



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10872.720029/2018-33
Recurso De Ofício
Acórdão nº **1301-006.703 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 18 de outubro de 2023
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado DYNAMO V. C. ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013

IRRF. LEI Nº 11.312/06. BENEFÍCIO FISCAL. LEI N. 8.981/1995. IDENTIFICAÇÃO DO BENEFICIÁRIO DO PAGAMENTO. PRESUNÇÃO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA.

A análise da aplicação dos requisitos da Lei n. 11.312/06, referentes a quotistas de Fundos de Investimento em Participações, residentes no exterior, deve objetivar a desconsideração ou não do benefício fiscal da alíquota zero do IRRF; por sua vez, o art. 61 da Lei n. 8.981/1995 não exige a identificação do beneficiário final, pessoa natural, do pagamento efetuado ao quotista não residente. Assim, para a aplicação da presunção legal prevista no art. 61 da Lei n. 8.981/1995 não se identificando o beneficiário final, pessoa natural, descabe a exasperação da base de cálculo e incidência da alíquota de 35% para a exigência do IRRF;

Tampouco a Lei n. 9.613/1998, a Instrução CVM n. 301/1999 e a Circular BACEN n. 3.461/2009 devem servir de fundamento para justificar a necessidade de identificação do beneficiário final, pessoa natural, beneficiária dos pagamentos, vez que são normas voltadas a criação de ilícitos contra o sistema financeiro nacional, cujos regulamentos fixam meios de controle para evitar a utilização do SFN para a consecução dos referidos ilícitos, não servindo de justificativa para aplicação da exasperação da BC do IRRF, sob o fundamento da presunção legal citada;

LEI ESPECIAL.

Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, **todo pagamento** efetuado pelas pessoas jurídicas a **beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais**. A Lei n. 11.312/2006 deve ser considerada a norma especial, frente à Lei n. 8.981/1995.

Vistos relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iágaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Fernando Beltcher da Silva (suplente convocado), Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Eduardo Monteiro Cardoso e Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso de Ofício contra o acórdão n.º 12-109.509 - 4ª Turma da DRJ/RJO, que deu provimento, por unanimidade, à Impugnação para tornar nulo por vício material o Auto de Infração de fls. 702/703, que constituiu crédito tributário de IRRF, por ofensa ao art. 142 do CTN. Em face da decisão, aquela Turma recorreu de ofício a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, com fulcro no art. 34 do Decreto n.º 70.235/72, c/c Portaria MF n.º 63/2017. Peço a devida vênua para reproduzir o relatório constante da decisão da DRJ, que bem descreve os fatos e argumentos apresentados pelas partes (e-fls. 10267 e ss):

Trata-se de **lançamento tributário** relativo ao IRRF (com FG em 26/02/2013), efetuado sob jurisdição da DRJ/RJO-II, na forma da tabela abaixo:

Tributo	Auto de Infração Fls.	Valor do Principal (R\$)	Data da Ciência	Fl.	Multa
IRRF	702/703	244.673.890,41	22/02/2018	708	75%

DO TERMO DE VERIFICAÇÃO (fls. 681/701)

2. No ano fiscalizado a Impugnante, optante do lucro presumido, tinha como objeto social a *administração de valores mobiliários, prestação de serviços de assessoria econômica e financeira e a participação em outras sociedades como acionista ou quotista*. Iniciado o procedimento fiscal, e após intimada, apresentou remuneração percebida referente à sua atuação como administradora e gestora do *GMT FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES-""GMTFIP""*, bem como planilha de cotistas do referido fundo, contendo valor de aquisição, data da liquidação e valor recebido, tendo informado, porém, nunca ter detido qualquer cota de emissão do referido fundo - fl. 682 (tabela resumo abaixo):

Posição	Nome Cotista	CNPJ		Qtde. Cotas	% Cotas
GMT FIP	DU SOUTH AMERICAN PARTNERS LLC	09.526.685/0001	89	496.7550000	39,90%
GMT FIP	DYNAMO BRASIL I LLC	08.4416.86C/0001	65	117,1091406	9,41%
GMT FIP	DYNAMO BRASIL II LLC	08.488.533/0001	76	109,4201566	8,79%
GMT FIP	DYNAMO BRASIL III LLC	08.564.115/0001	10	52,04850694	4,18%

GMT FIP	DYNAMO BRASIL VIII LLC	10.435.197/0001	45	35,48761836	2,85%
GMT FIP	DYNAMO BRASIL V LLC	06.640.534/0001	38	21,29257102	1,71%
GMT FIP	DYNAMO BRASIL VI LLC	09.377.623/0001	85	43,76606265	3,52%
GMT FIP	DYNAMO BRASIL VII LLC	09.163.568/0001	06	18,92672979	1,52%
GMT FIP	GMTFUNDO DE INVESTI M ENTO EM ACÇÕES	09.478.618/0001	36	281,0376831	22,57%
GMT FIP	PARTNERS GROUP LLC	12.766.899/0001	37	69,15453087	5,55%
				1.245,00	100,00%

3. Acerca da suposta falta de retenção do IRRF nos rendimentos atribuídos aos cotistas na data de 01/01/2013 e na data de liquidação do fundo, bem como, sobre a relação dos representantes legais dos investidores estrangeiros cotistas, autorizados pelo BACEN, informou que, na forma da IN RFB n.º 1.022/2010 (e n.º 1.585/2015), o FG do IRRF ocorreria no resgate ou na amortização das cotas, sendo assim, na data de 01/01/2013 não teria havido FG, pois conforme o art. 72 da aludida IN n.º 1.022, haverá alíquota zero ao IR para cotistas estrangeiros que cumprissem as exigências dos inciso I a III do art. 72, a saber, desde que: i) não representassem sozinho ou em conjunto *com pessoas por ele ligadas* 40% ou mais da totalidade das cotas emitidas; ii) a carteira do fundo não detivesse títulos de dívida em percentual superior a 5% de seu patrimônio, ressalvados os títulos de dívida mencionados no §42 do art. 25 e dos títulos públicos; e, iii) os cotistas não fossem residentes ou domiciliados em países que não tributasse a renda ou a tributasse à alíquota máxima inferior a 20%.

4. No caso, não teria havido incidência do IR em razão do cumprimento de tais requisitos, sendo que os cotistas seriam todos investidores institucionais norte-americanos, sendo, portanto, de país que tributa a renda à alíquota superior a 20%.

5. Foi ainda intimada a identificar os cotistas dos FIPs administrados, a relação entre cotistas (cadeia de pessoas físicas ou jurídicas e relação de parentesco), assim como o valor da aquisição das cotas, viabilizando a análise do cumprimento dos requisitos do *favor fiscal* previsto nos §§ 1º ao 3º do art. 3º da Lei n. 11.312/2006; a fiscalização informou que a falta de possibilidade de tal verificação seria entendido como **perda do direito ao benefício da alíquota zero do imposto incidente sobre a diferença positiva entre o valor de resgate ou de alienação e o custo de aquisição das cotas**, ou ainda, no caso de amortização, o valor que exceder o custo de aquisição, incidindo na hipótese o percentual de 15%.

6. A Impugnante esclareceu que o fundo continha apenas 10 cotistas, sendo 09 PJs residentes no exterior, e apenas 01 constituído no Brasil (GMT FIA), sendo apresentada a lista das 09 PJ e documentos de sua constituição - fl. 689:

(a) DLJ SOUTH AMERICAN PARTNERS LLC (DLISA) (ANEXO 02);

(b) DYNAMO BRASIL I LLC (DYBRA I) (ANEXO 03);

(c) DYNAMO BRASIL II LLC (DYBRA II) (ANEXO 04);

(d) DYNAMO BRASIL III LLC (DYBRA III) (ANEXO 05);

(e) DYNAMO BRASIL V LLC (DYBRA V) (ANEXO 06);

(f) DYNAMO BRASIL VI LLC (DYBRA VI) (ANEXO 07);

(g) DYNAMO BRASIL VII LLC (DYBRA VII) (ANEXO 08);

(h) DYNAMO BRASIL VIII LLC (DYBRA VIII) (ANEXO 09);

e

(i) PARTNERS GROUP LLC (PARTNERS GROUP) (ANEXO 10).

7 Informou, ainda, todos os cotistas estrangeiros representam beneficiários distintos, a saber: DYBRA I, DYBRA II, DIBRA III, DYBRA V, DYBRA VI, DYBRA VII e DYBRA VIII representam *The Trustees of Princeton University, University of Virginia, University of Notre Dame du Lac, Gordon E. and Betty E. Moore Foundation, Columbia University, George Washington University e The Rockefeller Foundation*; e a DLJ SA e PARTNERS GROUP, por seu turno, representam conjunto distinto de investidores

estrangeiros não relacionados entre si e nem relacionado com as aludidas universidades americanas e fundações internacionais, representando, portanto, investimento superior a 40% das cotas isoladamente ou em conjunto, razão pela qual não foi feito o recolhimento de IRFonte por ocasião da remessa/pagamento dos rendimentos ao GMT FIP aos quotistas do exterior.

8. O fisco alertou que, no que se refere a identificação de pessoas físicas ou jurídicas, estrangeiras que desejam investir no Brasil, a legislação (Lei n. 9.613/1998, Circular BACEN 3.461/2009 e Carta-Circular BACEN 3.430/2010 - fls. 692/696) busca prevenir o anonimato ou a interposição de pessoas que impeçam a perfeita caracterização do beneficiário final dos investimentos, impedindo a utilização do SFN para práticas de lavagem de dinheiro ou sonegação fiscal.

