



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



**Processo nº** 16561.720135/2018-15  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 1302-006.334 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 18 de novembro de 2022  
**Recorrente** BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2014

MATÉRIA NÃO PROPOSTA EM IMPUGNAÇÃO. APRESENTAÇÃO EM RECURSO VOLUNTÁRIO AO CARF. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO.

As matérias não propostas em sede de Impugnação não podem ser deduzidas em recurso ao CARF em razão da perda da faculdade processual de seu exercício, configurando-se a preclusão consumativa, a par de representar, se admitida, indevida supressão de instância.

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente dos recursos voluntários, e, quanto à parte conhecida, por maioria de votos, em acolher a preliminar de nulidade e, por consequência, em dar provimento ao Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo principal, cancelando integralmente o lançamento de ofício, nos termos do relatório e voto do relator, vencido o Conselheiro Fernando Beltcher da Silva (suplente convocado), que votou por rejeitar a preliminar de nulidade. Os conselheiros Ailton Neves da Silva (suplente convocado), Flávio Machado Vilhena Dias e Sávio Salomão de Almeida Nóbrega votaram pelas conclusões do relator quanto à preliminar. O Conselheiro Fernando Beltcher da Silva (suplente convocado) manifestou a intenção de apresentar declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ailton Neves da Silva (suplente convocado), Flávio Machado Vilhena Dias, Fernando Beltcher da Silva (suplente

convocado), Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Fellipe Honório Rodrigues da Costa (suplente convocado) e Paulo Henrique Silva Figueiredo. Ausente o Conselheiro Marcelo Oliveira. Julgamento iniciado na sessão das 14h do dia 17 de novembro de 2002 e encerrado na sessão das 9h do dia 18 de novembro de 2002.

## Relatório

Tratam-se de Recursos Voluntários interpostos em relação ao Acórdão n.º 12-107.950, de 11 de junho de 2019, proferido pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro, que julgou improcedentes as Impugnações apresentadas pelo sujeito passivo principal acima identificado e pelos diversos responsáveis tributários (fls. 6.116/6.666).

O presente processo se originou de Auto de Infração para exigência de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) em relação a diversos períodos de apuração contidos no ano-calendário de 2014 (fls. 2/20). Conforme descrição contida no próprio Auto de Infração, o lançamento decorreria da ausência de retenção e recolhimento dos tributos incidentes sobre ganhos auferidos por residentes ou domiciliados no exterior, em relação aos quais o sujeito passivo principal seria o representante tributário, nos termos do art. 79 da Lei n.º 8.981, de 1995, e art. 16, §3º, inciso I, da Medida Provisória n.º 2.189-49, de 2001.

Conforme sintetizado no Termo de Verificação de Fiscal (TVF) de fls. 21/79:

3G Brazil Fund LP e 3G Fund LP, fundos de investimentos administrados por entidades pertencentes ao Grupo 3G Capital, auferiram ganhos em operações realizadas em bolsas de valores, no Brasil, ao longo do período fiscalizado. Sendo domiciliados nas Ilhas Cayman, esses fundos não faziam jus ao benefício fiscal de redução a zero do Imposto de Renda incidente sobre tais ganhos, uma vez que a legislação vigente não confere tal benefício a investimento oriundo de país que não tributa a renda ou que a tributa a alíquota inferior a vinte por cento, os chamados Paraísos Fiscais.

Com o intuito de simular uma situação em que o benefício seria aplicável, o Grupo 3G Capital dissimulou a origem do investimento pela interposição de entidades domiciliadas no estado norte-americano de Delaware, quais sejam, HELONA INVESTMENTS LLC (“HELONA”) e HOOKIPA INVESTMENTS LLC (“HOOKIPA”).

Para fazer parecer com que os investimentos se realizavam por estas, o BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A. foi designado REPRESENTANTE TRIBUTÁRIO de HELONA e de HOOKIPA, não de 3G Brazil Fund LP e 3G Fund LP, as quais, com a manobra, deixaram de figurar nos instrumentos formalizados com a fiscalizada. Assim procedendo, ocultaram-se dolosamente do Fisco brasileiro e não atenderam às normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional para a realização de operações financeiras nos mercados de renda fixa ou de renda variável no País. Deveras, apenas na aparência HELONA e HOOKIPA cumpriram o papel de Investidores Não Residentes (“INRs”) a que se referem tais normas.

Conivente, o BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A. deixou de reter e recolher Imposto de Renda incidente sobre ganhos efetivamente auferidos por 3G Brazil Fund LP e por 3G Fund LP, mas que, em razão da simulação, foram fraudulentamente atribuídos aos INRs Ostensivos HELONA e HOOKIPA

A presente autuação constitui o crédito tributário decorrente desses ganhos. Em vista da fraude e do conluio constatados, aplicou-se multa de ofício qualificada. Identificou-se, ainda, um conjunto de pessoas físicas e jurídicas que, atuando pretensamente em nome dessas interpostas pessoas, beneficiaram-se dos rendimentos assim indevidamente majorados, razão pela qual foram igualmente responsabilizadas pelo crédito tributário ora constituído.

A questão, segundo a autoridade fiscal, estaria relacionada ao regime de tributação instituído por meio do art. 81 da Lei nº 8.981, de 1995, para certas entidades de investimento coletivo constituídas no Brasil, de que participassem, exclusivamente, investidores estrangeiros. E, posteriormente, estendido, por força do art. 16 da Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001, a “investidor residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras nos mercados de renda fixa ou de renda variável no País, de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional”.

Como, “por força do §2º do mencionado artigo, ainda que realizasse seus investimentos no País com a observância das normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, o investidor residente ou domiciliado em país que não tributasse a renda ou que a tributasse a alíquota inferior a vinte por cento, os chamados Paraísos Fiscais, ficaria impedido de enquadrar-se no Regime Especial”, as pessoas jurídicas HELONA e HOOKIPA, entidades constituídas no estado norte-americano de Delaware, teriam funcionado apenas formalmente como Investidores Não Residentes (INR), com o objetivo de “dissimular a origem dos recursos empregados e a identificação dos titulares efetivos dos correspondentes ganhos, quais sejam, respectivamente, 3G Brazil Fund LP e 3G Fund LP, entidades domiciliadas nas Ilhas Cayman”.

No lançamento foi atribuída responsabilidade solidária, com base no art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN) à pessoa jurídica 3G CAPITAL PARTNERS LTD., e às pessoas físicas CLÁUDIO CHONCHOL BAHBOUT, PEDRO FERNANDES DREVON, BERNARDO RIGOTTI FIAUX, MARCUS LEANDRO ROSA SANTOS, JOÃO PAULO CARVALHO CURSINO DE MOURA e JORGE LUIZ JUNQUEIRA FILHO. A justificativa para tanto foi sintetizada no TVF nos seguintes termos:

212. Assim, para cumprir seu papel como *Investment Manager* das entidades dos Níveis II e III, 3G Capital Partners Ltd fez uso da 3G Brasil, estrutura montada no Brasil em associação com as *Pessoas Autorizadas*. **Organizando-se dessa forma, 3G Capital Partners Ltd. e as *Pessoas Autorizadas* deram vida aparente às ficções representadas pelos INRs Ostensivos.**

213. Pelo desempenho de suas atribuições como *Investment Manager*, 3G Capital Partners Ltd. foi remunerada diretamente pelas entidades do Nível II, ao passo que as *Pessoas Autorizadas* o foram indiretamente, por meio de 3G Brasil, principalmente sob a forma de Lucros e Dividendos isentos.

214. Assim, **atuando pretensamente em nome dos INRs Ostensivos, 3G Capital Partners Ltd. e as *Pessoas Autorizadas* beneficiaram-se dos rendimentos indevidamente majorados por essas verdadeiras ficções, que criaram e operaram com o intuito de dissimular a origem dos recursos investidos em seus nomes e a identificação dos titulares efetivos dos correspondentes ganhos. Caracteriza-se assim o interesse comum de 3G Capital Partners Ltd. e das *Pessoas Autorizadas* na situação constitutiva do fato gerador da obrigação principal.**

A multa de ofício foi aplicada no percentual qualificado, uma vez que se entendeu caracterizadas as condutas previstas nos arts. 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964 (fraude e conluio, respectivamente).

