



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10166.004777/2003-65
Recurso nº 138.809 Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-01.042 – 2ª Turma
Sessão de 21 de setembro de 2010
Matéria IRPF
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado JOSÉ CARVELO XAVIER JÚNIOR

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1998, 1999

IRPF - DECADÊNCIA.

O imposto de renda pessoa física é tributo sujeito ao regime do denominado lançamento por homologação, sendo que o prazo decadencial para a constituição de créditos tributários é de cinco anos contados do fato gerador, que, no caso de omissão de rendimentos recebidos de pessoas jurídicas, pelo trabalho sem vínculo empregatício ou por operações ilícitas, ocorre em 31 de dezembro de cada ano-calendário. Ultrapassado esse lapso temporal sem a expedição de lançamento de ofício, opera-se a decadência, a atividade exercida pelo contribuinte está tacitamente homologada e o crédito tributário extinto, nos termos do artigo 150, § 4º e do artigo 156, inciso V, ambos do CTN. Para o início da contagem do prazo decadencial relativamente aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a existência ou não de pagamento antecipado é irrelevante. A regra do artigo 173, inciso I, do CTN, é aplicável, exclusivamente, quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Lançamento atingido pela decadência com relação ao ano-calendário 1997.

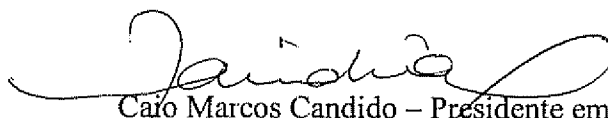
IRPF - OMISSÃO DE RENDIMENTOS DE ATIVIDADES ILÍCITAS APURADA COM A DESCARACTERIZAÇÃO DE TRANSAÇÃO DECLARADA PELO CONTRIBUINTE - NECESSIDADE DE PROVA - ÔNUS DA FISCALIZAÇÃO.

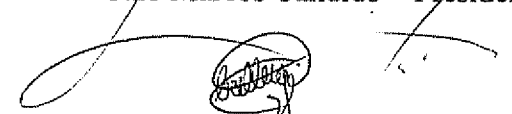
Cabe à autoridade lançadora comprovar os fatos que poderiam dar ensejo à descaracterização de negócios regularmente informados pelo contribuinte em sua declaração de ajuste anual, o que não ocorre no caso em apreço, com relação à pretensa manipulação de preços no mercado de capitais praticada pelo interessado, que deu origem à infração classificada como omissão de rendimentos recebidos de pessoas jurídicas em razão de atividades ilícitas.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso em relação à decadência. Vencido o Conselheiro Francisco Assis de Oliveira Junior que aplicava o art. 173, I. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Julio César Vieira Gomes, Damião Cordeiro de Moraes e Elias Sampaio Freire. Por unanimidade de votos, no mérito, em negar provimento ao recurso.


Caio Marcos Candido – Presidente em exercício


Gonçalo Bonet Allage - Relator

EDITADO EM: 28 OUT 2010

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Caio Marcos Candido (Presidente em exercício), Susy Gomes Hoffmann (Vice-Presidente), Giovanni Christian Nunes Campos, Gonçalo Bonet Allage, Julio César Vieira Gomes, Damião Cordeiro de Moraes, Gustavo Lian Haddad, Francisco de Assis Oliveira Junior, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Elias Sampaio Freire.

Relatório

Em face de José Carvelo Xavier Júnior foi lavrado o auto de infração de fls. 12-34 (Volume I), para a exigência de imposto de renda pessoa física, em razão da omissão de rendimentos do trabalho sem vínculo empregatício recebidos de pessoas jurídicas (no ano-calendário 1997) e da omissão de rendimentos recebidos de pessoas jurídicas por atividades ilícitas (nos anos-calendário 1997 e 1998), com multa de ofício qualificada para o patamar de 150%.