9. Analisando a documentação relativa aos cotistas do referido fundo, tendo em vista a obrigação legal do contribuinte de apresentar a cadeia de investidores participantes até as pessoas físicas controladoras da pessoa PJ dos clientes investidores, a fim de comprovar os requisitos do benefício fiscal de isenção, o fisco verificou insuficiência de informações na documentação de 3 cotistas: *DYBRA VIII*, *DLJ SOUTH AMERICAN PARTNERS LLC* e *PARTNERS GROUP LLC* (vide fl. 696), conforme abaixo explicitado:

- *DYBRA VIII*: foi identificado o sócio administrador *Omsnyd LLC*, porém, não há informação sobre os sócios da referida empresa;
- *DLJ SOUTH AMERICAN PARTNERS LLC*: a Impugnante anexou informações obtidas junto à *Victoria South American Partners LLC* (gestora da DLJ), contendo lista das diversas participações (conforme fls. 696/698), porém, nenhuma documentação dos sócios participantes nas diversas empresas por ela elencadas foi apresentada a fim de comprovar sua residência;
- *PARTNERS GROUP*: a Interessada não apresentou qualquer documentação elucidativa da identificação e residência dos investidores;

10. A inobservância, portanto, da legislação pertinente (Lei n. 9.613/1998, Instrução CVM n. 301/1999 e Circular BACEN n. 3.461/2009), que dispõem sobre identificação e o cadastro de clientes de instituições financeiras, impossibilitou a identificação das pessoas envolvidas e dos verdadeiros titulares dos investimentos, impedindo a verificação da regularidade das operações, devendo incidir IRRF sobre as operações a uma alíquota diferenciada pela falta de identificação do terceiro beneficiado, nos termos do art. 61 da Lei n. 8.981/1995.

11. Em 27/02/2013 o FIP GMT, que detinha 57,62% das ações da Technos S.A, encerrou suas atividades, amortizando a totalidade de suas quotas em dinheiro e em ações, estas, entregues aos respectivos quotistas do fundo, dos quais nenhum passou a ter mais de 50% do capital social da Technos. Após a referida amortização, a participação dos fundos de investimento e carteiras administradas pela Interessada (Dynamo) passou a totalizar 38,27% do capital total e votante da Technos.

12. Dessa forma, o fisco procedeu a apuração do ganho de capital dos 3 quotistas *não* devidamente identificados (fl. 700/701), tendo apurado uma "amortização" implementada em 26.02.2013 com a entrega aos quotistas de dinheiro (caixa), uma "amortização" implementada em 27.02.2013 com a entrega de ativos não monetários (ações da Technos S.A.); e outra "amortização" implementada também em 27.02.2013, mas com a entrega aos quotistas de dinheiro (caixa).

13. Tendo tomado ciência do auto de infração em 22/02/2018, a Interessada apresentou Impugnação em 23/03/2018 (fls. 715/757), alegando, em síntese, o seguinte:

- (...)
- que houve: (i) incompreensão da sistemática de tributação dos investimentos realizados por residentes no exterior em Fundos de Investimento em Participações — "FIPs", (ii) incorreta aferição da fiscalização quanto ao objetivo e alcance do art. 61 da Lei no 8.981/1995, inaplicável ao presente caso; (iii) erro de premissa da fiscalização

quanto aos documentos e informações a serem mantidos em arquivo por administradores de FIPs quanto a seus quotistas residentes no exterior; *(iv)* equívoco da fiscalização quanto às possíveis consequências resultantes da falta de apresentação dos referidos documentos e informações; e *(v)* falta de diálogo e diligência por parte da fiscalização, que concluiu abruptamente os seus trabalhos e aplicou à IMPUGNANTE dispositivo de lei de caráter punitivo, que jamais havia sido mencionado ao longo do procedimento de fiscalização, sem dar à IMPUGNANTE oportunidade de apresentar os esclarecimentos e documentos que são ora apresentados, e que deixam claro *(a)* a identidade dos beneficiários diretos e indiretos dos pagamentos em discussão, e *(b)* o atendimento dos requisitos exigidos pelo art. 30 da Lei no 11.312/06 para aplicação da alíquota zero de IRF sobre tais pagamentos;

• [...]

14. É o Relatório.

A 4ª Turma da DRJ/RJO, através do acórdão n.º 12-109.509, deu provimento à Impugnação para tornar nulo por vício material o Auto de Infração de fls. 702/703, que constituiu crédito tributário de IRRF, por ofensa ao art. 142 do CTN. Em face da decisão, aquela Turma recorreu de ofício a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, com fulcro no art. 34 do Decreto n.º 70.235/72, c/c Portaria MF n.º 63/2017, em decisão assim ementada:

IRRF. LEI N.º 11.312/06. BENEFÍCIO FISCAL. LEI N. 8.981/1995. IDENTIFICAÇÃO DO BENEFICIÁRIO DO PAGAMENTO. PRESUNÇÃO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA.

A análise da aplicação dos requisitos da Lei n. 11.312/06, referentes a quotistas de Fundos de Investimento em Participações, residentes no exterior, deve objetivar a desconsideração ou não do benefício fiscal da alíquota zero do IRRF; por sua vez, o art. 61 da Lei n. 8.981/1995 não exige a identificação do beneficiário final, pessoa natural, do pagamento efetuado ao quotista não residente. Assim, para a aplicação da presunção legal prevista no art. 61 da Lei n. 8.981/1995 não se identificando o beneficiário final, pessoa natural, descabe a exasperação da base de cálculo e incidência da alíquota de 35% para a exigência do IRRF;

Tampouco a Lei n. 9.613/1998, a Instrução CVM n. 301/1999 e a Circular BACEN n. 3.461/2009 devem servir de fundamento para justificar a necessidade de identificação do beneficiário final, pessoa natural, beneficiária dos pagamentos, vez que são normas voltadas a criação de ilícitos contra o sistema financeiro nacional, cujos regulamentos fixam meios de controle para evitar a utilização do SFN para a consecução dos referidos ilícitos, não servindo de justificativa para aplicação da exasperação da BC do IRRF, sob o fundamento da presunção legal;

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 26/02/2013, 27/02/2013

PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. PRESUNÇÃO LEGAL. EXASPERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO INDEVIDA. INADEQUAÇÃO DOS FATOS A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. NULIDADE POR VÍCIO MATERIAL.

Diante da impossibilidade de ter sido utilizado o art. 61 da Lei n. 8.981/1995 como fundamento para a aplicação da exasperação da base de cálculo presumida e incidência da alíquota de 35% para a exigência do IRRF, bem como da impossibilidade de ter o fisco se baseado na Lei n. 9.613/1998, na Instrução CVM n. 301/1999 e na Circular BACEN n. 3.461/2009, como meios de também justificar a necessidade de identificação do beneficiário final (pessoa natural controladora), beneficiária dos pagamentos, configurado está o vício material.

ALEGAÇÃO DE FINALIDADE EXTRAFISCAL DA PRESUNÇÃO LEGAL DO ART. 61. DA LEI N. 8.981/1995. INADEQUAÇÃO AO CONCEITO DE TRIBUTO. IMPROCEDÊNCIA. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO.

A presunção jurídica *iuris tantum* de transferência de recursos, no caso de pagamento a beneficiário não identificado, de observância obrigatória pelas autoridades administrativas não pressupõe qualquer análise sobre sua natureza tributária, se fiscal ou extrafiscal; Inaplicável analisar a tese de que a aplicação do art. 61 pressupõe a utilização de tributo com finalidade extrafiscal para penalizar uma ilicitude, ferindo o conceito de tributo, pois o argumento reflete análise da constitucionalidade da lei, que é vedada nos termos do art. 26-A do Decreto n.º 70.235/1972, art. 7.º, V, da Portaria MF 341/2011 c/c art. 116, III, da Lei 8.112/90, bem como de entendimento sumulado do CARF, eis que assunto sobre o qual recai reserva de jurisdição

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 26/02/2013, 27/02/2013

IRRF. ADMINISTRADORA DE FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO.

Consoante disposição do art. 25 da IN RFB n. 1.022, que dispõe sobre o imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos e ganhos líquidos auferidos nos mercados financeiro e de capitais, ressalvada a responsabilidade do próprio contribuinte pelo pagamento do imposto de que trata o § 1º, a instituição administradora do fundo é responsável pela retenção e recolhimento do imposto até o 3º (terceiro) dia útil subsequente ao decêndio de ocorrência dos fatos geradores.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, Relator.

Nos termos do Decreto n.º 70.235/1972, art. 34, inc. I e da Portaria MF n.º 02/2023, cabe recurso de ofício (remessa necessária) ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) sempre e quando “a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).”

Assim, em atenção à previsão dos dispositivos retromencionados e em convergência com a Súmula CARF n.º 103, que prevê que “para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância”, verifica-se que os valores exonerados, mesmo que somente os pertinentes ao IRPJ e CSLL (e-fls. 681/701), estão acima do limite legal. Desta forma, conheço do recurso de Ofício.

Trata-se de Recurso de Ofício contra o acórdão n.º 12-109.509 - 4ª Turma da DRJ/RJO, que deu provimento à Impugnação para tornar nulo por vício material o Auto de Infração de fls. 702/703, que constituiu crédito tributário de IRRF, por ofensa ao art. 142 do CTN. O lançamento tributário trata de IRRF (art. 61 da Lei n. 8.981/1995) incidente a remessas ao exterior, feitas pela Recorrente, na condição de administradora do fundo de investimento em participações (GMT FIP), por motivo de sua liquidação e consequente amortização e resgate de

suas quotas, sendo distribuídos aos quotistas montante em dinheiro e ações da empresa Technos S.A. O Fisco analisou, previamente e dentre outras questões, as hipóteses relativas aos benefícios fiscais trazidas pela Lei n. 11.312/2006, que estabeleceu regime de tributação mais vantajoso para investidores não residentes que investissem no mercado financeiro e de capitais.

A Lei n. 11.312/2006 estabeleceu regras de tributação nas aplicações financeiras realizadas por investidores qualificados em determinados fundos de investimento, dentre os quais se inclui o FIP, reduzindo a zero a alíquota do IR Fonte sobre os rendimentos auferidos por investidores estrangeiros, desde que atendidas certas condições.

Relativamente aos FIPs, aos rendimentos de quotistas não residentes, poderá incidir alíquota de 15% ou zero, esta última a depender do cumprimento dos requisitos previstos no §§ 1º e 2º, do art. 3º da Lei n. 11.312/2006, como se verá.

A discussão esta na possibilidade de se aplicar, como enfim procedeu a autuação (como visto no TVF (e-fls. 681 e ss) e no Auto de Infração (e-fl. 702 e ss)), ao caso citado (FIPs) o reajustamento da BC do IRRF e a alíquota de 35%, ambos previstos no art. 61, da Lei n. 8.981/1995 (abaixo transcrito), para o caso de não se identificar o beneficiário do pagamento, e o alcance do termo "beneficiário" nesta norma:

Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, **todo pagamento** efetuado pelas pessoas jurídicas a **beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.**

§1º A incidência prevista no *caput* aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei n.º 8.383, de 1991.

§2º Considera-se vencido o Imposto de Renda na fonte **no dia do pagamento** da referida importância.