Tanto o sujeito passivo principal quanto os responsáveis foram cientificados e impugnaram o lançamento. O Banco Santander (Brasil) S.A., em síntese, alegou (fls. 5.192/5.250):

- (i) preliminarmente, a nulidade do auto de infração, por erro na identificação do sujeito passivo principal, bem como por erro insanável na determinação da capitulação legal e da alíquota aplicável ao caso concreto;
- (ii) no mérito, ser absolutamente legítima a estrutura adotada pelos fundadores do Grupo 3G para investirem no mercado de capitais brasileiro, por meio das duas entidades domiciliadas no estado de Delaware, atendendo às normas tributárias e à regulamentação emitida pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Banco Central (BACEN);
- (iii) que teriam sido cumpridas todas as normas para a realização de investimento no mercado de capitais brasileiro;
- (iv) que a Fiscalização não possuiria competência para contestar questões objeto de inspeção por outro órgão regulador;
- (v) a impossibilidade de desconsideração dos investidores estrangeiros HELONA e HOOKIPA;
- (vi) que haveria razões jurídicas e econômicas para o investimento realizado a partir das empresas localizadas em Delaware;
- (vii) que as entidades localizadas nas Ilhas Cayman seriam veículos de investimento e não os “titulares efetivos”, conforme acusação fiscal, já que mais de 98% (noventa e oito por cento) dos recursos investidos seriam originados de investidores residentes na Suíça, jurisdição que não seria considerada paraíso fiscal segundo a legislação brasileira;
- (viii) a inexistência de dolo, fraude ou simulação e, portanto, o descabimento da multa de ofício qualificada;
- (ix) o caráter desproporcional da multa de ofício imposta;
- (x) a inaplicabilidade de juros de mora sobre a multa de ofício, e a impossibilidade de utilização da taxa SELIC como juros de mora.

As Impugnações dos responsáveis solidários (fls. 5.296/5.360; 5.388/5.452; 5.551/5.614; 5.729/5.792; 5.824/5.887; 5.919/5.982 e 6.026/6.89) possuíram, essencialmente, o mesmo teor. Alegou-se:

- (i) a existência e validade das pessoas jurídicas HELONA e HOOKIPA;

- (ii) a impossibilidade de atribuição da qualidade de investidor efetivo a 3G Brazil Fund LP e 3G Fund LP, posto que seriam meros veículos intermediários dos recursos investidos por beneficiários finais residentes em jurisdições não qualificadas como paraísos fiscais;
- (iii) a inaplicabilidade do art. 8º da Lei nº 9.779, de 1999, ao caso concreto, já que aplicável, exclusivamente, a “rendimentos” e não a ganhos de capital;
- (iv) a ausência de dedução das perdas, para a apuração do ganho líquido verificado nas operações realizadas em bolsas de valores;
- (v) em caso de aplicação do mencionado dispositivo, a impossibilidade de atribuição de responsabilidade ao Banco Santander pelo recolhimento do IRRF;
- (vi) a improcedência da exigência de multa qualificada, por inexistência de fraude e conluio;
- (vii) que não teria sido caracterizado o interesse comum entre o responsável solidário e o sujeito passivo principal, conforme requerido pelo art. 124, inciso I, do CTN;
- (viii) que teriam apenas atuado na gestão dos ativos detidos pelos INRs no Brasil, mas que não se beneficiaram diretamente dos ganhos decorrentes das transações realizadas com tais ativos.

Na decisão de primeira instância, rejeitou-se a preliminar de ilegitimidade passiva do sujeito passivo principal e responsáveis. E, ainda, as alegações de nulidade por erro na capitulação legal dos fatos e erro na alíquota aplicável.

No mérito, considerou-se existente planejamento tributário abusivo e procedente a autuação, inclusive, quanto à aplicação de multa de ofício qualificada e incidência de juros de mora, calculados com base na taxa SELIC, sobre o principal e a multa de ofício.

Manteve-se, finalmente, a responsabilidade imputada a todos os arrolados com base no art. 124, inciso I, do CTN, por se entender caracterizada a atuação direta e dolosa nos atos que embasaram o lançamento.

A referida decisão recebeu a seguinte ementa:

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2014

**RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.**

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

**NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA**

Não há cerceamento do direito de defesa quando o sujeito passivo tem pleno conhecimento dos fatos e das implicações tributárias imputados no auto de infração.

#### **NULIDADE. VÍCIO FORMAL**

O vício formal é aquele que não impede o sujeito passivo de conhecer a essência da acusação e nem dificulta sua defesa. O vício formal pode ser suprido em fase de contencioso administrativo e não acarreta nulidade da autuação.

#### **JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. SÚMULA CARF Nº 108.**

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

#### **MULTA QUALIFICADA.**

É cabível a aplicação da multa qualificada de 150% quando restar comprovado o intento doloso e prática de planejamento tributário abusivo mediante simulação.

#### **ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE – IRRF**

Ano-calendário: 2014

#### **INCIDÊNCIA DE IRF SOBRE GANHO DE CAPITAL ORIUNDO DE INVESTIMENTOS EM RENDA VARIÁVEL.**

Cabe a incidência de Imposto de Renda Retido na Fonte à alíquota de 25% sobre os ganhos de capital decorrentes de aplicação em renda variável de investidores residentes ou domiciliados em paraíso fiscal mesmo que o investimento esteja em desacordo com as normas emitidas pelo Conselho Monetário Nacional - CMN - ou pelo Banco Central -BACEN.

Após a ciência do Acórdão, o sujeito passivo principal apresentou Recurso Voluntário (fls. 6.219/6.293). As peças repete, em essência, o que alegado na Impugnação, com pequenos argumentos destinados a se opor ao teor da decisão de primeira instância, que conteria contradições, omissões, equívocos e inovações ou corroborariam as alegações de defesa.

Todos os responsáveis tributários também interpueram Recursos Voluntários (fls. 6.363/6.457; 6.470/6.565; 6.578/6.672; 6.686/6.780; 6.806/6.900; 6.922/7.014 e 7.027/7.121) nos quais, além de repetirem os argumentos tratados nas Impugnações, apresentam preliminar de nulidade da decisão de primeira instância, por alteração da fundamentação jurídica da autuação; a arguição de inaplicabilidade do art. 47 da Lei nº 10.833, de 2003, ao caso concreto; bem como, a alegação de ilegalidade da exigência de Imposto sobre a Renda sobre ganhos em Bolsa de forma isolada, sem a possibilidade de comunicação entre as diversas operações de mesma natureza celebradas no período.

O presente processo administrativo foi, então, distribuído, por sorteio, a este Conselheiro.

É o Relatório.

Fl. 7 do Acórdão n.º 1302-006.334 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária  
Processo n.º 16561.720135/2018-15

## Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Relator.

### 1 DA ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

Tanto o sujeito passivo principal quanto os responsáveis solidários foram cientificados da decisão de primeira instância e apresentaram Recurso Voluntário dentro do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, conforme tabela abaixo:

RECORRENTE	DATA CIÊNCIA	FL.	DATA RECURSO	FL.
Banco Santander	28/06/2019	6.209	26/07/2019	6.217
3G Capital Partners Ltd.	03/07/2019	6.212	02/08/2019	6.470
Jorge Luiz Junqueira Filho	03/07/2019	6.210	02/08/2019	6.686
João Paulo Carvalho Cursino de Moura	08/07/2019	6.215	02/08/2019	6.806
Marcus Leandro Rosa Santos	05/07/2019	6.213	02/08/2019	6.578
Bernardo Rigotti Fiaux	04/07/2019	6.214	02/08/2019	6.363
Pedro Fernandes Drevon	03/07/2019	6.211	02/08/2019	7.027
Cláudio Chonchol Bahbout	05/07/2019	6.216	02/08/2019	6.922

Os Recursos são assinados por procuradores, devidamente constituídos nos autos.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Arts. 3º, inciso II, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015, combinado com o art. 1º da Portaria CARF n.º 146, de 12 de dezembro de 2018.