O trabalho desenvolvido pela autoridade lançadora encontra-se sintetizado no próprio auto de infração, de onde extraio as seguintes assertivas com relação às infrações apuradas (fls. 18 e 21):

Não resta dúvida. Os rendimentos recebidos por JOSÉ CARVELO, tendo como fonte pagadora o MERCOBANK, referem-se a prestação de serviços de intermediação de negócios entre partes interessadas em vender e comprar títulos públicos. A única razão para que JOSÉ CARVELO fosse incluído nas cadeias de negociação dos BBC's e LTN's foi a de mascarar a verdadeira natureza dos rendimentos por ele recebidos, submetendo-os ilicitamente a tributação mais favorecida.

É que rendimentos decorrentes de prestação de serviços sujeitam-se à tributação na fonte, mas não à alíquota de 15%, como foi feito, mas à alíquota de 25%, na forma da Lei nº



9.250/95, art. 3º, caput e § único. Referido rendimento sujeita-se, também, ao ajuste na declaração de rendimentos, na forma dos art. 7º e 8º, I, da mesma Lei. Portanto, deveria o Fiscalizado tê-lo informado como RENDIMENTO RECEBIDO DE PESSOA JURÍDICA, submetendo-o à tributação à alíquota de 25%, conforme art. 11 da Lei 9.250/95. Em vez disso, lançou-o como rendimento sujeito à tributação exclusiva na fonte, com evidente intuito de fraudar o Fisco.

(...)

Os ganhos auferidos pelo Fiscalizado em tais operações foram informados como RENDIMENTOS SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA em suas declarações de rendimentos de 1998 (ano-calendário 1997) e 1999 (ano-calendário 1998), respectivamente. Aparentemente, tudo certo, exceto pela não tributação da operação realizada em MAI/98. Mas é só aparência.

Trata-se, em verdade, de montagem de operações de compra e venda de ações, com ganhos e perdas previamente ajustados, de modo a garantir lucros fabulosos aos partícipes, entre os quais JOSÉ CARVELO, em detrimento do patrimônio de terceiros. A isso dá-se o nome de MANIPULAÇÃO DE PREÇOS NO MERCADO DE CAPITAIS. E foi o que ocorreu, como se verá a seguir. Rendimentos assim obtidos, ilícitos como as próprias operações, estão sujeitos à tributação na declaração de rendimentos. Não são rendimentos sujeitos à tributação exclusiva, como foi feito, na tentativa de esconder intencionalmente do Fisco sua verdadeira natureza, com vistas à redução de tributos, como também será demonstrado.

Figura no pólo passivo da exigência, também, a contribuinte Rosângela Maria de Macedo Rodrigues Xavier, nos termos do artigo 121, inciso I, do Código Tributário Nacional, citado pela autoridade fiscal.

A ciência do lançamento ocorreu em 30/04/2003, nos termos do comprovante de fls. 731-v (Volume III).

A 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília (DF) considerou o lançamento procedente em parte, para excluir os valores comprovadamente recolhidos pelo autuado, interpondo recurso de ofício (fls. 838-853, Volume IV).

Por sua vez, a Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, apreciando o recurso voluntário interposto pelo contribuinte e o recurso de ofício, proferiu o acórdão nº 102-47.521, que se encontra às fls. 932-961 (Volume IV), cuja ementa é a seguinte:

VALORES RECOLHIDOS PELO CONTRIBUINTE ANTERIORMENTE À AÇÃO FISCAL - EXCLUSÃO DO LANÇAMENTO - Devem ser excluídos do lançamento os valores do imposto comprovadamente recolhidos pelo Contribuinte anteriormente à ação fiscal, ainda que este tenha utilizado regime de apuração e tributação questionado pela Fiscalização.



QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBANTES DA FRAUDE, DOLO ou SIMULAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - Deve ser afastada a qualificação da multa quando ausentes os elementos de prova inequívoca de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, que não podem ser conjecturados.