§3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto. (Destaquei)

Entendo como a DRJ, que interpretou que o art. 61 da Lei 8.981/1995 apresenta-se como uma norma tributária de alcance amplo e geral consoante sua própria redação (*caput*), que ressalva sua aplicabilidade apenas no caso de inexistência de norma especial. Em outras palavras, se o *caput* do art. 61 sujeita ao imposto na fonte **todo pagamento** efetuado pelas pessoas jurídicas a **beneficiário não identificado**, para se afastar a sua aplicação, **eventual norma tributária especial deveria abarcar hipóteses relacionadas à identificação de pessoas ou de operações**. Do contrário, não seria específica nos termos da previsão do art. 61.

Diante do caso concreto, deve-se enquadrar como norma especial o previsto no artigo 3º da Lei n. 11.312/2006, comparada com a norma geral trazida pelo art. 61 da Lei 8.981/1995. Isto porque esta (como aquela) tem natureza tributária, e, enquanto a geral, a Lei 8.981/1995, abarca hipóteses relacionadas a identificação de pessoas (ou de operações) para **pagamento** efetuado pelas pessoas jurídicas, a especial (Lei n. 11.312/2006) trata de casos específico de **pagamentos**, quais sejam, pagamentos de rendimentos auferidos por investidores estrangeiros advindos de aplicações financeiras realizadas por investidores qualificados em determinados fundos de investimento, dentre os quais se inclui o FIP, reduzindo a zero a alíquota do IR Fonte sobre os rendimentos auferidos por estes investidores estrangeiros, desde que atendidas certas condições.

Desta forma, caso não identificados os beneficiários, o que reputou a Fiscalização como ocorrido para três dos cotistas do fundo de investimento em participações (GMT FIP), tendo em vista a sua liquidação e consequente amortização e resgate de suas quotas, restaria, configurado o não cumprimento dos requisitos objetivos relacionados à obtenção do benefício fiscal previstos no art. 3º da Lei n. 11.312/2006, e dever-se-ia dar a cobrança do IRRF previsto neste dispositivo desta norma especial. Consequentemente, considero que houve nulidade material do lançamento ao fazer incidir o art. 61 da Lei n. 8.981/1995 como fundamento para a aplicação da exasperação da base de cálculo presumida e incidência da alíquota de 35% para a exigência do IRRF.

Assim, nego provimento ao recurso de ofício, nos termos e fundamentos aduzidos pela DRJ, que reproduzo a seguir por concordar com eles (no que se refere à negativa de aplicação do art. 61 da Lei n. 8.981/1995):

(...)

16. Trata-se de lançamento tributário relativo ao IRRF referente a remessas ao exterior, feitas pela Interessada, na condição de administradora do fundo de investimento em participações (GMT FIP), por motivo de sua liquidação e consequente amortização e resgate de suas quotas, sendo distribuídos aos quotistas montante em dinheiro e ações da empresa Technos S.A, vez que os investimentos conhecidos como *private equity* concentram seus recursos na aquisição de títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias abertas ou fechadas.

17. O fisco analisou, dentre outras questões, as hipóteses relativas aos benefícios fiscais trazidas pela Lei n. 11.312/2006, que estabeleceu regime de tributação mais vantajoso para investidores não residentes que investissem no mercado financeiro e de capitais. A Lei n. 11.312/2006 estabeleceu regras de tributação nas aplicações financeiras realizadas por investidores qualificados em determinados fundos de investimento, dentre os quais se inclui o FIP, reduzindo a zero a alíquota do IR Fonte sobre os rendimentos auferidos por investidores estrangeiros, desde que atendidas certas condições.

18. Em sua Impugnação, a interessada apresentou um histórico de sua atuação junto ao mercado financeiro, e, em seguida, argumentações de mérito, indicando, inicialmente, ter havido (i) incompreensão da fiscalização quanto à sistemática de tributação aplicável a investimentos realizados por residentes no exterior em Fundos de Investimento em Participações — "FIPs", argumentando que as aplicações em FIPs efetuadas por não residentes estão sujeitas à incidência do IRF à alíquota de 15%, nos termos do art. 25 da IN RFB 1.022/2010 (quando não alcançadas por regras especiais), não havendo qualquer referência à exigência do IRF à alíquota de 35%, exclusivamente na fonte, sobre base de cálculo reajustada.

19. Também sustentou a (ii) incorreta aferição da fiscalização quanto ao objetivo e alcance do art. 61 da Lei no 8.981/1995, inaplicável ao presente caso, concluindo que houve inobservância dos requisitos do art. 3º da Lei n. 11.312/2006, pois a tributação devida do residente no exterior deveria ser aquela correspondente à **alíquota geral de 15%**, prevista no art. 2º da referida norma, resultante da **não aplicação do benefício fiscal**. Colacionou parte da **IN RFB n. 1.022/2010** [aplicável à época], como fundamento administrativo: *verbis* (fl. 727/728):

"Fundo de Investimento em Participações, Fundo de Investimento em Cotas de Fundo de Investimento em Participações e Fundo de Investimento em Empresas Emergentes"

Art. 25. Os rendimentos auferidos no resgate de cotas de Fundo de Investimento em Participações (FIP), Fundo de Investimento em Cotas de Fundo de Investimento em Participações (FIF FIP) e Fundo de Investimento em Empresas

Emergentes (FIEE), inclusive quando decorrentes da liquidação do fundo, ficam sujeitos ao imposto sobre a renda na fonte à alíquota de 15% quinze por cento) incidente sobre a diferença positiva entre o valor de resgate e o custo de aquisição das cotas

§ 1º Os ganhos auferidos na alienação de cotas de fundos de investimento de que trata o caput serão tributados à alíquota de 15% (quinze por cento):

[...]

§ 2º No caso de amortização de cotas, o imposto na fonte incidirá sobre o valor que exceder o respectivo custo de aquisição, à alíquota de 15% (quinze por cento).

Seção I

Da Tributação das Aplicações em Fundos de Investimentos e em Títulos e Valores Mobiliários de Renda Fixa ou de Renda Variável de Residentes ou Domiciliados no Exterior, Sujeitas ao Regime Geral

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

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

[...]

Seção II

Da Tributação das Aplicações em Fundos de Investimentos e em Títulos e Valores Mobiliários de Renda Fixa ou de Renda Variável de Residentes ou Domiciliados no Exterior, Sujeitos a Regime Especial

Art. 68. Esta Seção dispõe sobre a tributação dos rendimentos auferidos por investidor residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras no País de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, que se sujeitam à incidência do imposto sobre a renda às seguintes alíquotas: (grifos não originais)

[...]

II - 15% (quinze por cento) nos demais casos, inclusive em operações financeiras de renda fixa, realizadas no mercado de balcão ou em bolsa.

[...]

Art. 72. Os rendimentos auferidos nas aplicações em **Fundos de Investimento em Participações**, Fundos de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento em Participações e Fundos de Investimento em Empresas Emergentes, a que se refere o art. 25, quando pagos, creditados, entregues ou remetidos a beneficiário residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras no País de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, **sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda à alíquota zero.**

§ 1º O benefício disposto no caput:

I - não será concedido ao cotista titular de cotas que, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, represente 40% (quarenta por cento) ou mais da totalidade das cotas emitidas pelo fundo ou cujas cotas, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, lhe derem direito ao recebimento de rendimento superior a 40% (quarenta por cento) do total de rendimentos auferidos pelo fundo;

II - não se aplica aos fundos de que trata o caput que detiverem em suas carteiras, a qualquer tempo, títulos de dívida em percentual superior a 5% (cinco por cento) de seu patrimônio líquido, ressalvados desse limite os títulos de dívida mencionados no § 4º do art. 25 e os títulos públicos;

III - não se aplica aos residentes ou domiciliados em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento).

§ 2º Para efeito do disposto no inciso I do §1º considera-se pessoa ligada ao cotista:

I - pessoa física:

a) seus parentes até o 2º (segundo) grau;

b) empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o 2º (segundo) grau;

c) sócios ou dirigentes de empresa sob seu controle referida na alínea "b" deste inciso ou no inciso II deste parágrafo;

II - pessoa jurídica, a pessoa que seja sua controladora, controlada ou coligada, conforme definido nos §§ 10 e 20 do art. 243 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976

[...]

*Art. 73. O regime de tributação previsto nos arts. 68 e 69 não se aplica a investimento **oriundo** de país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota inferior a 20% (vinte por cento), o qual sujeitar-se-á às mesmas regras estabelecidas para os residentes ou domiciliados no País.*

[...]

Art. 74. É responsável pela retenção e recolhimento do imposto sobre a renda na fonte, incidente sobre os rendimentos de operações financeiras auferidos por qualquer investidor estrangeiro, a pessoa jurídica com sede no País que efetuar o pagamento desses rendimentos.

*§ 1º Para efeito de incidência da alíquota aplicável aos rendimentos de que trata este artigo, o administrador dos recursos estrangeiros deverá informar à fonte pagadora o nome do país ou dependência do qual se **originou** o investimento.*

§ 2º A falta da informação de que trata o § 1º, ensejará incidência da alíquota aplicável ao rendimento auferido por residente ou domiciliado no País. (destaques da Impugnante)

20. Por fim, alegou (v) falta de diálogo e diligência por parte da fiscalização, que concluiu abruptamente os seus trabalhos e aplicou à IMPUGNANTE dispositivo de lei de caráter punitivo, que jamais havia sido mencionado ao longo do procedimento de fiscalização, sem dar à IMPUGNANTE oportunidade de apresentar os esclarecimentos e documentos que são ora apresentados, e que deixam claro (a) a identidade dos beneficiários diretos e indiretos dos pagamentos em discussão, e (b) o atendimento dos requisitos exigidos pelo art. 3º da Lei no 11.312/06 para aplicação da alíquota zero de IRF sobre tais pagamentos.

21. Manifesto-me:

22. É questão incontroversa nos autos que rendimentos decorrentes de aplicações financeiras em Fundos de Investimento em Participações-FIPs são tributados, regra geral, de forma igualitária para quotistas residentes e não residentes, conforme disposição do art. 78 da Lei n. 8.981/1995, *verbis*:

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 em clubes de investimentos.