Nos Recursos Voluntários apresentados pelos responsáveis solidários, contudo, foram suscitadas matérias que não foram abordadas nas respectivas Impugnações apresentadas, a saber, a arguição de inaplicabilidade do art. 47 da Lei n.º 10.833, de 2003, ao caso concreto; e a alegação de ilegalidade da exigência de Imposto sobre a Renda sobre ganhos em Bolsa de forma isolada, sem a possibilidade de comunicação entre as diversas operações de mesma natureza celebradas no período.

Nos termos da legislação de regência do processo administrativo fiscal, a Impugnação instaura a fase litigiosa do procedimento, devendo dela constar todos os motivos de fato e de direito em que se fundamentam os pontos de discordância e as razões e provas das alegações (arts. 14 e 16 do Decreto n.º 70.235, de 1972).

Ou seja, é nesse instante em que se delimita a matéria objeto do contencioso administrativo, não sendo admitido ao contribuinte e à autoridade *ad quem* tratar de matéria não questionada por ocasião da Impugnação, sob pena de supressão de instância e violação ao princípio do devido processo legal.

Trata-se, pois da preclusão consumativa, sobre a qual leciona Fredie Didier Jr (Curso de Direito Processual Civil, 18a ed, Salvador: Ed. Juspodium, 2016. vol. 1, p. 432):

A preclusão consumativa consiste na perda de faculdade/poder processual, em razão de essa faculdade ou esse poder já ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo. A consumação do exercício do poder o extingue. Perde-se o poder pelo exercício dele.

As Recorrentes não podem, em sede de Recurso Voluntário ao CARF, trazer matérias que poderiam, e deveriam, ter sido opostas naquele primeiro recurso. Conhecer das matérias totalmente inéditas apresentadas, apenas, em sede de Recurso Voluntário, representa a total subversão do rito processual, com a decisão sendo realizada em instância única pelo CARF.

A questão se relaciona ainda com a extensão do efeito devolutivo dos recursos, sobre a qual o mesmo autor (Curso de Direito Processual Civil, 13a ed, Salvador: Ed. Juspodium, 2016. Vol. 3, p. 143) se manifesta nos seguintes termos:

A extensão do efeito devolutivo significa delimitar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão ad quem. A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: tantum devolutum quantum appellatum. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento (decisão) a quo. Só é devolvido o conhecimento da matéria impugnada (art. 1.013, caput, CPC).

Podem ser excepcionadas, apenas, as matérias que possam ser conhecidas de ofício pelo julgador, a exemplo das matérias de ordem pública. Cabe excepcionar, ainda, aquelas matérias que surgem apenas na decisão de primeira instância, de modo que o contribuinte somente pode se opor por meio do Recurso Voluntário.

No caso dos autos, as matérias trazidas de modo inovador nos Recursos Voluntários não se enquadram como matéria de ordem pública. Contudo, a questão da inaplicabilidade do art. 47 da Lei n.º 10.833, de 2003, se refere a contraponto ao fundamento trazido de modo inovador na decisão recorrida, de modo que deve ser conhecida.

Isto posto, os Recursos Voluntários são tempestivos e preenchem os demais requisitos de admissibilidade, de modo que deles tomo conhecimento, à exceção da matéria acima ressaltada (alegação de ilegalidade da exigência de Imposto sobre a Renda sobre ganhos em Bolsa de forma isolada).

## **2 TRIBUTAÇÃO SOBRE GANHOS/RENDIMENTOS DE INVESTIDORES RESIDENTES NO EXTERIOR**

Antes de adentrar à análise das alegações contidas nos Recursos Voluntários ora sob exame, considero necessário se apresentar uma breve síntese acerca do quadro normativo relacionado à tributação pelo imposto de renda dos investimentos realizados no Brasil por investidores residentes no exterior (IRE).

Por meio da Lei n.º 4.131, de 1962, disciplinou-se o tratamento a ser conferido aos chamados **investimentos diretos** realizados por “pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior”, assim entendidos os realizados por meio de “bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, **para aplicação em atividades econômicas**” (destacou-se).

Apenas por meio de normas posteriormente emitidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), com amparo na competência que lhe foi conferida no art. 4º da Lei nº 4.595, de 1964, o escopo de aplicação dos investimentos dos residentes e domiciliados no exterior foi, explícita e gradualmente, estendido para o **mercado financeiro e de capitais**, de modo que o tratamento tributário incidente sobre tal modalidade de investimentos passou a ser a resultante da interação de normas cambiais e fiscais.<sup>1</sup>

Ao tempo dos fatos geradores tratados no presente processo, portanto, os investimentos efetuados pelos IRE nos mercados financeiros e de capitais eram regulados pela Resolução CMN nº 2.689, de 2000, na qual se prescrevia, dentre outras, as seguintes formalidades:

Art. 3º Previamente ao início de suas operações, o investidor não residente deve:

- I - constituir um ou mais representantes no País;
- II - preencher formulário, cujo modelo constitui o Anexo a esta Resolução;
- III - obter registro junto à Comissão de Valores Mobiliários.

Parágrafo 1º O representante de que trata o inciso I deste artigo não se confunde, necessariamente, com aquele exigido pela legislação tributária.

Parágrafo 2º Quando o representante de que trata o inciso I deste artigo for pessoa física ou jurídica não financeira, o investidor deve nomear instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil, que será co-responsável pelo cumprimento das obrigações de que trata o art. 5º.

[...]

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

- I - ser registrados, custodiados ou mantidos em conta de depósito em instituição ou entidade autorizada à prestação desses serviços pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários; ou
- II - estar devidamente registrados em sistemas de registro, liquidação e custódia reconhecidos pelo Banco Central do Brasil ou autorizados pela Comissão de Valores Mobiliários, em suas respectivas esferas de competência.

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

---

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

No âmbito tributário, como regra geral, foram aplicadas aos IRE as mesmas normas previstas para a tributação das operações financeiras realizadas pelos residentes ou domiciliados no país, conforme prescrição contida no art. 78 da Lei nº 8.981, de 1995:

Art. 78. Os residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se às mesmas normas de tributação pelo Imposto de Renda, previstas para os residentes ou domiciliados no país, em relação aos:

I - rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa;

II - ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas;

III - rendimentos obtidos em aplicações em fundos de renda fixa e de renda variável e em clubes de investimentos.

Parágrafo único. Sujeitam-se à tributação pelo Imposto de Renda, nos termos dos arts. 80 a 82, os rendimentos e ganhos de capital decorrentes de aplicações financeiras, auferidos por fundos, sociedades de investimento e carteiras de valores mobiliários de que participem, exclusivamente, pessoas físicas ou jurídicas, fundos ou outras entidades de investimento coletivo residentes, domiciliados ou com sede no exterior.

No citado diploma legal, contudo, criou-se regime especial de tributação aplicável a determinadas naturezas de investidores. *In verbis*:

Art. 81. Ficam sujeitos ao Imposto de Renda na fonte, à alíquota de dez por cento, os rendimentos auferidos:

I - pelas entidades mencionadas nos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei nº 2.285, de 23 de julho de 1986;

II - pelas sociedades de investimento a que se refere o art. 49 da Lei nº 4.728, de 1965, de que participem, exclusivamente, investidores estrangeiros;

III - pelas carteiras de valores mobiliários, inclusive vinculadas à emissão, no exterior, de certificados representativos de ações, mantidas, exclusivamente, por investidores estrangeiros.

§ 1º Os ganhos de capital ficam excluídos da incidência do Imposto de Renda quando auferidos e distribuídos, sob qualquer forma e a qualquer título, inclusive em decorrência de liquidação parcial ou total do investimento pelos fundos, sociedades ou carteiras referidos no caput deste artigo.