DECADÊNCIA - INEXISTÊNCIA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - Inexistindo dolo, fraude ou simulação, o prazo decadencial, no caso do IRPF, deve ser apurado conforme as regras estabelecidas no artigo 150, parágrafo 4º, do CTN. Somente quando há dolo, fraude ou simulação, a hipótese é a do artigo 173, I, do mesmo diploma legal.

DESCARACTERIZAÇÃO DE TRANSAÇÃO DECLARADA PELO CONTRIBUINTE - NECESSIDADE DE PROVA - Para que sejam tidas como ilícitas as transações regularmente declaradas pelo Contribuinte, a Fiscalização deve comprovar os fatos que alega como motivo para a respectiva descaracterização.

Recurso de ofício negado

Preliminar acolhida.

Recurso voluntário provido.

Tal decisão, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso de ofício e, por maioria de votos, acolheu a preliminar de decadência com relação ao ano-calendário 1997, vencidos os Conselheiros Naurý Frágoso Tanaka e Antonio José Praga de Souza e, no mérito, também por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo, vencido o Conselheiro Naurý Frágoso Tanaka, que negou provimento.

Em face deste julgado, a então Presidente da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes opôs embargos de declaração às fls. 963-967, em razão de contradição entre a decisão e seus fundamentos.

Levado o caso novamente a julgamento, foi proferido o acórdão nº 102-47.778 (fls. 974-978, Volume IV), cuja ementa passo a transcrever:

EMBARGO REGIMENTAL - OMISSÃO/CONTRADIÇÃO — ACOLHIMENTO — Acolhe-se os embargos para o devido saneamento quando presente omissão/Contradição entre a decisão prolatada e os fundamentos constantes no Voto.

Embargos acolhidos.

Os embargos restaram acolhidos para rerratificar o acórdão nº 102-47521, de 16 de abril de 2006, suprimindo a omissão no julgado, nos seguintes termos: "Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício. Por unanimidade de votos, DESQUALIFICAR a multa e, por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de decadência em relação ao ano-calendário de 1997. Vencidos os Conselheiros Naurý Frágoso Tanaka, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Antonio José Praga de Souza que não a acolhem.



No mérito, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro Naury Fragoso Tanaka que nega provimento ao Recurso”.

Intimada do acórdão em 27/06/2007 (fls. 979, Volume IV), a Fazenda Nacional interpôs, com fundamento no artigo 7º, incisos I e II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria nº 147/2007, recurso especial às fls. 984-1.018, acompanhado dos documentos de fls. 1.019-1.034 (Volume V), cujas razões podem ser assim sintetizadas:

- a) A decisão recorrida merece reforma, visto ter dado à norma tributária interpretação divergente da concedida por outras Câmaras dos Conselhos de Contribuintes, bem como pelo fato de ser contrária à lei (artigo 44, II da Lei nº 9.430, de 1996 e artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional) e à prova constante dos autos;
- b) No caso dos autos, foi aduzida e devidamente comprovada pela fiscalização a prática de condutas ilícitas pelo contribuinte em operações “*day trade*” simuladas, sendo que a decisão recorrida resolveu desqualificar a multa de ofício;
- c) Nesse sentido, divergiu dos acórdãos CSRF/01-04.502 e CSRF/01-04.503;
- d) Deve ser restabelecida a multa de ofício qualificada;
- e) O acórdão ora recorrido, entendendo não ter restado caracterizada a ocorrência de fraude e concluindo pela desqualificação da multa, acabou por acolher, por maioria, a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 1997, pela aplicação do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional;
- f) Ocorre que, uma vez indiscutivelmente patenteado o cabimento da multa qualificada em decorrência de fraude, conforme evidenciado no item acima, torna-se forçoso o afastamento da decadência, tendo em vista a aplicação do art. 173, I, do Código Tributário Nacional;
- g) Com efeito, o próprio art. 150 do CTN ressalva, em seu § 4º, que o prazo de 5 (cinco) anos, a contar do fato gerador, não se aplica em casos de dolo, fraude ou simulação, sendo incidente, em hipóteses tais, como a versada nos presentes autos, o art. 173, inciso I, do mesmo diploma legal;
- h) Aplicando-se a regra do art. 173, inciso I, uma vez caracterizada a fraude e considerando-se o ano-calendário de 1997, o prazo decadencial inicia-se em 1º de janeiro de 1999, findando-se em 31 de dezembro de 2003 (31/12/2003). Como, na hipótese em tela, a intimação do sujeito passivo acerca do auto de infração deu-se em 30/04/2003 (conforme “AR” à fl. 11-v), afasta-se, por completo, a possibilidade de decadência, devendo, por tal motivo, ser reformado o acórdão *a quo*;
- i) Quanto ao mérito, o acórdão recorrido, por maioria, deu provimento ao recurso para extinguir o crédito tributário apurado por meio do item 2 do