23. Todavia, consoante disposto no art. 2º da Lei n. 11.312/2006 (art. 18 da IN RFB 1.022/2010), analisado em conjunto com o art. 3º da referida lei (art. 72 da referida IN), identifica-se exceção a regra para não residentes, estabelecendo benefício fiscal, da seguinte forma, *litteris*:

Art. 2º Os rendimentos auferidos no resgate de cotas dos Fundos de Investimento em Participações, Fundos de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento em Participações e Fundos de Investimento em Empresas Emergentes, inclusive quando decorrentes da liquidação do fundo, ficam sujeitos ao imposto de renda na fonte à alíquota de 15% (quinze por cento) incidente sobre a diferença positiva entre o valor de resgate e o custo de aquisição das cotas.

Art. 3º Fica reduzida a zero a alíquota do imposto de renda incidente sobre os rendimentos auferidos nas aplicações em fundos de investimento de que trata o art. 2º desta Lei quando pagos, creditados, entregues ou remetidos a beneficiário residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras no País de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

24. Portanto, relativamente aos FIPs, aos rendimentos de quotistas não residentes poderá incidir alíquota de 15% ou zero, esta última a depender do cumprimento dos requisitos previstos no §§ 1º e 2º, do art. 3º da Lei n. 11.312/2006, como se verá. A discussão, portanto, esta na possibilidade de aplicar ao caso o reajustamento da BC do IRRF e a alíquota de 35%, ambos previstos no art. 61, da Lei n. 8.981/1995 (abaixo transcrito), para o caso de não se identificar o beneficiário do pagamento, e o alcance do termo "beneficiário":

Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei n.º 8.383, de 1991.

§2º Considera-se vencido o Imposto de Renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.

25. Nesse sentido, a Interessada argumentou que, conforme constou dos termos de intimação expedidos pelo fisco, houve suposta intenção em se desconsiderar a aplicação da alíquota zero à hipótese, e aplicar como consequência, a alíquota de 15%, anexando-se os seguintes trechos extraídos do TIF de 19/09/2017 -fls. 732/733:

Portanto, de modo a permitir que a fiscalização verifique a correta aplicação da legislação tributária, o Contribuinte está obrigado a fornecer a identificação de todos cotistas dos Fundos de Investimentos em Participações, juntamente com o valor aplicado por eles na aquisição das cotas desses fundos.

O artigo 3º da Lei nº 11.312/2006 prevê benefício fiscal para os rendimentos auferidos nas aplicações em Fundos de Investimentos em Participações por cotistas residentes ou domiciliados no exterior, desde que preencham alguns requisitos, como se observa abaixo: (...)

Caso os pré-requisitos previstos pelos parágrafos 1º, 2º e 3º, do artigo 3º, da Lei nº 11.312/2006, não possam ser verificados, os cotistas residentes ou domiciliados no exterior perdem o direito ao benefício de redução a zero da alíquota de imposto de renda incidente sobre a diferença positiva entre o valor de resgate ou de alienação e o custo de aquisição das cotas, ou ainda, no caso de amortização, o valor que exceder o custo de aquisição, tendo que pagar o referido imposto à alíquota de 15% sobre as bases de cálculo antes descritas."

26. Asseverou, ainda que, no mesmo TIF, o fisco teria concluído de forma categórica que, o desatendimento da intimação poderia gerar lançamento do IRRF a alíquota de 15%.

27. Verifica-se que constam do alegado TIF de fls. 280/285 diversas informações endereçadas à Interessada, dentre as quais, a necessidade de identificação de quotistas residentes no exterior. Tal fato pode ser extraído dos seguintes dizeres do fisco, *verbis* (fl. 280):

Portanto, de modo a permitir que a fiscalização verifique a correta aplicação da legislação tributária, o Contribuinte está obrigado a fornecer a identificação de todos cotistas dos Fundos de Investimentos em Participações, juntamente com o valor aplicado por eles na aquisição das cotas desses fundos.

28. Esta identificação destinava-se a verificar se tais quotistas faziam jus ao benefício fiscal da alíquota zero, conforme o fisco explicita o parágrafo seguinte (fl. 280):

O artigo 3º da Lei nº 11.312/2006 prevê benefício fiscal para os rendimentos auferidos nas aplicações em Fundos de Investimentos em Participações por cotistas residentes ou domiciliados no exterior, desde que preencham alguns requisitos, como se observa abaixo:

29. Ora, para análise da questão, deve-se partir da premissa de que o valor de todo texto legal deve ser interpretado, visto que é tecnicamente impossível aplicar uma norma sem prévia concepção de seu texto. Nesse sentido, a meu pensar, o art. 61 da Lei 8.981/1995 apresenta-se como uma norma tributária de alcance amplo e geral consoante sua própria redação que ressalva sua aplicabilidade apenas no caso de existência de norma especial; em outras palavras, se o caput do art. 61 (art. 674, do RIR/99) sujeita ao imposto na fonte todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, para afastar a sua aplicação eventual norma especial deveria, por óbvio, abarcar hipóteses relacionadas a identificação de pessoas ou de operações. Do contrário, não seria específica nos termos da previsão do art. 61.

30. Acrescente-se que, para o mencionado afastamento, penso ser premissa que a norma deva ter natureza tributária, do contrário, estaria se criando conflito normativo, ainda que apenas de normas secundárias, cujos objetivos podem ter natureza diversa.

31. Outro ponto a ser ressaltado é que a identificação do quotista, para fins de aplicação do já aludido artigo 3º da Lei n. 11.312/2006, refere-se a fatores ou requisitos objetivos criados pela lei, eis que elencam situações referentes ao patrimônio (não só do quotista como também do próprio fundo), que, se não adequadas aos requisitos da lei impossibilitarão a aplicação do benefício fiscal da alíquota zero, ou seja, tais requisitos são específicos tão somente à aplicação ou afastamento do referido benefício.

32. Importante lembrar os aludidos requisitos objetivos:

i) que [o quotista] não represente sozinho ou em conjunto *com pessoas por ele ligadas* 40% ou mais da totalidade das cotas emitidas;

ii) que a carteira do fundo não detivesse títulos de dívida em percentual superior a 5% de seu patrimônio, ressalvados os títulos de dívida mencionados no § 42 do art. 25 e dos títulos públicos; e,

iii) que os cotistas não fossem residentes ou domiciliados em países que não tributassem a renda ou a tributassem à alíquota máxima inferior a 20%.

33. Desse modo, deve haver uma separação quanto ao tema da **identificação do quotista** beneficiário, no seguinte sentido: se a referência for ao art. 3º da Lei n. 11.312/2006 o foco será o patrimônio do quotista e do fundo, mas se a referência for ao art. 61 da Lei 8.981/1995 o objetivo será outro, qual seja, a identificação *subjetiva* do quotista, a fim de atestar se se trata ou não do *beneficiário* dos rendimentos tributáveis, *independente do percentual de sua participação* nas quotas do fundo, ou mesmo da *proporção do patrimônio do fundo em relação ao seu PL*.

34. No entanto, há que se ressaltar, que, *prima face*, não existe mácula no procedimento fiscal que conclua pela aplicação do art. 61 da Lei 8.981/1995, exasperando a BC e a alíquota aplicável pela falta de identificação de beneficiário de pagamentos, ainda que tal medida não tenha constado previamente dos Termos de Intimação expedidos antes do lançamento. Essa hipótese não gera, a meu ver qualquer mácula no lançamento, isto porque o lançamento de ofício pode ser efetuado até mesmo sem qualquer intimação prévia do sujeito passivo, conforme prevê o enunciado da Súmula CARF n. 46, de observância obrigatória pela administração tributária federal, consoante Portaria MF n. 277, de 07 de junho de 2018¹, *litteris*.

Súmula CARF n.º 46: O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário.

35. Nesse sentido, ou seja, desde que não haja controvérsias sobre a questão da falta de identificação do beneficiário, o argumento da interessada de que o fisco não a comunicou sobre a presunção legal, não tem o condão de afastá-la.

36. Todavia, verifica-se que o fisco utilizou como fundamento da referida presunção normas primárias e secundárias, referidas no item 17 e seguintes do TVF, detalhando sobre o que o levou a concluir pela falta da identificação do beneficiário das remessas ao exterior. Explica que intimou a Interessada a apresentar informações para identificar os investidores participantes da *cadeia de controle societário* até as pessoas físicas que detinham, em última instância, o controle sobre a pessoa jurídica dos clientes investidores, referindo-se que isso seria necessário para fazerem jus *ao benefício do art. 3º da Lei n. 11.302/2006* (benefício da alíquota zero).

37. Em relação ao primeiro quotista (**Dynamo Brasil VIII LLC**), a autoridade fiscal, no item 19 e seguintes, informou que foi apresentado cópia do original em inglês, e versão traduzida para o português, de um Acordo Operacional de uma Sociedade Limitada formada segundo as leis do Estado de Delaware-EUA, tendo como sócio a administradora Omanyd LLC; todavia, não foi apresentada qualquer documentação sobre os participantes da Dynamo Brasil VIII LLC, tampouco houve a caracterização e identificação dos sócios participantes de Omanyd LLC.

38. Em relação ao segundo quotista (**DLJ South American Partners LLC**), informa que a Interessada apresentou um documento da Victoria South American Partners LLC, empresa gestora da DLJ South American Partners LP, contendo tabela listando as diversas participações empreendidas pela referida gestora (relacionadas às fls. 696/698), porém, não foi apresentada qualquer documentação referentes aos sócios participantes nas diversas empresas por ela informadas, não caracterizando, dessa forma, a identificação ou comprovação de sua residência.

39. Em relação ao terceiro e último quotista não identificado (**PARTNERS GROUP**), asseverou que a Interessada não teria apresentado qualquer documentação elucidativa da identificação e residência dos *investidores reais* beneficiários.

40. Note-se, portanto, que as informações solicitadas referiram-se à tentativa de verificação tanto dos requisitos *objetivos* do art. 3º da Lei n. 11.302/2006, mas também objetivou o fisco mostrar que houve falta da correta identificação *subjéctiva* prevista no art. 61, da Lei n. 8981/1995, como se verá mais adiante. E é essa questão a ser amplamente analisada, ou seja: a necessidade de identificação de toda a cadeia de controle das empresas quotistas, clientes da Interessada, como requisitos *subjéctivos* obrigatórios para os pagamentos efetuados no FIP.

41. Sobre o tema, a Interessada argumentou ter havido (*iii*) erro de premissa da fiscalização quanto aos documentos e informações a serem mantidos em arquivo por administradores de FIPs quanto a seus quotistas residentes no exterior, bem como ter havido (*iv*) equívoco da fiscalização quanto às possíveis consequências resultantes da falta de apresentação dos referidos documentos e informações.