§ 2º Para os efeitos deste artigo, consideram-se:

a) rendimentos: quaisquer valores que constituam remuneração de capital aplicado, inclusive aquela produzida por títulos de renda variável, tais como juros, prêmios, comissões, ágio, deságio e participações nos lucros, bem como os resultados positivos auferidos em aplicações nos fundos e clubes de investimento de que trata o art. 73;(Vide Lei nº 12.431, de 2011)

b) ganhos de capital, os resultados positivos auferidos:

b.1) nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, com exceção das operações conjugadas de que trata a alínea a do § 4º do art. 65;

b.2) nas operações com ouro, ativo financeiro, fora de bolsa;

§ 3º A base de cálculo do Imposto de Renda sobre os rendimentos auferidos pelas entidades de que trata este artigo será apurada:

- a) de acordo com os critérios previstos nos arts. 65 a 67 no caso de aplicações de renda fixa;
- b) de acordo com o tratamento previsto no § 3º do art. 65 no caso de rendimentos periódicos;
- c) pelo valor do respectivo rendimento ou resultado positivo, nos demais casos.

§ 4º Na apuração do imposto de que trata este artigo serão indedutíveis os prejuízos apurados em operações de renda fixa e de renda variável.

§ 5º O disposto neste artigo alcança, exclusivamente, as entidades que atenderem às normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, não se aplicando, entretanto, aos fundos em condomínio referidos no art. 80.

Observe-se que, de acordo com o regime especial em questão, os ganhos de capital consistentes nos resultados positivos auferidos em bolsas de valores ficam excluídos da tributação pelo imposto de renda, quando distribuídos. E, ainda, que o regime especial somente é aplicável às entidades que atenderem às normas e condições estabelecidas pelo CMN.

Com a edição da Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001, houve a ampliação dos beneficiários pelo regime especial estabelecido na norma acima transcrita para todos os IRE. Veja-se:

Art.16. O regime de tributação previsto no art. 81 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com a alteração introduzida pelo art. 11 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplica-se a investidor residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras nos mercados de renda fixa ou de renda variável no País, de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

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

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

§3ºRelativamente ao disposto no § 2ºserá observado que:

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

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

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

Mais uma vez, cabe a observação em relação às restrições impostas pela legislação. Ficam excluídas do regime especial as operações realizadas em desacordo com as normas e condições estabelecidas pelo CMN, bem como os investimentos oriundos de “país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota inferior a vinte por cento, o qual se sujeitará às mesmas regras estabelecidas para os residentes e domiciliados no País”. Para estes últimos, valem as mesmas regras de tributação estabelecidas para os residentes e domiciliados no Brasil, à época dos fatos geradores sob exame, consolidadas na Instrução Normativa RFB nº 1.022, de 2010.

Para os ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, as regras estavam estabelecidas nos arts. 45 a 53 da citada Instrução Normativa, dos quais se transcrevem os trechos relevantes à análise dos Recursos Voluntários:

## Seção II

### **Das Operações em Bolsa de Valores, de Mercadorias, de Futuros e Assemelhadas e Operações de Liquidação Futura Fora de Bolsa**

Art. 45. Esta Seção dispõe sobre a incidência do imposto sobre a renda sobre os ganhos líquidos auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, em operações realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, existentes no País.

§ 1º O disposto nesta Seção aplica-se, também, aos ganhos líquidos auferidos:

I - por qualquer beneficiário:

- a) na alienação de Brazilian Depositary Receipts (BDR), em bolsa;
- b) na alienação de ouro, ativo financeiro;
- c) em operação realizada em mercado de liquidação futura, fora de bolsa, inclusive com opções flexíveis; e
- d) em operações de day-trade realizadas em bolsa; e

II - pelas pessoas jurídicas, na alienação de participações societárias, fora de bolsa.

§ 2º São consideradas assemelhadas às bolsas de que trata este artigo, as entidades cujo objeto social seja análogo ao das referidas bolsas e que funcionem sob a supervisão e fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários.

§ 3º Considera-se ganho líquido o resultado positivo auferido nas operações de que tratam os arts. 47 a 51 realizadas em cada mês, admitida a dedução dos custos e despesas incorridos, necessários à realização das operações.

§ 3º-A No caso de realização de mais de uma operação no mesmo dia, para efeito de apuração do ganho líquido de que trata o § 3º, os custos e despesas totais incorridos poderão ser rateados entre as operações executadas, proporcionalmente ao valor financeiro de cada operação. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1236, de 11 de janeiro de 2012)

§ 4º O imposto de que trata este artigo será apurado por períodos mensais e pago pelo contribuinte até o último dia útil do mês subsequente ao da apuração.

Art. 46. Os ganhos líquidos auferidos em alienações ocorridas nos mercados à vista, em operações liquidadas nos mercados de opções e a termo e em ajustes diários apurados nos mercados futuros sujeitam-se ao imposto sobre a renda à alíquota de 15% (quinze por cento).

#### **Mercados à Vista**

Art. 47. Nos mercados à vista, o ganho líquido será constituído pela diferença positiva entre o valor de alienação do ativo e o seu custo de aquisição, calculado pela média ponderada dos custos unitários.

[...]

#### **Retenção na Fonte 0,005%**

Art. 52. As operações referidas nos arts. 22-D, 47 e 49 a 51 sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de 0,005% (cinco milésimos por cento) sobre os seguintes valores: (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB n.º 1290, de 06 de setembro de 2012)

[...]

IV - nos mercados a vista, o valor da alienação, nas operações com ações, ouro ativo financeiro e outros valores mobiliários neles negociados.

[...]

§ 3º O disposto neste artigo:

I - aplica-se também às operações realizadas:

a) no mercado de balcão, com intermediação, tendo por objeto os valores mobiliários e ativos referidos no inciso IV do caput, bem como às operações realizadas em mercados de liquidação futura fora de bolsa;

b) por investidor estrangeiro oriundo de País que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a 20% (vinte por cento);

II - não se aplica às operações:

a) de exercício de opção;

b) das carteiras de instituição financeira, sociedade de seguro, de capitalização, entidade aberta ou fechada de previdência complementar, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários, sociedade de arrendamento mercantil e Fapi;

c) dos investidores estrangeiros que realizam operações em bolsa de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, ressalvado o disposto na alínea " b" do inciso I;

d) dos fundos e clubes de investimento;

e) conjugadas de que trata o inciso I do art. 38.

§ 4º Fica dispensada a retenção do imposto de que trata este artigo cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 1,00 (um real).

§ 5º Ocorrendo mais de uma operação no mesmo mês, realizada por uma mesma pessoa, física ou jurídica, deverá ser efetuada a soma dos valores de imposto incidente sobre

todas as operações realizadas no mês, para efeito de cálculo do limite de retenção previsto no § 4º, desprezados valores iguais ou inferiores a R\$ 1,00 (um real).

§ 6º Fica responsável pela retenção do imposto de que trata este artigo a instituição intermediadora que receber diretamente a ordem do cliente.

§ 7º O imposto sobre a renda retido na forma deste artigo deverá ser recolhido ao Tesouro Nacional até o 3º (terceiro) dia útil subsequente ao decêndio da data da retenção, utilizando-se o código de receita 5557.

§ 8º O valor do imposto retido na fonte a que se refere este artigo poderá ser:

I - deduzido do imposto sobre ganhos líquidos apurados no mês;

II - compensado com o imposto incidente sobre ganhos líquidos apurados nos meses subsequentes;

III - compensado na declaração de ajuste anual se, após a dedução de que tratam os incisos I e II, houver saldo de imposto retido;

IV - compensado com o imposto devido sobre o ganho de capital na alienação de ações.