auto de infração, a saber: “OMISSÃO DE RENDIMENTOS DE ATIVIDADES ILÍCITAS”. Tal julgamento, no entanto, não pode se consolidar, visto que contrariou as provas constantes dos autos;

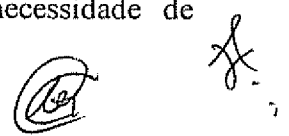
- j) Conforme apurado no transcorrer do procedimento administrativo fiscal, e a partir de toda a robusta prova carreada aos autos, restou clara a atividade ilícita do contribuinte no sentido de omitir rendimentos tributáveis na declaração, recebidos em decorrência de participação em operações fraudulentas no mercado de capitais, em associação com instituições financeiras e outras pessoas físicas, tributados indevidamente como rendimentos líquidos de renda variável em bolsa;
- k) Diversamente do que afirmado pelo contribuinte em seu recurso e acatado pelo acórdão ora recorrido, a fiscalização não chegou às suas conclusões apenas pela análise do procedimento administrativo no âmbito da CVM, examinando, ao contrário, todas as provas a que teve acesso, inclusive aquelas fornecidas pelo próprio contribuinte. Ressalte-se, ademais, que o contribuinte, em momento algum, contestou a veracidade das provas colacionadas ao álbum processual, pelo que se torna forçosa a conclusão pela sua prestabilidade como elementos de convicção hábeis à manutenção do auto de infração, conforme a decisão de primeira instância;
- l) Por tais motivos, delineada a contrariedade do acórdão recorrido às provas constantes dos autos, mister sua reforma, com a consequente manutenção do auto de infração.

Através do Despacho nº 102-0.532/2007 (fls. 1.041-1.055, Volume V), o recurso restou admitido apenas com base no inciso I do RICSRF, cujas matérias envolvem a decadência e o mérito da omissão de rendimentos recebidos em razão de atividades ilícitas, ou seja, não foi dado seguimento com relação à multa qualificada.

Cientificada (fls. 1.055), a Fazenda Nacional deixou de se insurgir.

Intimado, o contribuinte, devidamente representado, apresentou contra-razões às fls. 1.059-1.069 (Volume V), onde defendeu, fundamentalmente, a necessidade de manutenção do acórdão recorrido.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro Gonçalo Bonet Allage, Relator

O Recurso Especial da Fazenda Nacional cumpre os pressupostos de admissibilidade e deve ser conhecido, exceto com relação à multa qualificada, conforme detalhada análise feita no despacho de fls. 1.041-1.055.

Reitero que o acórdão proferido pela Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso de ofício e desqualificou a multa de ofício e, por maioria de votos, acolheu a preliminar de decadência referente ao ano-calendário 1997. No mérito, também por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário, para cancelar a exigência relativa à omissão de rendimentos recebidos em razão de atividades ilícitas.