42. Arguiu também (fl. 731) que, nos termos da Instrução CVM 391/03 e 578/16 (aplicáveis à época), e demais normas aplicáveis aos fundos de investimento, é sua obrigação como administradora de fundos a manutenção das informações cadastrais sobre seus quotistas, e por isso, necessariamente, sempre saberá a identidade dos quotistas dos fundos por ele administrados; e que a referida legislação nunca deu qualquer margem para a tributação dos rendimentos auferidos por residentes no exterior à alíquota de 35% como pagamentos a beneficiários não identificados.

DOS REQUISITOS DA IDENTIFICAÇÃO DE BENEFICIÁRIOS DE PAGAMENTOS REFERENTES A FUNDOS DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES - FIP

43. Analisando as normas referidas acima, bem como àquelas utilizadas pelo fisco em seu TVF (mais abaixo mencionadas), tem-se de destacar o seguinte:

44. Afirma o fisco terem existido três quotistas sobre os quais não foi possível identificar os reais beneficiários dos pagamentos referentes ao GMT FIP; tal assertiva encontra-se no TVF a partir do item 14 (fl. 692 e ss), tendo o fisco utilizado os seguintes dispositivos legais e normativos como fundamentos da obrigação de identificação profunda dos titulares dos investimentos: arts. 9 e 10 da Lei n. 9.613/1998, arts. 3º, 3º-A e 6º da Instrução CVM n. 301/1999, art. 1º e 2º da Circular BACEN n. 3.461/2009 e, item 5 da Carta-Circular BACEN n. 3.430/2010, já que tais dispositivos tratam da identificação e do cadastro dos clientes de instituições financeiras.

45. Por questão didática, o art. 10 da Lei n. 9.613/1998, será colocado antes do 9º, com grifos nossos e já se considerando a redação aplicável à época dos fatos.

CAPÍTULO VI - Da Identificação dos Clientes e Manutenção de Registros

Art. 10.

As pessoas referidas no art. 9º:

I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes;

II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas;

III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes;

IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas;

§1º Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários.

§2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente.

§ 3º O registro referido no inciso II deste artigo será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente.

CAPÍTULO V - DAS PESSOAS SUJEITAS AO MECANISMO DE CONTROLE

Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.

Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações: (...)

VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual;

VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros;

IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo;

XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;

XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.

46. Note-se que, não obstante a supra mencionada lei identificar, de fato, a figura da Interessada como responsável pela identificação completa dos quotistas-clientes, o objetivo da norma, *prima face*, não se adequa a questões primordialmente tributárias, visto que dispõe *sobre crimes financeiros, como lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, e propor mecanismos de controle e prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática dos citados ilícitos*, além de criar o COAF². Nesse sentido, estabelece, de forma genérica e ampla, por se tratar de norma primária, sobre a obrigação de identificação de clientes de instituições financeiras nacionais integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários³.

47. A Instrução CVM n. 301/1999, por sua vez, complementa, em seus arts. 3º, 3º-A e 6º, pormenorizadamente, as disposições da referida Lei, estabelecendo as informações

necessárias para a identificação dos clientes pessoas jurídicas (no Brasil e no Exterior), *verbis*:

DA IDENTIFICAÇÃO E CADASTRO DE CLIENTES

Art. 3º Para os fins do disposto no art. 10, inciso I, da Lei n.º 9.613/98, as pessoas mencionadas no art. 2º desta Instrução identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado dos mesmos.

§1º As pessoas de que trata o art. 2º devem efetuar o cadastro de seus clientes contendo, no mínimo, as informações e os documentos indicados no Anexo I.

§2º As pessoas de que trata o art. 2º devem atualizar os dados cadastrais dos clientes ativos em intervalos não superiores a 24 (vinte e quatro) meses.

[...]

§ 6º Os clientes devem comunicar, de imediato, quaisquer alterações nos seus dados cadastrais.

Art. 1º O cadastro de clientes deve ter, no mínimo, o seguinte conteúdo:

I - se pessoa natural: [...]

II - se pessoa jurídica: a denominação ou razão social; nomes e CPF/MF dos controladores diretos ou razão social e inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ dos controladores diretos; nomes e CPF/MF dos administradores; nomes dos procuradores; número de CNPJ; endereço completo (logradouro, complemento, bairro, cidade, unidade da federação e CEP); número de telefone; endereço eletrônico para correspondência; atividade principal desenvolvida faturamento médio mensal dos últimos doze meses e a situação patrimonial; informações sobre perfil de risco e conhecimento financeiro do cliente; denominação ou razão social de pessoas jurídicas controladoras, controladas ou coligadas; se o cliente opera por conta de terceiros, no caso dos administradores de fundos de investimento e de carteiras administradas; se o cliente autoriza ou não a transmissão de ordens por representante ou procurador; qualificação dos representantes ou procuradores e descrição de seus poderes; datas das atualizações do cadastro; assinatura do cliente; cópia dos seguintes documento: i) CNPJ; ii) documento de constituição da pessoa jurídica devidamente atualizado e registrado no órgão competente; e iii) atos societários que indiquem os administradores da pessoa jurídica, se for o caso. cópias dos seguintes documentos, se for o caso: procuração; e documento de identidade do procurador.

III - nas demais hipóteses: a identificação completa dos clientes; a identificação completa de seus representantes e/ou administradores; situação financeira e patrimonial; informações sobre perfil de risco e conhecimento financeiro do cliente; se o cliente opera por conta de terceiros, no caso dos administradores de fundos de investimento e de carteiras administradas; datas das atualizações do cadastro; e assinatura do cliente.

§ 1º As alterações ao endereço constante do cadastro dependem de ordem do cliente, escrita ou por meio eletrônico, e comprovante do correspondente endereço.

§ 2º No caso de investidores não residentes, o cadastro deve, adicionalmente, conter:

I - os nomes das pessoas naturais autorizadas a emitir ordens e, conforme o caso, dos administradores da instituição ou responsáveis pela administração da carteira; e

II - os nomes do representante legal e do responsável pela custódia dos seus valores mobiliários. (grifos nossos)

48. A Circular BACEN n. 3.461/2009, de sua sorte, conforme previsão dos arts. 1º e 2º, complementa, dentro de sua área de competência, as medidas de controle a serem tomadas pelas instituições financeiras como reforço da necessidade de identificação cadastral de seus clientes, de modo a permitir identificar os beneficiários finais das operações financeiras; todavia, ressalte-se, a referida norma também encontra-se voltada à *mens legis* da Lei n. 9.613/98, *litteris*:

*Art. 1º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil **devem implementar políticas e procedimentos internos de controle destinados a prevenir sua utilização na prática dos crimes de que trata a Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998 (redação até 26/03/2013)***

*Art. 1º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil **devem implementar políticas, procedimentos e controles internos, de forma compatível com seu porte e volume de operações, destinados a prevenir sua utilização na prática dos crimes de que trata a Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998.** (Redação dada pela Circular no 3.654, de 27/3/2013.)*

§ 1º As políticas de que trata o caput devem:

II - contemplar a coleta e registro de informações tempestivas sobre clientes, que permitam a identificação dos riscos de ocorrência da prática dos mencionados crimes;

*§ 2º Os procedimentos de que trata o caput devem incluir **medidas prévias e expressamente estabelecidas, que permitam:***

I - confirmar as informações cadastrais dos clientes e identificar os beneficiários finais das operações;

II - [...]. §3º [...]

§ 4º Os procedimentos de que trata o caput devem ser reforçados para início de relacionamento com:

I - instituições financeiras, representantes ou correspondentes localizados no exterior, especialmente em países, territórios e dependências que não adotam procedimentos de registro e controle similares aos definidos nesta circular;

II - clientes cujo contato seja efetuado por meio eletrônico, mediante correspondentes no País ou por outros meios indiretos.

§ 5º As políticas e procedimentos internos de controle de que trata o caput devem ser implementados também pelas dependências e subsidiárias situadas no exterior das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. (Incluído pela Circular n.º 3.583, de 12/3/2012)

§ 6º O diretor responsável pela implementação e cumprimento das medidas estabelecidas nesta Circular, nos termos do art. 18, deve informar por escrito ao Banco Central do Brasil sobre a existência de legislação ou regulamentação que impeça ou limite a aplicação do disposto no § 5º a suas dependências e subsidiárias situadas no exterior. (Incluído pela Circular n.º 3.583, de 12/3/2012) Manutenção de Informações Cadastrais Atualizadas

*Art. 2º **As instituições mencionadas no art. 1º devem coletar e manter atualizadas as informações cadastrais de seus clientes permanentes, incluindo, no mínimo:***

I - as mesmas informações cadastrais solicitadas de depositantes previstas no art. 1º da Resolução no 2.025, de 24 de novembro de 1993, com a redação dada pela Resolução no 2.747, de 28 de junho de 2000;

I - qualificação do cliente:

a) pessoas naturais: [...]; e

b) **peçoas jurídicas**: firma ou denominação social, atividade principal, forma e data de constituição, informações referidas na alínea "a" que qualifiquem e autorizem os administradores, mandatários ou prepostos, número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) e dados dos atos constitutivos devidamente registrados na forma da lei;

II - os valores de renda mensal e patrimônio, no caso de pessoas naturais, e de faturamento médio mensal dos doze meses anteriores, no caso de pessoas jurídicas;

II - **endereços residencial e comercial completos**; (Redação dada pela Circular n.º 3.654, de 27/3/2013.)

III - declaração firmada sobre os propósitos e a natureza da relação de negócio com a instituição.

III - número do telefone e código de Discagem Direta a Distância (DDD); (Redação dada pela Circular n.º 3.654, de 27/3/2013.)

IV - valores de renda mensal e patrimônio, no caso de pessoas naturais, e de faturamento médio mensal referente aos doze meses anteriores, no caso de pessoas jurídicas; e (Incluído pela Circular n.º 3.654, de 27/3/2013.)

V - declaração firmada sobre os propósitos e a natureza da relação de negócio com a instituição. (Incluído pela Circular n.º 3.654, de 27/3/2013.)

§1º [...]