#### **Compensação de Perdas**

Art. 53. Para fins de apuração e pagamento do imposto mensal sobre os ganhos líquidos, as perdas incorridas nas operações de que tratam os arts. 22-D, 47 e 49 a 51 poderão ser compensadas com os ganhos líquidos auferidos, no próprio mês ou nos meses subsequentes, inclusive nos anos-calendário seguintes, em outras operações realizadas em qualquer das modalidades operacionais previstas naqueles artigos, exceto no caso de perdas em operações de day-trade, que somente serão compensadas com ganhos auferidos em operações da mesma espécie. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB n.º 1290, de 06 de setembro de 2012)

Parágrafo único. As perdas a que se refere este artigo não poderão ser compensadas com ganhos em operações day-trade de que trata o art. 54. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB n.º 1236, de 11 de janeiro de 2012)

Cabe, ainda, destacar, na legislação as figuras do representante legal, previsto no art. 79 da Lei n.º 8.981, de 1995, e no art. 66, §2º, da Instrução Normativa RFB n.º 1.585, de 2010. Veja-se as referidas disposições normativas:

Art. 79. O investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários somente poderá ser realizado no país por intermédio de representante legal, previamente designado dentre as instituições autorizadas pelo Poder Executivo a prestar tal serviço e que será responsável, nos termos do art. 128 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966) pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado.

§ 1º O representante legal não será responsável pela retenção e recolhimento do Imposto de Renda na fonte sobre aplicações financeiras quando, nos termos da legislação pertinente tal responsabilidade for atribuída a terceiro.

§ 2º O Poder Executivo poderá excluir determinadas categorias de investidores da obrigatoriedade prevista neste artigo.

Art. 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;

II - ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se também:

I - aos ganhos líquidos auferidos na alienação de ouro, ativo financeiro, e em operações realizadas nos mercados de liquidação futura, fora de bolsa;

II - aos rendimentos auferidos nas operações de swap.

§ 2º O investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários somente poderá ser realizado no País por intermédio de representante legal, previamente designado dentre as instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a prestar tal serviço e que será responsável, nos termos do art. 128 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado.

§ 3º A responsabilidade de que trata o § 2º aplica-se somente no caso do imposto referente aos ganhos líquidos de que tratam o inciso II do caput e o inciso I do § 1º, extinguindo-se a partir da data: (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1290, de 06 de setembro de 2012)

I - da transferência dos recursos ou ativos para conta da mesma titularidade do investidor em outra instituição, no caso de aplicações realizadas de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional quando aqueles permanecerem no País; ou (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1290, de 06 de setembro de 2012)

II - do retorno dos recursos para o exterior, no caso de liquidação das operações realizadas pelo investidor do mercado financeiro e de capitais. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1290, de 06 de setembro de 2012)

§ 4º A isenção prevista no art. 3º da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, alcança as operações realizadas por pessoas físicas residentes ou domiciliadas no exterior, inclusive as realizadas por residentes ou domiciliados em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento).

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

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

### **2.1 DO SUPOSTO ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO**

Preliminarmente, sustenta-se a nulidade do lançamento por ter-se atribuído ao Banco Santander (Brasil) S.A. a responsabilidade pelo IRRF devido sobre os ganhos supostamente auferidos no Brasil pelos fundos de investimento 3G Brazil Fund LP e 3G Fund LP. Não haveria dispositivo legal que atribua ao representante legal a responsabilidade pelo imposto incidente sobre ganhos de capital em operações que não sejam realizadas de acordo com os termos e condições estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional. E, a norma que trata da referida situação, a saber o art. 26 da Lei nº 10.833, de 2003, jamais foi mencionada no

lançamento fiscal e atribui a responsabilidade ao adquirente dos bens localizados no Brasil ou ao seu procurador, caso o adquirente também seja não-residente.

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

No auto de infração de fls. 2/20, é apontado que o Banco Santander (Brasil) S.A., na condição de representante tributário (conforme art. 79 da Lei nº 8.981, de 1995, e art. 16, §3º, da Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001) deixou de reter e recolher o IRRF incidente sobre ganhos auferidos em operações realizadas em bolsa de valores por residentes ou domiciliados no exterior.

No Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 21/79, por sua vez, a infração supostamente praticada é detalhada. Os fundos de investimento 3G Brazil Fund LP e 3G Fund LP teriam auferido ganhos em operações realizadas em bolsas de valores no Brasil, ao longo do período fiscalizado. Por serem domiciliados nas Ilhas Cayman, os referidos Fundos não se enquadrariam no benefício fiscal previsto no art. 81 da Lei nº 8.981, de 1995 (exclusão da incidência do Imposto de Renda incidente sobre os citados ganhos), já que, no art. 16, §2º, da Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001, afastam-se os investimentos oriundos de países que não tributem a renda ou que a tributem a alíquota inferior a vinte por cento. Deste modo, para se valer do citado benefício, teria sido engendrada estrutura fictícia por meio da qual os investimentos teriam sido atribuídos às pessoas jurídicas HELONA INVESTMENTS LLS (HELONA) e HOOKIPA INVESTMENTS LLC (HOOKIPA), sediadas no estado norteamericano de Delaware. O lançamento fiscal foi, então, realizado em nome do Banco Santander (Brasil) S.A., por ostentar a condição de representante tributário de HELONA e HOOKIPA, na forma da legislação acima transcrita.

No Recurso Voluntário apresentado pelo citado Banco, arguiu-se que:

42. Dessa forma, se a D. Fiscalização (a) desconsidera HELONA e HOOKIPA como os titulares dos investimentos financeiros no Brasil; (b) atribui ao 3G Brazil Fund e ao 3G Fund os ganhos auferidos em operações em bolsa de valores pela HELONA e HOOKIPA; e (c) afirma que 3G Brazil Fund e 3G Fund não realizaram os seus investimentos no Brasil de acordo com os termos e condições estabelecidos pelo CMN, o responsável pelo recolhimento do IRF supostamente devido na operação somente pode ser o adquirente dos ativos supostamente detidos pelo 3G Brazil Fund e 3G Fund, conforme expressamente dispõe o artigo 26 da Lei 10.833/03.

Ora, independentemente da procedência da acusação fiscal, é necessário se reconhecer que não há erro na identificação do sujeito passivo. O imposto exigido decorre das operações realizadas pelos investidores estrangeiros no Brasil, seja HELONA e HOOKIPA os efetivos investidores ou mera ficção para ocultar terceiros. O Banco Santander (Brasil) S.A. é o representante legal por meio de quem os referidos investimentos são realizados, conforme exigência do art. 79 da Lei nº 8.981, de 1995, e o responsável, nos termos do art. 128 do Código Tributário Nacional (CTN) pelas “obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado”.

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

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

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

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

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

Não se pode, como pretende a Recorrente, buscar a regra de responsabilidade apenas no art. 16, §1º, da Medida Provisória n.º 2.189-49, de 2001, ignorando que tal dispositivo vem se inserir no regime especial de tributação previsto para o investidor estrangeiro pelos dispositivos da Lei n.º 8.981, de 1995. Ademais, observe-se que, no referido art. 16, §3º, inciso I, da Medida Provisória n.º 2.189-49, de 2001, expressamente, trata-se do responsável tributário, a despeito da responsabilidade da fonte pagadora, tal qual permitido no art. 128, inciso I, do CTN.

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

E o fato de que, conforme a acusação fiscal, não teriam sido observadas as normas do Conselho Monetário Nacional (CMN), não afasta a aplicação da norma específica, levando-se à norma geral, já que inexistente tal vinculação nas disposições do art. 79 da Lei n.º 8.981, de 1995.

Ademais, não é verídico o afirmado pela Recorrente de que, ao invocar os termos dos contratos de representação, estar-se-ia atribuindo responsabilidade tributária ao Banco Santander (Brasil) S.A. com base, exclusivamente, em instrumentos contratuais privados. O fundamento para a sujeição é o art. 128, inciso I, do CTN, e o multicitado art. 79 da Lei n.º 8.981, de 1995. A formalização do Contrato de Representação apenas atende aos comandos dos dispositivos legais em questão. Tanto é assim, que, na cláusula 5ª dos referidos instrumentos, a instituição financeira é designada representante tributária dos investidos, nos termos da legislação citada.