A recorrente argumentou que: a) deve ser restabelecida a multa qualificada de 150%; b) por força da fraude, aplica-se ao caso a regra do artigo 173, inciso I, do CTN e a decadência não atingiu o crédito tributário do ano-calendário 1997; c) a prova carreada aos autos indica que o contribuinte omitiu rendimentos tributáveis na declaração, recebidos em decorrência de participação em operações fraudulentas no mercado de capitais, em associação com instituições financeiras e outras pessoas físicas, tributados indevidamente como rendimentos líquidos de renda variável em bolsa.

Início a análise do recurso pela questão da decadência.

A decadência

Como regra geral, o fato gerador do imposto de renda pessoa física é complexo e tem seu marco temporal no dia 31 de dezembro de cada ano-calendário, contando-se, a partir dessa data, o prazo decadencial para a constituição de créditos tributários.

Tal raciocínio aplica-se ao caso em comento, haja vista que os rendimentos omitidos ou presumidamente omitidos pelo contribuinte, quando submetidos a lançamento de ofício, embora apurados mês a mês, conforme previsão do artigo 2º da Lei nº 7.713/88, sujeitam-se à tributação apenas na declaração de ajuste anual. Inteligência dos artigos 9º e seguintes da Lei nº 8.134/1990, especialmente do artigo 10, inciso I, do referido texto normativo.

Os valores recolhidos e/ou devidos a título de antecipação, com suas respectivas bases de cálculo, devem compor as informações prestadas através da declaração de ajuste anual, aí sim se apurando o total de imposto devido no ano-calendário.

Assim, para a hipótese em análise, com relação às infrações do ano-calendário 1997, o tributo lançado tem como fato gerador o dia 31/12/1997.

Segundo a legislação e de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte Administrativa, o imposto de renda pessoa física é tributo sujeito ao regime do chamado



lançamento por homologação, já que cabe aos contribuintes a apuração da base de cálculo do imposto e o recolhimento do montante devido, submetendo, posteriormente, esse procedimento à autoridade administrativa, que deverá, homologar ou não, expressa ou tacitamente, a atividade exercida pelo obrigado.

A homologação expressa, para os tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, deve se dar no prazo de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

Ultrapassado esse prazo, sem ter sido lavrado lançamento de ofício pela autoridade administrativa, considera-se homologada tacitamente a atividade exercida pelo contribuinte e extinto o crédito tributário, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN, que prevê:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

O decurso do prazo de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, implica na homologação tácita da atividade exercida pelo contribuinte e, em razão do instituto da decadência, previsto no artigo 156, inciso V, do CTN, extingue o crédito tributário.

Considerando que o fato gerador do imposto de renda pessoa física, com relação às infrações do ano-calendário 1997, ocorreu em 31/12/1997 e diante do fato de que o sujeito passivo da obrigação tributária tomou ciência do auto de infração em 30/04/2003 (fls. 731-v, Volume III), concluo que a decadência impede a manutenção desta parte do lançamento.

Na visão deste julgador, como a penalidade foi desqualificada pelo acórdão recorrido, que a reduziu de 150% para 75%, não se está diante de dolo, fraude ou simulação e não há, portanto, fundamento legal que justifique a contagem do prazo decadencial da forma prevista no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Sob minha ótica, para o início da contagem do prazo decadencial relativamente aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a existência ou não de pagamento antecipado é irrelevante.

Devo destacar, aliás, que este aspecto sequer foi enfrentado pela Fazenda Nacional, que defendeu a aplicação da regra do artigo 173, inciso I, do CTN, apenas em razão da fraude.

Segundo penso, a decisão recorrida merece ser confirmada no aspecto relativo à decadência.



A omissão de rendimentos recebidos em razão de atividades ilícitas

Conforme destacado no relatório, a autoridade lançadora fundamentou esta infração da seguinte forma (fls. 18 e 21):

Não resta dúvida. Os rendimentos recebidos por JOSÉ CARVELO, tendo como fonte pagadora o MERCOBANK, referem-se a prestação de serviços de intermediação de negócios entre partes interessadas em vender e comprar títulos públicos. A única razão para que JOSÉ CARVELO fosse incluído nas cadeias de negociação dos BBC's e LTN's foi a de mascarar a verdadeira natureza dos rendimentos por ele recebidos, submetendo-os ilicitamente a tributação mais favorecida.