§2º **As informações cadastrais relativas a cliente pessoa jurídica devem abranger as pessoas naturais autorizadas a representá-la, bem como a cadeia de participação societária, até alcançar a pessoa natural caracterizada como beneficiário final.**

§3º *Excetua-se do disposto no §2º as pessoas jurídicas constituídas sob a forma de companhia aberta ou entidade sem fins lucrativos, para as quais as informações cadastrais devem abranger as pessoas naturais autorizadas a representá-las, bem como seus controladores, administradores e diretores, se houver.*

§ 4º *As informações cadastrais relativas a cliente fundo de investimento devem incluir a respectiva denominação, número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), bem como as informações de que trata o inciso I relativas às pessoas responsáveis por sua administração.*

§ 4º *As informações cadastrais relativas a cliente fundo de investimento devem incluir a respectiva denominação, número de inscrição no CNPJ, bem como as informações de que tratam os incisos I a III relativas às pessoas responsáveis por sua administração. (Redação dada pela Circular n.º 3.654, de 27/3/2013.)*

§ 5º *As instituições mencionadas no art. 1º devem realizar testes de verificação, com periodicidade máxima de um ano, que assegurem a adequação dos dados cadastrais de seus clientes.*

49. Resta, ainda, o item 5 da Carta-Circular BACEN n. 3.430/2010, também utilizada pelo fisco, que prevê, em cumprimento ao §2º do art. 2º da Circular BACEN n. 3.461/2009, acima referida, o seguinte:

5. Para fins de cumprimento do § 2º do art. 2º da Circular n.º 3.461, de 2009, devem ser **reunidas informações que permitam conhecer a estrutura de propriedade e controle, identificando a cadeia de controle societário até a(s) pessoa(s) natural(is) que detém(êm), em última instância, o controle sobre a pessoa jurídica cliente.** Conhecida a estrutura de propriedade e controle, devem ser coletadas e mantidas atualizadas informações cadastrais daquelas pessoas que detêm poder para induzir, influenciar, utilizar ou se beneficiar da pessoa jurídica cliente para práticas de lavagem de dinheiro ou de financiamento ao terrorismo

50. Tomando-se por base as normas supra mencionadas, está claro, a meu pensar, que a necessidade de as **pessoas referidas no art. 9º da lei n. 9.613/1998** identificarem seus **clientes**, de forma profunda e retroativa, ao ponto de se chegar a *pessoa natural controladora da pessoa jurídica cliente* está coadunada tão somente ao objetivo da norma legal primária, pois o estabelecimento de critérios de segurança institucional objetiva dificultar a realização de ilícitos financeiros, em nada afetando ou determinando, *prima face*, a incidência do IR sobre os pagamentos efetuados.

51. Observe-se, inclusive, que a IN RFB n. 1.022/2010 (vigente à época), só estabeleceu a obrigação da identificação de **pessoas ligadas ao nível do quotista** para prova do cumprimento dos requisitos para obtenção do benefício fiscal da alíquota zero, estabelecendo que não pode haver no nível dos quotistas do fundo qualquer tipo de relação societária que estivesse inserida no conceito de pessoas ligadas (controladora, controlada ou coligada), cujos conceitos encontram-se nos §§1º e 2º da Lei n. 6.404/76⁴, ou seja, **não há menção à identificação de pessoa natural** como real controladora ou beneficiária final.

52. A Interessada, nesse sentido, alegou que **os 3 quotistas** sob análise foram devidamente identificados no Auto pela própria fiscalização, bem como foram identificados aos órgãos intervenientes (BACEN, CVM e a própria RFB), tendo inclusive informado sobre a indicação de representantes e custodiantes com poderes para representá-los no Brasil - fl. 734, e que os referidos registros teriam sido ignorados pela fiscalização (segue cópia do registro declaratório eletrônico - operações financeiras (RDE - ROF) (doc. 02).

53. Compulsando o referido doc. 02 (fls. 778 e ss), constata-se tratarem-se de documentos nos quais estão, de fato, identificados os **quotistas** Dynamo Brasil VIII LLC - Deutshce Bank SA; DLJ SOUTH AMERICAN PARTERSHIP LLC; e PARTNERS GROUP SERIES ACCESS. Nos referidos documentos constam o nome e CNPJ dos quotistas e de seus representantes, bem como dos custodiantes dos títulos; assim como comprovantes de inscrição e de situação cadastral junto ao CNPJ.

54. É cediço, todavia, que há na doutrina discussão sobre se o conceito de pessoas ligadas deve ser aplicado apenas ao nível dos **quotistas** ou **nos demais níveis inferiores**, já que, parece que o legislador ordinário procurou beneficiar casos em que haja uma mínima pulverização entre os quotistas do FIP. Nesse sentido, justificaria observar não apenas em relação ao primeiro nível (relação societária somente entre quotistas), mas também em relação a **toda a sua cadeia societária**, pois isso poderia evitar casos em que fundos tenham o mesmo investidor estrangeiro ou administrador agindo e tomando decisões em nome de todos, evidenciando que tais veículos estariam sob **um mesmo controle** e que esse único investidor deteria, de forma indireta, a totalidade das cotas do FIP e teria direito à totalidade dos rendimentos sem qualquer incidência de imposto de renda.

55. Contudo, **não sendo possível tal verificação nessa profundidade**, a única conclusão lógica que se pode extrair por se tratar de norma privilegiadora por estabelecer benefício fiscal criado, é que **voltaria a incidir ao caso a alíquota de 15%** aos quotistas não residentes, desde que identificado ao menos o quotista beneficiário.

56. Note que a IN RFB n. 1.022/2010, conforme previsto no art. 25, §5º, prevê que, não sendo observados os requisitos dos §§ 3º e 4º do mencionado artigo, as alíquotas incidentes seriam as regressivas, previstas no art. 6º, aplicáveis como regra geral a fundos de renda fixa. Todavia, tais requisitos, obrigam o administrador do fundo apenas ao cumprimento das **regras de diversificação e de investimento**, estabelecidas pela CVM, e de ter a carteira composta de, no mínimo, 67% de ações de sociedades anônimas, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição. Ou seja, também **não há qualquer menção a identificação de pessoa natural** beneficiária final dos pagamentos, ou a aplicação da presunção legal na falta do cumprimento de tais requisitos.

57. Então, sendo silente a mencionada IN RFB quanto a necessidade de identificação dos *reais beneficiários* na figura de pessoas naturais, não vislumbro, na hipótese,

possibilidade de aplicação do art. 61 da Lei n. 8.981/1995, exceto na situação de falta de identificação do quotista, pura e simplesmente, pois que a Lei n. 8.981/1995 não estabelece nível de identificação. Assim, as únicas conclusões possíveis a se chegar, por ora, seriam as seguintes:

- Comprovados os requisitos do art. 25, 72 e 72-A da IN RFB n. 1.022/2010, com a identificação das pessoas ligadas > incidirá a alíquota zero;
- Se **somente as pessoas jurídicas** residentes no exterior quotistas estiverem identificados e forem cumpridos os requisitos objetivos dos §§ 3º e 4º do art. 25 > incidirá a alíquota de 15% sobre os pagamentos e não as alíquotas regressivas; e,
- Não comprovados os requisitos do art. 25, 72 e 72-A e os requisitos dos §§ 3º e 4º do art. 25 > incidirão as alíquotas regressivas do art. 6º, aplicáveis como regra geral, aos fundos de renda fixa;

58. Dessa forma, não há espaço para concluir sobre a incidência da presunção legal do art. 61 da Lei n. 8981/95 caso o quotista pessoa jurídica não seja identificado ao nível das *personas naturais* suas controladoras finais.

59. Nesse mesmo entendimento está Antonio Carlos Marchetti Guzman⁵ *verbis*:

Ora, se a Lei n. 11.312/06 estabelece a alíquota zero do imposto de renda aos rendimentos auferidos nas aplicações em FIP, podemos concluir, conseqüentemente, que, em virtude da interpretação conjunta da Lei n. 8.981/1995, o benefício fiscal deveria ser, da mesma forma, aplicável aos ganhos de capital que possam vir a ser auferidos na venda ou cessão das cotas fora do Mercado Bursátil, se atendidos os requisitos.

Por outro lado, se a estrutura do FIP não preencher os Requisitos, os rendimentos distribuídos aos seus quotistas, seja por meio de amortização ou resgate, estarão sujeitos à incidência do imposto de renda à alíquota de 15%. O imposto de renda, nesta hipótese, terá como base a diferença positiva entre o custo de aquisição das cotas e o valor de amortização ou resgate.

DOS DEMAIS ARGUMENTOS APRESENTADOS

60. Prosseguindo, a Interessada alegou ainda que o art. 61 da Lei 8.981/1995 também não seria aplicável pois prevê pagamentos efetuados por uma pessoa jurídica, enquanto que no caso em tela, foi efetuado por um FIP (GMT FIP), que trata ser uma comunhão de recursos organizados sob forma de condomínio fechado, sem personalidade jurídica, tendo os pagamentos sido efetuados não em nome próprio, mas pela Impugnante na qualidade de representante, e em nome do GMT FIP.

61. Nesse ponto, improcedem as alegações, consoante disposição do art. 25 da IN RFB n. 1.022, de 05 de abril de 2010, vigente à época, e que dispunha sobre o imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos e ganhos líquidos auferidos nos mercados financeiro e de capitais, a saber:

Fundo de Investimento em Participações, *Fundo de Investimento em Cotas de Fundo de Investimento em Participações e Fundo de Investimento em Empresas Emergentes*

Art. 25. Os rendimentos auferidos no resgate de cotas de Fundo de Investimento em Participações (FIP), [...], inclusive quando decorrentes da liquidação do fundo, ficam sujeitos ao imposto sobre a renda na fonte à alíquota de 15% (quinze por cento) incidente sobre a diferença positiva entre o valor de resgate e o custo de aquisição das cotas.

§ 1º Os ganhos auferidos na alienação de cotas de fundos de investimento de que trata o caput serão tributados à alíquota de 15% (quinze por cento):

I - como ganho líquido, quando auferidos:

a) por pessoa física em operações realizadas em bolsa;

b) por pessoa jurídica em operações realizadas dentro ou fora de bolsa;

II - de acordo com as regras aplicáveis aos ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, quando auferidos por pessoa física em operações realizadas fora de bolsa.

§2º No caso de amortização de cotas, o imposto na fonte incidirá sobre o valor que exceder o respectivo custo de aquisição, à alíquota de 15% (quinze por cento).