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

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

Ainda em sede de preliminar, o Banco Santander (Brasil) S.A. argui a nulidade do auto de infração por erro no enquadramento legal da infração apontada no lançamento de ofício. Afirma que não teriam sido indicados “com a devida precisão, a penalidade aplicável e a determinação da exigência, em desobediência ao artigo 10, IV e V, do Decreto n.º 70.235/72”.

Segundo a Recorrente, o dispositivo legal invocado pela autoridade fiscal (o art. 8º da Lei n.º 9.779, de 1999) não se enquadraria aos fatos geradores apontados, na medida em que se refere a **rendimentos**, enquanto os montantes tributados se relacionariam a **ganhos de capital**. Transcreve-se o teor do dispositivo legal em questão:

Art.8º Ressalvadas as hipóteses a que se referem os incisos V, VIII, IX, X e XI do art. 1º da Lei n.º 9.481, de 1997, os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, a que se refere o art. 24 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento.

A Recorrente argui que o mencionado dispositivo não abarcaria os ganhos de capital, os quais seriam objeto do art. 47 da Lei n.º 10.833, de 2003:

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

Alega, porém, que este último dispositivo não foi invocado na autuação, de modo que deveria ser reconhecida a nulidade do lançamento. Aponta que, ao contrário da conclusão a que se chegou na decisão de primeira instância, não haveria erro de natureza meramente formal, mas erro de capitulação legal com vício nos requisitos prescritos no art. 142 do CTN.

Além disso, argumenta que seria indevido o reajustamento da base de cálculo promovido pela autoridade fiscal, por força do art. 725 do Decreto n.º 3.000, de 1999 (RIR/99). Tal dispositivo, do mesmo modo, seria aplicável, apenas, a rendimentos. Jamais a ganho de capital na venda de ações.

Finalmente, sustenta que, ainda que acatada a tese da autoridade fiscal, no sentido de que os reais detentores dos ativos seriam as entidades domiciliadas nas Ilhas Cayman, a alíquota aplicável não seria de 25% (vinte e cinco por cento), conforme art. 47 da Lei n.º 10.833, de 2003, mas de 15% (quinze por cento), como estabelecido no art. 57 da Instrução Normativa RFB n.º 1.585, de 2015. Haveria contradição na constituição do crédito tributário, assim sintetizada:

96. Para tentar afastar a aplicação da alíquota de 15% aplicável aos investidores estrangeiros localizados em paraíso fiscal que investem no mercado de capitais brasileiro, a D. Fiscalização se fundamenta na ausência de cumprimento das normas e condições estabelecidas pelo CMN, o que acabou por ensejar a insanável contradição apontada acima quanto à identificação do sujeito passivo no caso em questão.

97. Por conta desse raciocínio, há também uma automática contradição quanto à alíquota aplicável, **pois investimentos feitos por investidores estrangeiros no mercado de capitais brasileiros somente podem ser realizados segundo as regras do CMN e por meio de uma Conta 2.689.**

98. Frise-se mais uma vez que **NÃO EXISTE A POSSIBILIDADE** de um investidor estrangeiro investir no mercado de capitais brasileiros sem que isso seja feito por meio de uma Conta de Depósito 2.689 (atual Conta 4.373).

99. Dessa forma, no cenário de desconsideração conjecturado pela D. Fiscalização, no qual as entidades localizadas nas Ilhas Cayman seriam as reais investidoras no mercado de capitais brasileiros (o que se admite apenas para fins de argumentação), a conclusão lógica seria a de que tais entidades assumiriam a posição de HELONA e HOPIKA como titulares das Contas 2.689, de maneira que quaisquer ganhos de capital auferidos por esses investidores residentes em paraíso fiscal estariam sujeitos à tributação pelo imposto de renda à alíquota de 15%, conforme determinado pelo disposto no art. 78 da Lei 8.981/15 e 85 da IN 1.585/15.

Na decisão de primeira instância, as alegações foram refutadas, já que teria sido demonstrado claramente que o lançamento de ofício incidiria sobre os ganhos de capital decorrentes das operações efetuadas em bolsa de valores. Tal fato seria corroborado pela própria autuada haver invocado o art. 47 da Lei nº 10.833, de 2003. Assim, conclui-se:

O fato de a fiscalização ter apontado dispositivo legal inadequado ao caso em momento algum prejudicou a análise fática da situação ou suas consequências. **Os dispositivos em questão são similares, estão em ordem seqüencial no Regulamento do Imposto de Renda e trazem exatamente as mesmas implicações jurídicas aos fatos verificados. Entendo que no caso concreto, o equívoco se aproxima mais de um vício formal do que de um vício material como tentam sustentar os impugnantes.**

Não obstante, mesmo que fosse o caso de emendar a tipificação acrescentando o art. 47, da Lei 10.833/2003, este equívoco, em se tratando de vício formal, esclareça-se, seria perfeitamente sanável em sede de contencioso administrativo e mesmo nas contendas do Judiciário mediante adoção da emendatio libelli, quando, de ofício, aponta-se a correta definição jurídica se os fatos provados são exatamente os fatos narrados.

Pois bem. Em primeiro lugar, é importante que se reconheça a possibilidade de que o erro na capitulação legal, por parte da autoridade fiscal, não implique a nulidade de um lançamento de ofício. Para tanto, é necessário que tenha havido a perfeita descrição dos fatos e infração legal apurada, em todos os seus elementos constitutivos, sem que se verifique qualquer prejuízo à defesa do sujeito passivo. Tratar-se-á, então, de mera irregularidade formal, sanável pela correta capitulação. Neste sentido, recente julgado desta Turma, conforme trecho de ementa a seguir:

**NULIDADE. IRREGULARIDADE NA CAPITULAÇÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA OU AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO.**

Rejeita-se as alegações de nulidade relativas à irregularidade na capitulação legal, quando se constata que a autoridade fiscal descreveu os fatos apurados de forma que a empresa e todos os intervenientes no processo puderam ter nítida compreensão das infrações au tuadas. Inexistência de prejuízo à defesa ou ao exercício do contraditório. (Acórdão nº 1302-005.725, de 14 de setembro de 2021, Relatora Conselheira Andréia Lúcia Machado Mourão)

Assim, caso o equívoco cometido no lançamento fiscal fosse unicamente a menção ao art. 8º da Lei nº 9.779, de 1999, em lugar do art. 47 da Lei nº 10.833, de 2003, seria possível, tal qual feito pelos julgadores de primeira instância, afastar a nulidade da autuação.

Ocorre que os equívocos cometidos no lançamento vão muito além disso.

É que, tratando-se os fatos geradores tributados no presente processo de operações realizadas em bolsas de valores, e, afastada a aplicação do regime especial de tributação previsto no art. 81 da Lei nº 8.981, de 1995, a tributação deve ser realizada conforme as regras aplicáveis aos investidores residentes e domiciliados no Brasil, ou seja, apurado por períodos mensais, com a incidência da alíquota de 15% (quinze por cento) sobre os ganhos líquidos auferidos, conforme disposições do art. 45, §4º, e 46 da Instrução Normativa RFB nº 1.022, de 2010, que refletem o que está estabelecido no art. 2º, inciso I, da Lei nº 11.033, de 2004.

A par disso, as referidas operações estão sujeitas à “incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de 0,005% (cinco milésimos por cento)” sobre o valor da alienação, nas operações nos mercados à vista, conforme art. 2º, §1º, *caput* e inciso IV, da Lei nº 11.033, de 2004.

É importante se destacar que o disposto no art. 52, §3º, inciso II, da Instrução Normativa RFB nº 1.022, de 2010, não deixa dúvidas acerca da aplicação da mencionada alíquota mesmo na hipótese a que se refere a acusação fiscal. Pela relevância, repete-se o referido dispositivo normativo:

Art. 52. As operações referidas nos arts. 22-D, 47 e 49 a 51 sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de 0,005% (cinco milésimos por cento) sobre os seguintes valores:(Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1290, de 06 de setembro de 2012)

[...]

§ 3º O disposto neste artigo:

I - aplica-se também às operações realizadas:

[...]

b) por investidor estrangeiro oriundo de País que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a 20% (vinte por cento);

Conforme se observa, portanto, há total equívoco da autoridade fiscal ao aplicar a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) sobre os ganhos líquidos auferidos nas operações realizadas pelos investidores residentes no exterior. Não apenas a alíquota, mas a base de cálculo é equivocada. Dever-se-ia ter aplicado a alíquota de 0,005% (cinco milésimos por cento) sobre o valor da alienação das ações negociadas.

Mais ainda, caso o lançamento não tratasse da retenção na fonte, mas do imposto de renda devido mensalmente sobre os ganhos líquidos auferidos pelos investidores, haveria equívoco quanto ao elemento temporal dos fatos geradores (já que o auto de infração considerou a data de cada operação) e quanto à alíquota, que seria de 15% (quinze por cento), em lugar de 25% (vinte e cinco por cento).

As disposições normativas invocadas pela autoridade fiscal (art. 8º da Lei nº 9.779, de 1999) e pela Recorrente (art. 47 da Lei nº 10.833, de 2003) não são aplicáveis à hipótese de ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores. O primeiro dispositivo se refere a rendimentos, de uma forma geral (à exceção daqueles referidos nos incisos V, VIII, IX, X e XI do art. 1º da Lei nº 9.481, de 1997). O segundo se refere, de modo genérico, a ganho de capital (como nas operações realizadas fora dos mercados organizados), com a expressa ressalva ao art. 7º da Lei nº 9.959, de 2000, esta sim, aplicável aos ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores:

Art.7º O regime de tributação previsto no art. 81 da Lei nº 8.981, de 1995, com a alteração introduzida pelo art. 11 da Lei nº 9.249, de 1995, não se aplica a investimento estrangeiro oriundo de país que tribute a renda à alíquota inferior a vinte por cento, **o qual sujeitar-se-á às mesmas regras estabelecidas para os residentes ou domiciliados no País.** (destacou-se)

Há que se reconhecer, portanto, a existência de vícios na observância aos requisitos prescritos no art. 142 do CTN e no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972. *In verbis*:

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

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

No lançamento sob análise, há, ao mesmo tempo, equívoco da autoridade fiscal quanto à legislação aplicável, base de cálculo dos tributos e alíquota incidente sobre esta, o que configura a nulidade por vício material do lançamento.

Em razão do reconhecimento da nulidade, fica prejudicada a análise de todas as demais matérias veiculadas nos recursos voluntários.

Isto posto, voto por conhecer parcialmente dos recursos voluntários, e, quanto à parte conhecida, acolher a preliminar de nulidade e por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo principal, cancelando integralmente o lançamento de ofício.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo

## Declaração de Voto

Conselheiro Fernando Beltcher da Silva

Fazendo as merecidas reverências ao Ilustre Sr. Relator, que com clareza e objetividade expôs suas razões de decidir, peço licença para dele discordar, no tocante à preliminar de nulidade do lançamento de ofício.

Resumidamente, entendeu o Nobre Relator, cuja compreensão foi seguida pela maioria, que o investidor localizado em paraíso fiscal submete-se às mesmas regras aplicáveis ao residentes/domiciliados no Brasil, ao apurar o imposto incidente sobre os ganhos de capital decorrentes de operações em renda variável, diga-se, em bolsa de valores, mercado regulado.

Partindo dessa premissa, entendeu o Relator que o lançamento de ofício, fundamentado em norma que remete a regime de apuração diverso, resta contaminado por insanáveis vícios materiais (capitulação legal, base de cálculo e alíquota).

Estivéssemos em um contexto de completa aderência do dito investidor às normas estabelecidas para tal fim, certamente acompanharia o racional vencedor.

Contudo, as provas carreadas aos autos, haja vista a brilhante ação fiscal da qual culminou o Auto de Infração lavrado contra a Recorrente e demais responsáveis, revelam, isto sim, que os investidores diretos, fundos sediados nas Ilhas Cayman, operaram **IRREGULARMENTE** no nosso adorado País.

O desiderato dos investidores sediados naquele paraíso fiscal era, e assim obtiveram êxito, nada aqui recolherem de imposto. Para atingirem o fim colimado, fizeram uso de *offshores* registradas na jurisdição dos Estados Unidos da América, querendo fazer acreditar serem destinatários da norma legal nacional que confere ao investidor estrangeiro o benefício de não apurar imposto sobre os ganhos líquidos auferidos em operações de renda variável (art. 81 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995).

E não é só! Cumulado com tal fim, objetivava nada, ou quase isso, recolher de imposto naquela referida jurisdição, posto que o registro das interpostas pessoas estrangeiras se dera no Estado de Delaware, notável pelo absoluto sigilo e baixa oneração fiscal sobre a renda.

Desmascarada a fraude perpetrada em conluio pelos agentes trazidos ao polo passivo da obrigação tributária, graças ao robusto acervo probatório e irretocável descrição dos fatos pela Autoridade Fiscal, o que resta são os investidores diretos, das Ilhas Cayman, operando em grande escala no mercado acionário brasileiro à revelia de qualquer formalidade ou

comunicação, **contornando** o Sistema Financeiro Nacional e levando para o exterior ganhos livres de qualquer exação.

Feitas essas breves considerações, para adequada contextualização, minha divergência do Douto Relator começa quando seu racional termina sem uma ressalva, sem um “desde que...”.

Coexistem três regramentos distintos aplicáveis aos investidores diretos com sede em paraísos fiscais, para fins de tributação sobre rendimentos/ganhos auferidos no Brasil, e nisso podem residir eventuais equívocos na aplicação das normas.

O primeiro deles, disposto no art. 8º da Lei n.º 9.779, trata dos rendimentos decorrentes de qualquer operação, excetuados aqueles expressamente dispostos no texto legal, os quais se submetem à apuração do Imposto de Renda Retido na Fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).

O segundo, cuida, de maneira ampla, dos ganhos de capital aqui obtidos pelos investidores diretos em tela, sobre os quais, regra geral, incide o IRRF igualmente à alíquota de 25% (art. 47 da Lei n.º 10.833, de 29 de dezembro de 2003).

O terceiro e último, remete, pontualmente, no que importa ao caso, aos ganhos líquidos auferidos por residentes ou domiciliados no exterior (de maneira genérica, sem exceção alguma a qualquer país de origem), estabelecendo que tais investidores, atendidos os requisitos expressamente dispostos, sujeitam-se às mesmas normas de tributação pelo Imposto de Renda previstas para os residentes ou domiciliados no Brasil. Abro espaço, dadas suas relevâncias, para reprodução de excertos dos artigos 78 e 79, Seção IV do Capítulo VI, da Lei n.º 8.981, de 1995, matriz legal aplicável a esse tratamento tributário (grifos nossos):

## CAPÍTULO VI

### Da Tributação das Operações Financeiras

[...]

#### SEÇÃO IV

##### Da Tributação das Operações Financeiras Realizadas por Residentes ou Domiciliados no Exterior

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:

[...]

II - ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas;

[...]

Art. 79. **O investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários somente poderá ser realizado** no país por intermédio de representante

legal, **previamente designado** dentre as instituições autorizadas pelo Poder Executivo a prestar tal serviço **e que será responsável**, nos termos do art. 128 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966) pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado.

Entendo que o dispositivo legal invocado pelo Douto Relator veio a meramente **reforçar** que, ainda que tenha sede em paraíso fiscal (ou de tributação favorecida), na hipótese nele referida, o investidor direto submete-se aos mesmos critérios de apuração do imposto de renda aplicáveis aos aqui residentes ou domiciliados:

Art. 7º O regime de tributação previsto no art. 81 da Lei n.º 8.981, de 1995, com a alteração introduzida pelo art. 11 da Lei no 9.249, de 1995, não se aplica a investimento estrangeiro oriundo de país que tribute a renda à alíquota inferior a vinte por cento, o qual sujeitar-se-á às mesmas regras estabelecidas para os residentes ou domiciliados no País.

