação pelo ISS ressaí como corolário lógico, em conformidade com a teoria do resultado-utilidade recentemente empregada pelo eg. Superior Tribunal de Justiça ao julgar o AREsp nº 587.403/RS.

Com essas breves ponderações, acompanho o entendimento externado pelos eminentes colegas, também votando pelo desprovimento da apelação.

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE)

Eminentes colegas, pedi vista para melhorar analisar o caso.

Adianto que estou de acordo com a Relatora.

A presente ação visa anular o Auto de Infração e Lançamento nº 000012.00/2016, no qual são cobrados débitos de ISSQN referente ao período de agosto de 2012 a dezembro de 2015, no valor total de R\$ 2.053.651,00 (dois milhões cinquenta e três mil seiscientos e cinquenta e um reais).

Discute-se, no presente caso, a incidência do ISSQN sobre os serviços prestados pela autora à pessoa jurídica domiciliada no exterior, de “administração/gestão de clubes de investimento, fundos de investimento, administração de carteiras de títulos e valores imobiliários.”

Isso porque, embora os serviços prestados estejam enquadrados no subitem 17.12 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar

Municipal nº 07/73, de acordo com a previsão do art. 156, III e §3º, inciso II, da CF e do art. 2º, I e parágrafo único da LC 116/2003, não incide ISSQN sobre as exportações de serviços para o exterior:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (...) § 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput deste artigo, cabe à lei complementar: (...) II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior.

Art. 2º O imposto não incide sobre:

I – as exportações de serviços para o exterior do País; (...) Parágrafo único. Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior.

Da leitura do parágrafo único citado do art. 2º da LC 116/2003, verifica-se a necessidade de se definir o local em que se verifica o resultado do serviço, se no Brasil ou no exterior.

A respeito do que se entende por resultado, a Relatora muito bem elucidou as duas correntes existentes: resultado-consumação, no qual o resultado se verifica no local onde é concluído; e resultado-utilidade no qual o resultado se verifica no local onde ocorreu sua

fruição, sendo esta última mais recentemente utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, Ives Gandra da Silva Martins e Marilene Talarico Martins Rodrigues ensinam¹⁰: “o beneficiário efetivo do serviço (tomador do serviço) deve operar e existir como fonte produtora no exterior para que se configure a exportação de serviços. (...) Se o serviço for prestado no exterior, por uma empresa de prestação de serviços e/ou profissional pessoa física aqui sediada, de exportação não se tratará. ”

E ainda: “é imprescindível que o efeito do serviço executado seja produzido no exterior. De maneira a não restar dúvidas; exportação de serviços significa a realização de um determinado serviço aqui para surtir efeito fora do País. É fundamental para a caracterização da exportação de serviço que o destinatário ou beneficiário dos serviços prestados estejam localizados no exterior”.

Partindo desta premissa, a definição do local onde ocorreu a fruição dos serviços de gestão de carteira de investimentos prestados pela autora à pessoa jurídica domiciliada no exterior, no caso, passa pela compreensão da natureza do contrato de trust, explicada pela Relatora, na qual há três polos de interesse: o proprietário dos bens constituídos em trust (settlor); o administrador dos

bens (trustee); e aquele em cujo benefício são administrados os bens (beneficiary), que pode ser o próprio instituidor (settlor).

Através do contrato de trust se cria um patrimônio de afetação, que fica sobre a “propriedade” do trustee, que o administra conforme os interesses dos beneficiários.

No caso dos autos, a GERVAL INVESTIMENTOS LTDA. administra patrimônio integralizado no exterior, em benefício dos investidores, que são do GRUPO GERDAU e seus sócios controladores, situados em território nacional, através de pessoas jurídicas que apenas tem presença formal no exterior, conforme ressaltado pela sentença proferida pela magistrada Adriane de Mattos Figueiredo:

“Ocorre, no entanto, que compulsando os autos, notadamente os contratos firmados entre a autora e os tomadores de serviços localizados no exterior, Private Agreement of Portfolio Management, verifico que estas empresas

localizam-se basicamente em dois endereços em Nassau, Bahamas.

No endereço The Bahamas Financial Centre, 2º andar, P. O. Box N-4899, Nassau, Bahamas, encontram-se localizadas as empresas (1) CAZAB

HOLDING LIMITED, fls. 68 a 80 e 423 a 434, (2) CHESTNUT GROVE LIMITED, fls. 81 a

93 e 435 a 446, (3) COUNTERPOINT COMPANY LIMITED, fls. 94 a 105, (4)

RICHMOND UNIVERSAL INC, fls. 106 a 118 e 578 a 589, (5)
ROCHEBELLE HOLDINGS

INC, fls. 119 a 131, (6) SAUGES HOLDINGS INC, fls. 132 a 144, (7) SULLY HOLDINGS

INC, fls. 145 a 156, (8) ULVUL HOLDINGS INC, fls. 157 a 169,
(9) FLATFORD INC, fls.

246 a 257, (10) LISTENING FOURTY EIGHTH LIMITED, fls. 312 a 324 e 494 a 505, (11)

LONG BOARD LIMITED, fls. 325 a 337 e 506 a 517, (12)
OVERSEAS UNIVERSAL INC,

fls. 338 a 350 e 531 a 542, (13) PLEASANT PLAINS SA, fls. 351 a 361 e 543 a 554,

(14) WATERTOWN VENTURES CORP, fls. 404 a 422 e 604 a 615, (15) DANSA

INVESTMENT LIMITED, fls. 447 a 458, (16) MANJER LIMITED, fls. 518 a 530.

Já no endereço 110, Thompson Boulevard, Oakes Field, Nassau,

Bahamas, encontram-se as empresas (1) ACQUA LIMITED, fls. 170 a 182 e 616 a

627, (2) ADRIA CORPORATION, fls. 183 a 195 e 628 a 640, (3) ARKADAK

INVESTMENTS LIMITED, fls. 196 a 211 e 641 a 652, (4) BIRZAI CORPORATION, fls.

212 a 220 e 653 a 664, (5) BLUE SAPPHIRE INVESTMENTS LIMITED, fls. 221 a 233 e

665 a 670, (6) EQUINO INVESTMENTS LIMITED, fls. 234 a 245 e 459 a 469, (7)

GLOBAL DESING INVESTMENTS LIMITED, fls. 273 a 285 e 470 a 481, (8) KAPITAL

INVESTMENTS LIMITED, fls. 286 a 298 e 482 a 493, (9) LA BELLE ESTATES

CORPORATION, fls. 299 a 311, (10) RANDOM WALK LIMITED, fls. 362 a 374 e 555 a

565, (11) REUNION INVESTMENT LIMITED, fls. 375 a 387 e 566 a 577, (12) ROCKET

INVESTMENTS LIMITED, fls. 388 a 403 e 590 a 603.

E, por fim, a empresa THE G5FER EXEMPT TRUST, fls. 260 a 272, localiza-se no endereço 500, Stanton Christiana Road, Newark, Delaware, EUA.

Como se vê, a autora presta serviços para 28 offshores que se localizam nas Bahamas, estabelecidas todas elas em apenas dois endereços, e uma offshore localizada nos EUA.”

Portanto, embora o patrimônio gerido se encontre no exterior, não restou demonstrado que lá ocorre a fruição do serviço, tendo em

vista que a empresa autora faz a gestão e administração desse patrimônio no interesse e em benefício dos investidores/beneficiários que estão em território nacional.

Ressalto, ainda, que eventual complementação da prova documental já juntada às fls. 969/1135, por amostragem, que demonstra a aquisição de ativos financeiros no exterior, não alteraria a presente conclusão, porquanto não tem o condão de provar a ocorrência da fruição do serviço no exterior.

Assim, entendo não estar caracterizada a exportação de serviços que ensejaria a isenção pretendida. Por essa razão, estou votando pelo desprovimento do apelo, nos termos do brilhante voto da Relatora.

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH - Presidente - Apelação Cível nº 70080131816, Comarca de Porto Alegre: "DESPROVERAM. UNÂNIME."

Julgadora de 1º Grau: ADRIANE DE MATTOS FIGUEIREDO