§3º O disposto neste artigo aplica-se somente aos fundos referidos no caput que cumprirem os limites de diversificação e as regras de investimento constantes da regulamentação estabelecida pela Comissão de Valores Mobiliários.

§4º Sem prejuízo da regulamentação estabelecida pela Comissão de Valores Mobiliários, além do disposto no § 3º, os fundos deverão ter a carteira composta de, no mínimo, 67% (sessenta e sete por cento) de ações de sociedades anônimas, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição.

§5º Na hipótese de inobservância dos critérios estabelecidos nos §§ 3º e 4º, os rendimentos distribuídos aos cotistas, correspondentes a esse período, sujeitam-se ao imposto sobre a renda na fonte às alíquotas previstas no art. 6º, mantida a contagem do prazo da aplicação.

§ 6º Ressalvada a responsabilidade do próprio contribuinte pelo pagamento do imposto de que trata o § 1º, a instituição administradora do fundo é responsável pela retenção e recolhimento do imposto até o 3º (terceiro) dia útil subsequente ao decêndio de ocorrência dos fatos geradores.

62. Sendo, portanto, a Interessada administradora do referido fundo, torna-se responsável pela retenção e recolhimento do imposto, inobstante a alegação de agir na qualidade de representante.

63. Quanto à menção pela Interessada às Instruções CVM n. 391/03 e n. 578/16, e a afirmação de que tais normas justificariam a impossibilidade de aplicação da BC exasperada e da alíquota de 35% relativa ao IRRF nas operações inerentes ao FIP, temos o seguinte:

64. Compulsando referidas normas, verifica-se que a Instrução CVM n. 391/03 trata apenas da constituição, funcionamento e administração dos fundos de investimento em participações, estabelecendo, por exemplo, conceitos, práticas de governança, formas de denominação, prazos de aplicação, registros e limites relacionados às operações e percentuais do patrimônio investido, nada contendo que justifique as alegações de impossibilidade de aplicação do art. 61 da Lei n. 9.891/1995. Todavia, a referida norma, também não justifica ou trata de obrigação tributária, concernente à possibilidade de verificação do real beneficiário de pagamentos para fins tributários.

65. A outra norma citada pela Interessada foi a Instrução CVM n. 578/16, todavia, esta revogou a Instrução n. 391/2003 de modo que não pode ser aplicada em razão de ter entrado em vigor posteriormente aos fatos, que eram regidos pela Instrução revogada.

66. Alegou, ainda, a Interessada, que os pagamentos e transferências foram realizados exclusivamente nas contas correntes e de custódia mantidas pelos mencionados investidores junto às instituições financeiras indicadas nos RDEs (registro declaratório eletrônico - operações financeiras) em observância ao disposto na Resolução do CMN n. 2.689, de 26/01/2000, contendo estas mantidas sob forte escrutínio no BACEN e das instituições responsáveis por sua representação, operação e manutenção, de modo que jamais poderiam ter sido utilizadas para receber pagamentos a "beneficiário não identificado".

67. A meu ver, as alegações da Interessada serviriam como indício, por falta de referência de prova documental na Impugnação, não obstante a referida resolução tratar, de fato, de regras de aplicações de investidor não residente no mercado financeiro e de capital nacional, e da obrigação de fornecimento de dados básicos do investidor,

conforme se depreende do art. 1º, §1º⁶, bem como dos dados que constam do anexo da referida Resolução⁷.

68. Prossegue a Interessada, argumentando que, como houve transferência de ações da empresa Technos S.A. em favor dos quotistas do GMT FIP, fica evidente a perfeita identificação dos mesmos, beneficiários das amortizações e resgates, pois ações não podem ser emitidas nem transferidas ao portador, mas devem ser nominativas, sendo então transferidas para o nome e titularidade de pessoas perfeitamente conhecidas e identificadas.

69. Alegou também que o fisco acabou por vincular o real beneficiário ao quotista pois na apuração da BC utilizou os custos de aquisição das referidas ações.

70. Sobre as alegações acerca da titularidade e transferência de ações, procedem, a meu ver, pois, na medida em que a titularidade acionária passa a ser do quotista deve a ele ser atribuída a condição de beneficiário do pagamento, sobre o qual incidirá eventual IR na fonte. Ademais, as alegações de vinculação pelo fisco da figura do real beneficiário ao quotista procedem, ao menos em parte, pois não se tem prova acerca do real beneficiário ou beneficiário final, porém, houve de fato vinculação ao *beneficiário* de primeiro nível. Isso porque o fisco levou em consideração, para o cálculo do valor tributável, os custos da aquisição das cotas que foram adquiridas pelos três quotistas já verificados e identificados, cobrando o IR da fonte pagadora sobre a diferença positiva (ganho).

71. Ora, a meu ver, é incoerente a afirmação do fisco em seu TVF de que a hipótese é de aplicação da presunção legal do art. 61 da Lei n. 8.981/1995, em razão da não identificação do beneficiário, ao mesmo tempo em que aplica o art. 2º da Lei n. 11.312/2006, que determina a utilização do valor do custo de aquisição das cotas, e a aplicação da alíquota de 15%, isso porque nessa hipótese pressupõe-se conhecer o adquirente das quotas e os custos dessa aquisição.

72. Note-se a tela abaixo colacionada por mim, extraída do Termo de Intimação Fiscal de fl. 284:

Caso os pré-requisitos previstos pelos parágrafos 1º, 2º e 3º, do artigo 3º, da Lei nº 11.312/2006, não possam ser verificados, os cotistas residentes ou domiciliados no exterior perdem o direito ao benefício de redução a zero da alíquota de imposto de renda incidente sobre a diferença positiva entre o valor de resgate ou de alienação e o custo de aquisição das cotas, ou ainda, no caso de amortização, o valor que exceder o custo de aquisição, tendo que pagar o referido imposto à alíquota de 15% sobre as bases de cálculo antes descritas.

73. O valor dos referidos custos de aquisição utilizados, relacionados no fim do TVF à fls 700 e 701, e relativos aos quotistas Dynamo Brasil VIII LLC, DLJ South American Partners LLC e Partners Group LLC, de fato, geraram os valores líquidos apurados e transferidos para o Auto de Infração, conforme relação de fl. 703, a saber:

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
26/02/2013	49.956.972,60	75,00
26/02/2013	6.954.639,15	75,00
26/02/2013	3.568.869,70	75,00
27/02/2013	23.244.317,53	75,00
27/02/2013	325.373.496,08	75,00
27/02/2013	45.296.072,86	75,00

74. De se acrescentar, ainda, que o MAFON 2013 quando trata dos beneficiários dos rendimentos sujeitos ao IR Fonte, elenca as seguintes figuras abaixo, não havendo qualquer menção a comprovação de *beneficiários reais* ou *finais*:

BENEFICIÁRIO

- entidades mencionadas nos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei nº 2.285, de 23 de julho de 1986;
- sociedades de investimento definidas no art. 49 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, de que participem, exclusivamente, investidores estrangeiros;
- carteiras de valores mobiliários, inclusive vinculadas à emissão, no exterior, de certificados representativos de ações, mantidas, exclusivamente, por investidores estrangeiros;
- pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, ou entidade coletiva da qual participem exclusivamente residentes ou domiciliados no exterior;
- pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior que realizem operações em mercados de liquidação futura referenciados em produtos agropecuários, nas bolsas de mercadorias e de futuros.

(RIR/1999, art. 783; MP nº 2.189-49, de 2001, art. 16; MP nº 2.158-35, de 2001, art. 29)

75. Sobre as alegações de que a RFB, de fato, passou a estabelecer a necessidade de identificação do real beneficiário, contudo, posteriormente aos fatos, verifica-se que a IN RFB n. 1.634/2016, em 09/06/2016, informações cadastrais dos entes constantes dos incisos V, XV, XVI e XVII do art. 4º, quando da efetivação do cadastro junto ao CNPJ, devendo tal identificação abranger as pessoas autorizadas a representá-la, bem como a cadeia de participação societária, até alcançar as *pessoas naturais* caracterizadas como beneficiários finais ou qualquer das entidades mencionadas no § 3º. Tais entidades seriam as seguintes:

V - clubes e fundos de investimento, constituídos segundo as normas da Comissão de Valores Mobiliários (CVM);

[...]

XV - entidades domiciliadas no exterior que, no País:

a) sejam titulares de direitos sobre:

1. imóveis;

2. veículos;

3. embarcações;

4. aeronaves;

5. contas-correntes bancárias;

6. aplicações no mercado financeiro ou de capitais; ou

7. participações societárias constituídas fora do mercado de capitais;

b) realizem:

1. arrendamento mercantil externo (leasing);

2. afretamento de embarcações, aluguel de equipamentos e arrendamento simples; ou

3. importação de bens sem cobertura cambial, destinados à integralização de capital de empresas brasileiras;

XVI - instituições bancárias do exterior que realizem operações de compra e venda de moeda estrangeira com bancos no País, recebendo e entregando reais em espécie na liquidação de operações cambiais;

[...]

§3º *As unidades auxiliares dos órgãos públicos, constantes do Anexo VII desta Instrução Normativa, podem ser inscritas no CNPJ na condição de estabelecimento filial do órgão público a que estiverem vinculadas, independentemente de se configurarem como unidades gestoras de orçamento.*

76. Todavia, a citada norma estabeleceu nova obrigação acessória no âmbito da RFB, não se tratando, portanto, de norma interpretativa, ou que tenha outro condão a justificar sua aplicação retroativa, sendo portanto inaplicável aos fins do presente procedimento que se referiu ao ano-calendário 2013. Ademais, trata a presente IN apenas sobre cadastro para fins do CNPJ. De qualquer forma, a referida norma não deve estar sob análise.

77. Alegou, ainda, a Interessada que a lógica do art. 61 seria aplicável a pagamentos de "rendimentos" e não a "ganhos de capital", sobre os quais foi calculado o IRF exigido no Auto, na medida em que a quantificação de tais ganhos envolve necessariamente a análise do montante correspondente ao custo do bem alienado, o que, naturalmente, pressupõe o conhecimento prévio da identidade do beneficiário.