Ocorre que o texto referenciado pelo Ilustre Relator **não dispensou o investidor direto** localizado, no caso concreto, nas Ilhas Cayman de atender aos ditames do **art. 79** da Lei n.º 8.981, de 1995, lei manifestamente tributária. E há razão de ser, pois afastar tais exigências acabaria por tornar **informal** o investimento realizado por residente/domiciliado em paraíso fiscal, contrapondo-se àqueles de origem de países que tributam a renda como (ou similarmente) no Brasil é onerada.

Considerando que nos presentes autos restou provado que os partícipes da fraude interpuseram sociedades supostamente sediadas em Delaware (EUA), objetivando desonerar-se **por completo de qualquer tributo** ao valer-se, **ilicitamente**, da benesse fiscal concedida pelo legislador (art. 81 da Lei n.º 8.981, de 1995), **os investidores diretos, fundos estabelecidos nas Ilhas Cayman, operaram irregularmente e em grande escala no mercado acionário brasileiro**, já que contornaram, de forma vil, o que imposto pelo artigo 79 referido.

Deste modo, revela-se inaplicável aos fundos estabelecidos nas Ilhas Cayman o tratamento dado aos residentes/domiciliados no Brasil, em face da fraude da qual tomaram parte os sujeitos passivos, em unidade de desígnios, ao arrepio de qualquer controle dos órgãos reguladores no que tange **à realidade** dos fatos.

Afastado o regime tributário defendido pelo Nobre Relator, o terceiro anteriormente referido, deve-se, então, dizer qual é o tratamento tributário a ser dado ao caso em apreço.

Como dito, dos três, por assim dizer, pedindo escusas pela eventual atecnia, regimes de tributação, restam dois. O Auditor-Fiscal trouxe à baila o art. 8º da Lei n.º 9.779, de 1999. A decisão recorrida indica que o adequado seria o art. 47 da Lei n.º 10.833, de 2003. O Ilustre Relator admitiu a possibilidade de o erro na capitulação legal não implicar nulidade, *in verbis*:

Pois bem. Em primeiro lugar, é importante que se reconheça a possibilidade de que o erro na capitulação legal, por parte da autoridade fiscal, não implique a nulidade de um lançamento de ofício. Para tanto, é necessário que tenha havido a perfeita descrição dos fatos e infração legal apurada, em todos os seus elementos constitutivos, sem que se verifique qualquer prejuízo à defesa do sujeito passivo. Tratar-se-á, então, de mera

irregularidade formal, sanável pela correta capitulação. Neste sentido, recente julgado desta Turma, conforme trecho de ementa a seguir:

**NULIDADE. IRREGULARIDADE NA CAPITULAÇÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA OU AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO.**

Rejeita-se as alegações de nulidade relativas à irregularidade na capitulação legal, quando se constata que a autoridade fiscal descreveu os fatos apurados de forma que a empresa e todos os intervenientes no processo puderam ter nítida compreensão das infrações autuadas. Inexistência de prejuízo à defesa ou ao exercício do contraditório. (Acórdão n.º 1302-005.725, de 14 de setembro de 2021, Relatora Conselheira Andréia Lúcia Machado Mourão)

Alinho-me integralmente a essa compreensão, a qual reiteradamente é manifesta em diversos julgados deste Conselho. A título ilustrativo, adiciono a ementa do Acórdão n.º 9303-010.501, proferido por unanimidade de votos pelos componentes da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais em sessão de julgamento realizada em 14 de julho de 2020, relatoria do Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal (grifos nossos):

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Data do fato gerador: 15/08/2008

**LANÇAMENTO FISCAL. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.**

É nulo o lançamento fiscal, quando efetuado com evidente cerceamento ao direito de defesa. **O simples erro na capitulação legal do lançamento, por si só, não é suficiente pra declarar a sua nulidade.**

Trago outros julgados, que por unanimidade os correspondentes colegiados decidiram como aqui também se posiciona o Ilustre Relator:

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Ano-calendário: 2004

**CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA DO CITADO VÍCIO. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA.**

Tendo sido o Auto de Infração lavrado segundo os requisitos estipulados no art. 10 do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972, e não incorrendo em nenhuma das causas de nulidade dispostas no art. 59 do mesmo diploma legal, encontra-se válido e eficaz.

O auto de infração deverá conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos. Somente a ausência total dessas formalidades é que implicará na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa.

Ademais, se a Pessoa Jurídica revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa. (Acórdão 3201-005.029, da 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento, sessão de 26 de fevereiro de 2019, relatoria do Conselheiro Leonardo Vinicius Toledo de Andrade)

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL — DESCRIÇÃO DOS FATOS E CAPITULAÇÃO LEGAL — IMPRECISÃO — CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA — NULIDADE:** Tendo a peça impositiva procedido à perfeita descrição dos

fatos, possibilita ao contribuinte seu amplo direito de defesa, ainda mais que ele foi exercido em sua plenitude. A capitulação legal, cuja precisão foi prejudicada pela generalidade, tendo apresentado perfeito enquadramento do tipo fiscal, é suficiente para validar o lançamento. (Acórdão CSRF/01-04.778, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, sessão de julgamento realizada em 1º de dezembro de 2003, relatoria do Conselheiro José Carlos Passuelo)

Ainda que o termo “rendimentos” do art. 8º da Lei nº 9.779, de 1999 (enquadramento legal da autuação), possa abarcar as mais variadas conotações, uma primeira averiguação deve ser feita quanto à base de cálculo adotada pelo Autuante.

Verifica-se que a Autoridade levou à exação os ganhos líquidos demonstrados pela própria recorrente, como se observa no correspondente excerto do Termo de Verificação Fiscal (grifos nossos):

#### VI. DAS INFRAÇÕES IDENTIFICADAS E DO DEVIDO TRATAMENTO

188. Entre 1º/01/2014 e 30/11/2014, período em que o BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A. funcionou como REPRESENTANTE TRIBUTÁRIO de HELONA e de HOOKIPA, foram realizadas, em nome destas, centenas de operações no mercado brasileiro de ações. Tais operações estão registradas nos Extratos das Contas 2689 que, como CUSTODIANTE, também em seus nomes a fiscalizada manteve nesse período (doc. 501B). Da forma detalhada nos parágrafos 66 a 68, acima, **o ganho auferido em cada uma dessas operações foi demonstrado em planilha eletrônica apresentada pela fiscalizada (doc. 502RA).**

Assim, divirjo de pronto do argumento do Ilustre Relator, no que diz respeito ao erro de adoção de **base de cálculo** pelo Autuante. Eventuais alegações de inexata mensuração poderiam ser discutidas em sessão de julgamento no que tange ao mérito do recurso, prejudicado pelo acatamento da preliminar.

No que toca à **alíquota** adotada, nada há a discutir, posto que o dispositivo legal que fundamentou a autuação informa o mesmo percentual do estabelecido pelo art. 47 da Lei nº 10833, de 2003. Logo, vício algum a esse título há no lançamento de ofício.

Por fim, repita-se, **a descrição dos fatos** pela Autoridade Fiscal **é rica em detalhes e fundamentada no extenso acervo probatório** carreado aos autos, inexistindo hipótese alguma de cerceamento de direito de defesa, plenamente exercido pelo sujeitos passivos.

Assim, concluindo, o art. 47 da Lei nº 10.833, de 2003, é a capitulação apropriada, sem que o equívoco do Autuante, plenamente escusável, em razão do que tudo do processo consta, resulte em nulidade do lançamento de ofício. Todo o resto, é o resto.

Essas são, portanto, em apertada síntese, as razões que me levam à **rejeição** da preliminar de nulidade.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Beltcher da Silva