É que rendimentos decorrentes de prestação de serviços sujeitam-se à tributação na fonte, mas não à alíquota de 15%, como foi feito, mas à alíquota de 25%, na forma da Lei nº 9.250/95, art. 3º, caput e § único. Referido rendimento sujeita-se, também, ao ajuste na declaração de rendimentos, na forma dos art. 7º e 8º, I, da mesma Lei. Portanto, deveria o Fiscalizado tê-lo informado como RENDIMENTO RECEBIDO DE PESSOA JURÍDICA, submetendo-o à tributação à alíquota de 25%, conforme art. 11 da Lei 9.250/95. Em vez disso, lançou-o como rendimento sujeito à tributação exclusiva na fonte, com evidente intuito de fraudar o Fisco.

(...)

Os ganhos auferidos pelo Fiscalizado em tais operações foram informados como RENDIMENTOS SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA em suas declarações de rendimentos de 1998 (ano-calendário 1997) e 1999 (ano-calendário 1998), respectivamente. Aparentemente, tudo certo, exceto pela não tributação da operação realizada em MAI/98. Mas é só aparência.

Trata-se, em verdade, de montagem de operações de compra e venda de ações, com ganhos e perdas previamente ajustados, de modo a garantir lucros fabulosos aos partícipes, entre os quais JOSÉ CARVELO, em detrimento do patrimônio de terceiros. A isso dá-se o nome de MANIPULAÇÃO DE PREÇOS NO MERCADO DE CAPITAIS. E foi o que ocorreu, como se verá a seguir. Rendimentos assim obtidos, ilícitos como as próprias operações, estão sujeitos à tributação na declaração de rendimentos. Não são rendimentos sujeitos à tributação exclusiva, como foi feito, na tentativa de esconder intencionalmente do Fisco sua verdadeira natureza, com vistas à redução de tributos, como também será demonstrado.

Sob minha ótica, a conclusão da autoridade fiscal, bem como a pretensão da Fazenda Nacional de restabelecer a exigência, não merecem prosperar.

Para posicionar-se pela improcedência desta parcela do lançamento, o Relator do acórdão recorrido, Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, assim asseverou (fls. 958-961, Volume IV):



Como já exposto, o lançamento foi realizado em razão de "OMISSÃO DE RENDIMENTOS DE ATIVIDADES ILÍCITAS", caracterizada por omissão de rendimentos tributáveis na Declaração, recebidos em decorrência de participação do Recorrente em operações no mercado de capitais, consideradas fraudulentas, tributados como rendimentos líquidos de renda variável em bolsa.

No processo da CVM, à época da autuação, consta o Termo de Acusação, mas que não é conclusivo e, portanto, não pode ser considerado uma prova de fraude nas respectivas operações. O Recorrente, à época do lançamento, sequer teria sido intimado a se defender das supostas alegações do referido Termo de Acusação. Somente com sua conclusão é que ditos processos poderiam ser determinantes sobre a aplicação, ou não, do Parecer Normativo CST nº 28/85.

Ressalte-se que os depoimentos colhidos nas investigações do BACEN e da CVM no RJ/2002/06738 podem ser analisadas por este Conselho, em busca da verdade material relacionada aos fatos analisados. Contudo, estas ainda não são conclusivas.

Observe-se que as formalidades das operações praticadas demonstram sua regularidade, pois nem o fisco nem mesmo a CVM dizem (e provam) terem sido os documentos falsificados ou adulterados. O único fato alegado é que o contribuinte não teve seu nome lançado nos respectivos Livros de Registro de Ações Nominativas durante o período em que manteve sua posição de acionista. Tal fato, contudo, não seria necessário, já que, em se tratando de ações negociadas por corretora, em mercado de balcão secundário, se tratariam de ações escriturais, mantidas em custódia perante a própria corretora (a titularidade das mesmas seria comprovada mediante extratos da própria corretora).

O Sr. José Geraldo Sanábio, diretor do Mercobank, em depoimento prestado à CVM (conforme documentos de fls 596/599), afirmou que "relativamente à venda direta intermediada pelo Mercobank de 500.020 ações ON da ENERGIPE para a Fundação Ceres, em 27/11/97, no mercado de balcão não organizado, foi trazida já montada pelo Sr. José Carvelo Xavier Júnior;...". No que tange às operações com ações COSERN, afirmou que: "a exemplo da operação com ações ENERGIPE ON, a operação direta de venda intermediada pela Mercobank, de 1.162.839 ações ON da COSERN, realizada em 15/05/98, no mercado de balcão não organizado, foi trazida montada pelo Sr. José Carvelo Xavier Júnior".

Este fato, não desmentido pelo Contribuinte, indica que foi o Contribuinte quem levou a operação ao MERCOBANK, para ser por ela intermediada. Ocorre que tal fato, por si só, não é bastante para se considerar como fraudulenta a respectiva operação de compra e venda das ações. Como também não são.

a) a declaração, do mesmo diretor do MERCOBANK, de que "depois da operação fechada com a Fundação, é que o Sr.



Carvelo pediu que incluísse o Sr. Gadelha na operação; não sabendo explicar qual o motivo...

Como indicado pela DRJ, o Sr. Gadelha foi, depois do contribuinte, quem mais se beneficiou das transações com as ações da COSERN. Ocorre que o contribuinte, em depoimento à CVM (fls.606), afirma não conhecer o Sr. Leandro Porto Gadelha;

b) o Sr. Carlos Henrique Novaes de Brito e Silva, também diretor do Mercobank à época dos fatos, em depoimento à CVM (fls. 603/604), afirma desconhecer quaisquer detalhes das liquidações físicas e financeiras desses negócios, entretanto, identifica-se nos autos vários documentos assinados por ele tratando de detalhes dessas operações (fls 371, 376, 377/378).

São fatos que, entendo, não são bastantes para se considerar como fraudulenta a respectiva operação de compra e venda das ações.

Ainda, eventual perda da Fundação CERES não pode ser atribuída ao Recorrente sem a comprovação da respectiva fraude. E esta perda, da CERES, que não terá natureza tributária, poderá, ou não, descaracterizar a compra e venda realizada, a depender dos elementos conclusivos. A venda pode ser considerada como válida, em que pese prejudicial à CERES, e, neste caso, haveria de ser mantida a tributação apurada pelo contribuinte.

O motivo da operação ser tida como fraudulenta não é de natureza tributária, mas de ganhos ilícitos em relação ao patrimônio de terceiro (vendedor das ações).

Entendo, assim, que deve ser extinto o lançamento em relação à OMISSÃO DE RENDIMENTOS DE ATIVIDADES ILÍCITAS, indicada no item 2 do Auto de Infração.

(...)

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário, para:

(...)

(c) extinguir o crédito tributário apurado por meio do item 2 – “OMISSÃO DE RENDIMENTOS DE ATIVIDADES ILÍCITAS” do Auto de Infração, considerando que o lançamento não pode, por ausência de elementos de prova, descaracterizar as operações de compra e venda de ações realizadas, devendo ser mantida a forma de tributação apurada e declarada pelo Contribuinte, que tributou seus ganhos como rendimentos líquidos de renda variável em bolsa;

Estou inteiramente de acordo com o posicionamento adotado pelo acórdão recorrido e adoto as ponderações do Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho



como razões de decidir, pois, segundo penso, inexistem elementos de prova que possam dar sustentação à omissão de rendimentos de atividades ilícitas apurada pela fiscalização.

Entendo que a decisão de segunda instância deve ser confirmada, também com relação a este item.

Voto, portanto, no sentido de negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional.



Gonçalo Bonet Allage