78. Sobre as alegações acima, penso serem uma variação daquilo que já foi exposto acima, acerca da vinculação ao beneficiário dos pagamentos, a partir da utilização dos custos da aquisição das ações, sobre o que já houve necessário tratamento no voto. Da mesma forma, quanto às alegações sobre a existência de normas específicas, mencionadas no item 5.33 da Impugnação. Todavia, para fins de registro e esclarecimento, penso que não procedem as alegações de que a lógica do art. 61 não pode se referir aos *ganhos de capital*, pois a definição do termo é restrita ao ganho líquido auferido em operações registradas em sistemas de registro, como por exemplo bolsa e mercado de balcão, devidamente reconhecidos pelo BACEN ou autorizados pela CVM, conforme preceitua o art. 6º da Resolução BACEN n. 2.689/2000 (vide telas abaixo), e, inclusive poderão ser beneficiados pela isenção fiscal, conforme previsão do próprio anexo da mencionada norma, a saber:

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

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

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

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

Anexo III - CONDIÇÃO TRIBUTÁRIA DO INVESTIDOR NO BRASIL
1. Tributação sobre ganho de capital:

Isento

Não Isento

2. Tributação sobre rendimentos:

Isento

Não Isento

79. Dessa forma, é possível sustentar que o "ganho de capital" obtido em FIP por um investidor não residente pode ser classificado como *rendimentos*, ou ao menos, ter os

mesmos tratamentos a ele previstos pelo art. 3º da Lei n. 11.312/2006, e como consequência, também ser abarcado pela Lei n. 8.981/1995, inobstante o tema não influir, no caso concreto, na temática da identificação do beneficiário.

80. Alegou, também, a Interessada sobre a natureza sancionatória do art. 61 da Lei n. 8.981/1995 - fl. 744, pois se tivesse natureza tributária poderia ser efetuada mediante cumprimento voluntário da obrigação, o que não ocorre, pois a exigência somente se concretiza quando formalizada de ofício, mediante lavratura de Auto de Infração, violando assim o conceito de tributo.

81. Todavia, referidas alegações são impertinentes nessa seara administrativa, primeiro, porque a presunção jurídica *iuris tantum* de transferência de recursos é de observância obrigatória pela autoridade administrativa, quando há subsunção do fato à norma, não podendo a autoridade deixar de aplicá-la sob o argumento de extrafiscalidade; outrossim, não é possível analisar a tese de que a utilização desse tributo possui finalidade extrafiscal para penalizar uma ilicitude (item 6.6 - fl. 744) pois o argumento reflete análise da constitucionalidade da lei, vedada nessa seara, nos termos do art. 26-A do Decreto n.º 70.235/1972, art. 7º, V, da Portaria MF 341/2011 c/c art. 116, III, da Lei 8.112/90, bem como de entendimento sumulado do CARF, eis que assunto sobre o qual recai reserva de jurisdição, *verbis*:

Decreto 70.235/1972, art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, Lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009).

Portaria MF n.º 341/2011, art. 7º. São deveres do julgador: V - observar o disposto no inciso III do art. 116 da Lei n.º 8.112, de 1990, bem como o entendimento da RFB expresso em atos normativos.

Lei 8.112/1990, art. 116. São deveres do servidor: III - observar as normas legais e regulamentares;

82. Mencione-se, por oportuno, a súmula CARF n.º 02, *litteris*:

Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

83. Quanto às alegações do item 7 (fl. 745 e ss), de que as obrigações de manter em arquivos informações completas sobre toda a cadeia de controle de quotistas, penso também já terem sido abordadas no voto, quanto à análise da natureza e dos efeitos das normas primária e secundárias.

84. Todavia, quanto a afirmação da Interessada de ser apenas mera administradora de recursos, e não uma instituição financeira ou assemelhada, e que por isso não estaria sujeita a autorização do BACEN para funcionar, e por consequência, não estaria incluída nas normas do BACEN citadas no Auto, deve-se ressaltar que, na verdade, enquanto administradora de carteira de fundos de investimento a Interessada, estaria, sim, sujeita às inúmeras Resoluções BACEN que instituem, por exemplo, limites na atuação em tal atividade; mesmo porque, compete ao BACEN cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor, e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, nos termos do art. 9º da Lei n. 4.595/1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional, além de ser aquele órgão (BACEN) o controlador dos capitais estrangeiros (inciso VII).

85. Desta feita, não procede a afirmação de que estaria sujeita a fiscalização e regulamentação apenas pela CVM. Todavia, tal conclusão não pressupõe que a aplicação das normas BACEN devam ter efeito no âmbito da RFB, e mais especificamente, para fundamentar a aplicação da presunção legal do art. 61 da Lei n. 8.981/1995, como já ficou evidenciado nos itens anteriores.

86. No tocante a alegação de que a Interessada cumpriu as determinações da Instrução n. 301/99 CVM, que estabelecia a apuração pela administradora de informações quanto

aos "beneficiários finais" das operações contratadas por seus clientes e de que referidos quotistas enquadravam-se na ressalva da norma, que dispensava tais informações (conforme os anexos doc. 03 e doc. 04, referentes aos quotistas DLJ South American Partners LLC e Partners Group Series Access LLC, series 9), isso porque tais clientes (quotistas) no exterior seriam também clientes de instituição estrangeira fiscalizada por autoridade governamental assemelhada à CVM, e que por isso, as providências cadastrais poderiam ser adotadas pela referida instituição estrangeira (nos termos do art. 3º, II, §1º), penso que, como já foi abordado nesse voto, tal regramento e ressalvas são voltados ao cumprimento da Lei n. 9.613/1998, e não ao cumprimento do art. 61 da Lei n. 8.981/1995, tanto é assim que a norma mencionada Instrução determina que a Interessada assegure à CVM o acesso aos dados, na forma prescrita no mencionado art. 3º, §1º, e não a RFB.

87. Prossegue a Interessada, no item 8 de sua Impugnação, asseverando que, não obstante o art. 61 da Lei n. 8.981/1995 referir-se à identidade dos beneficiários *diretos* de pagamento de rendimentos, e não a beneficiários *finais* ou *efetivos*, para afastar qualquer possibilidade quanto a matéria, apresenta os documentos sobre os beneficiários finais ou efetivos, bem como que referidos beneficiários estavam alcançados pela alíquota zero de IR, prevista no art. 3º da Lei n. 11.312/06.

88. Nesse sentido, afirmou estar comprovando que nenhum dos quotistas do GMT FIP possuía percentual de participação no fundo superior ao limite do inciso I do §1º do referido art. 3º, que seria de 40% de participação do quotista não residente. E no tocante aos três quotistas questionados pelo fisco, tal se comprovaria pelas planilhas juntadas em 03/05/2017 e 25/09/2017, nos seguintes percentuais: i) Dynamo: 2,85%; ii) DLJ: 39,90% e (iii) Partners Group: 5,55%.

89. No entanto, verifica-se que o fisco alegou em seu TVF que a falta de identificação dos quotistas DYBRA VIII, DLJ South American Partners LLC e Partners Group, cujo detalhamento encontra-se no relatório deste voto, foram todos fundamentados na legislação pertinente e inerente, conforme verificado, ao sistema financeiro nacional, mormente, na lei de crimes contra a ordem financeira, e seus regulamentos, a saber: Lei n. 9.613/1998, Instrução CVM n. 301/1999 e Circular BACEN n. 3.461/2009, as quais dispõem sobre identificação e o cadastro de clientes de instituições financeiras, e que, segundo o fisco, tal falta impediu a identificação das pessoas envolvidas e dos verdadeiros titulares dos investimentos, e a verificação da regularidade das operações, de modo que, nesse sentido, **seria inócuo a análise nesta sede de julgamento se houve cumprimento dos requisitos do art. 3º da Lei 11.312/06**, se o fundamento da autuação se baseou em legislação diversa e no argumento da falta de identificação do terceiro beneficiado, que não o beneficiário direto, nos termos do art. 61 da Lei n. 8.981/1995.

DA NULIDADE POR VÍCIO MATERIAL

90. Ficou constatado nos presentes autos que o que motivou o fisco a efetuar o lançamento foi a falta da correta identificação (no seu entender) do beneficiário dos pagamentos efetuados, e não quanto ao cumprimento dos requisitos objetivos relacionados a obtenção do benefício fiscal, previstos no art. 3º da Lei n. 11.312/2006, conforme parte final do relatório, extraída do TVF, abaixo colacionada:

A inobservância, portanto, da legislação pertinente (Lei n. 9.613/1998, Instrução CVM n. 301/1999 e Circular BACEN n. 3.461/2009), que dispõem sobre identificação e o cadastro de clientes de instituições financeiras, impossibilitou a identificação das pessoas envolvidas e dos verdadeiros titulares dos investimentos, impedindo a verificação da regularidade das operações, devendo incidir IRRF sobre as operações a uma alíquota diferenciada pela falta de identificação do terceiro beneficiado, nos termos do art. 61 da Lei n. 8.981/1995.

Em 27/02/2013 o FIP GMT, que detinha 57,62% das ações da Technos S.A, encerrou suas atividades, amortizando a totalidade de suas quotas em dinheiro e em ações, estas, entregues aos respectivos quotistas do fundo, dos quais nenhum

passou a ter mais de 50% do capital social da Technos. Após a referida amortização, a participação dos fundos de investimento e carteiras administradas pela Interessada (Dynamo) passou a totalizar 38,27% do capital total e votante da Technos.

Dessa forma, o fisco procedeu a apuração do ganho de capital dos 3 quotistas não devidamente identificados (fl. 700/701), tendo apurado uma "amortização" implementada em 26.02.2013 com a entrega aos quotistas de dinheiro (caixa), uma "amortização" implementada em 27.02.2013 com a entrega de ativos não monetários (ações da Technos S.A.); e outra "amortização" implementada também em 27.02.2013, mas com a entrega aos quotistas de dinheiro (caixa).

91. Diante da impossibilidade de ter sido utilizado o art. 61 da Lei n. 8.981/1995 como fundamento para a aplicação da exasperação da base de cálculo presumida e incidência da alíquota de 35% para a exigência do IRRF, bem como da impossibilidade de ter o fisco se baseado na Lei n. 9.613/1998, na Instrução CVM n. 301/1999 e na Circular BACEN n. 3.461/2009, como meios de também justificar a necessidade de identificação do beneficiário final (pessoa natural controladora), beneficiária dos pagamentos, configurado está o vício **material**.

92. Destarte, a desconformidade da correta adequação dos fatos a legislação aplicável, com a conseqüente má formação da base de cálculo exacerbada, fere os preceitos do art. 142 do CTN, *verbis*:

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

Pelo exposto, voto por negar provimento ao Recurso de Ofício.

(Assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa