



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10880.004754/98-10
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-005.454 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 11 de maio de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BANCOCIDADE CORRETORA DE VALORES MOBILIS E DE CAMBIO LTD

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 1993

OPERAÇÕES DE DAY TRADE.

Na ausência de disposição legal expressa que determine a segregação dos estoques iniciais, estes devem ser considerados para o fim de se determinar se as operações são ou não *day-trade*.

Em 1993 não havia norma que determinasse que os ativos já detidos deveriam ser segregados e mantidos em separado dos bens adquiridos no dia, para o fim de se determinar se a operação realizada pelo investidor é ou não *day trade*. Na ausência de tal norma, pela própria natureza dos ativos -- bens móveis fungíveis --, está correta a conduta do investidor de tratá-los conjuntamente, considerando como *day trade* apenas as operações representadas pela diferença entre o número de ativos vendidos no dia e o total de ativos por ele detidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Andréa Duek Simantob, que votaram por dar-lhe provimento. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob – Presidente em Exercício

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz

Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial por contrariedade à lei ou à evidência de prova interposto pela Fazenda Nacional em face do acórdão 108-09.824, de 4 de fevereiro de 2009 (fls. 471 e ss.), assim ementado e decidido:

Acórdão recorrido 108-09.824

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 1994

IRPJ - OPERAÇÕES DAY TRADE - Consideram-se operações day trade, as operações de compra e venda de uma mesma quantidade de ativo, realizada no mesmo dia, em que a quantidade negociada tenha sido liquidada, total ou parcialmente.

O resultado líquido mensal negativo apenas poderá ser compensado com os ganhos auferidos em operação de mesma natureza (day trade).

Até a vigência da IN nº 43/95, deve ser considerado na determinação das operações como day trade, a detenção pelo contribuinte de estoques ou posição anterior do ativo analisado.

IRPJ - PAGAMENTO - IMPUTAÇÃO - O pagamento feito após o respectivo termo de início de fiscalização deve ser imputado ao valor lançado, sendo impossível sua exclusão ao próprio ato de lançamento.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

ACORDAM os Membros da OITAVA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para cancelar a exigência fiscal relativa ao item dois do Termo de Verificação Fiscal, e item 2 do mercado futuro, vencido o Conselheiro Mário Sérgio Fernandes Barroso, que negava provimento, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

A Fazenda Nacional alega que a decisão não unânime seria contrária à lei na parte em que cancelou a exigência fiscal pertinente ao item 2 do Termo de Verificação Fiscal, denominado "Do mercado futuro". Baseia seu recurso no artigo 7º, inciso I, do antigo Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais (RICSRF), aprovado pela Portaria MF 147, Anexo II, de 25 de junho de 2007, vigente na data de interposição do recurso por força do art. 4º da Portaria MF 256/2009.

Referido item 2 do Termo de Verificação Fiscal assim consignou (fl. 505):

2. Do mercado futuro.

A separação entre as operações comuns e as operações day trade no mercado futuro está em desacordo com o art. 29 da Lei nº 8.541/92.

Em 28 de agosto de 2009, a Presidente da 2ª Câmara deu seguimento ao recurso especial, por meio do despacho de fls. 496-498, cujos trechos abaixo se reproduz:

(...)

O aspecto controverso da decisão recorrida diz respeito à obrigatoriedade ou não de ter que se considerar a detenção de estoque ou posição anterior do ativo negociado, para fins de classificação e tributação das operações de day-trade realizadas anteriormente à IN SRF nº 43/1995.

Esta Instrução Normativa apresenta critérios para a identificação das operações day-trade:

Art. 14. Para fins de apuração e pagamento do imposto mensal sobre os ganhos líquidos, as perdas incorridas nas operações de que tratam os arts. 10 a 13 poderão ser compensadas com os ganhos líquidos auferidos, no próprio mês ou nos meses subsequentes, em outras operações realizadas em qualquer das modalidades operacionais previstas naqueles artigos, ressalvado o disposto no § 10.

§ 1.º As perdas incorridas em operações "day-trade" somente poderão ser compensadas com os ganhos auferidos em operações da mesma espécie ("day-trade").

§ 2.º Para efeito do disposto no § 1.º deste artigo e no art 17, § 5.º, consideram-se "day-trade" as operações iniciadas e encerradas no mesmo dia, independentemente da detenção pelo investidor de estoque ou posição anterior do ativo objeto da operação. (grifei)

Segundo o entendimento adotado na decisão recorrida, apenas com a IN SRF nº 43/95 é que foi determinado que a classificação das operações de day-trade independe da detenção de estoque pelo investidor.

Assim, no período a que se referem os lançamentos (junho, julho e dezembro de 1993), não era vedado que o contribuinte considerasse estoque existente de um ativo para classificar a operação como normal, ao invés de day-trade. Desta forma, deveria a fiscalização ter considerado a existência de estoque do ativo objeto das operações, para a correta classificação e apuração dos valores a serem tributados.

Contrapondo-se a esse entendimento, a Fazenda Nacional inicialmente afirma que a decisão recorrida afronta o art. 29 da Lei 8.541/92 e o art. 28 da Lei 8.383/91, porque tais dispositivos não determinavam a exclusão de qualquer "detenção de estoque" ou "posição anterior do ativo", mas apenas definiam o ganho líquido como sendo a base de cálculo do IRPJ.

Ainda segundo a PFN, não há elemento diferenciador constante da base de cálculo do IRPJ na espécie, estabelecendo que a detenção de estoque ou a posição anterior do ativo objeto da operação fossem considerados para fins da exação. Além disso, não haveria qualquer brecha nas Leis 8.541/92 e 8.383/91 atribuindo à norma infra-legal a definição do que deveria ou não ser considerado para a determinação do ganho líquido.

Nesse mesma linha de raciocínio, a PFN argumenta que as Instruções Normativas da SRF seriam instrumentos relevantes para complementar a legislação tributária, o que não significa transferir a competência tributária no que tange à determinação da base de cálculo do IRPJ nas operações junto à bolsa de valores.

- Deste modo, quando a IN SRF n.º 43/95 ressaltou que a tributação ocorre "independentemente da detenção pelo investidor de estoque ou posição anterior do ativo objeto da operação", isso significa que ela apenas esclareceu o que as Leis 8.541/92 e 8.383/91 já previam, ou seja, que as operações de day-trade são tributadas pelo ganho líquido apurado pelas próprias Leis 8.541/92 e 8.383/91. Isto porque a referida IN não poderia extrapolar os comandos os quais pretende regulamentar, sob pena de violar o poder regulamentar da Administração Tributária.

Assim, na medida em que a decisão recorrida transferiu para a norma infralegal a definição da base de cálculo do IRPJ, teria violado ainda o art. 97, IV, do CTN, que estabelece o princípio da legalidade tributária.

Para a análise dos pressupostos de admissibilidade do presente recurso especial, considero oportuno fazer menção ao Parecer Normativo CST n.º 28, de 29/12/1983, que, aliás, constou da própria decisão recorrida:

Quando um investidor se compromete a vender ou a comprar determinado lote de ações de uma companhia ou de direitos a elas referentes e, no pregão do mesmo dia, adquire ou vende idêntica quantidade da mesma espécie de ação, o negócio é denominado, no jargão comercial, day trade.

Vê-se que desde a orientação dada por esse antigo Parecer CST, o critério ara a identificação das operações day-trade já tinha como irrelevante a existência de estoque do ativo negociado. Isto porque o parecer fazia referência à negociação "da mesma espécie de ação", e não "das mesmas ações".

Assim, ainda que houvesse estoque anterior da mesma espécie de ações que estavam sendo negociadas (compradas e vendidas) no mesmo dia, isso já não era relevante para a correta identificação ou classificação das operações como sendo operações day-trade.

Esse critério foi também adotado pela IN SRF n.º 43/95, norma essa que, por outro lado, realmente não poderia ter promovido inovações ou extrapolado as regras de tributação que já vinham desde as Leis 8.383/1991 e 8.541/1992.

Deste modo, entendo estar demonstrada a contrariedade à lei, para fins de configuração dos requisitos de admissibilidade do recurso especial.

Diante do exposto, e no uso da competência estabelecida pelo § 10 do art. 68 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais — CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 256, de 22 de junho de 2009, c/c art. 40 desse mesmo regimento DOU SEGUIMENTO ao presente recurso especial.

(...)

Contra esse acórdão o sujeito passivo apresentou embargos de declaração, os quais foram rejeitados em caráter definitivo por meio do despacho de fls. 1790-1793.

O sujeito passivo então apresentou então recurso especial, o qual acabou igualmente inadmitido, conforme despacho de fls. 2056-2066, de 24 de novembro de 2017. Dias antes, em 17 de novembro de 2017, o sujeito passivo havia apresentado petição de desistência parcial do recurso, com relação aos débitos constantes da infração 1 do auto de infração, por adesão ao Programa Especial de Regularização Tributária (PERT).

O sujeito passivo também apresentou contrarrazões ao recurso especial da Fazenda Nacional (fls. 545 e ss), em que questiona a admissibilidade do recurso, sob alegação de que “a Recorrente não demonstrou de forma clara e fundamentada, como determina o artigo 15, § 1º, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que o acórdão recorrido teria contrariado lei”. Questiona também o mérito do apelo.

É o relatório.

Voto

Conselheira Livia De Carli Germano, Relatora.

Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF, nos termos do art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015 (RICARF/2015).

O atual Regimento substitui aquele vigente à época da interposição do recurso especial em questão, fazendo expressa referência ao seu processamento dentre as “disposições transitórias”:

Art. 3º Os recursos com base no inciso I do caput do art. 7º, no art. 8º e no art. 9º do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, interpostos contra os acórdãos proferidos nas sessões de julgamento ocorridas em data anterior à vigência do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, serão processados de acordo com o rito previsto nos arts. 15 e 16, no art. 18 e nos arts. 43 e 44 daquele Regimento.

A Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial com fulcro no artigo 7º, inciso I, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais (RICSRF), aprovado pela Portaria MF nº 147, anexo II, de 25 de junho de 2007.

Sobre essa modalidade recursal, o Manual de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial (Versão 3.1 - Dezembro de 2018) assim esclarece (fls. 76-77):

3 EXAME DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL POR CONTRARIEDADE À LEI OU À EVIDÊNCIA DE PROVA

O Recurso Especial por Contrariedade à Lei ou à Evidência de Prova é uma modalidade residual de recurso, vigente no antigo Regimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais e garantida, por meio de regra de transição, aos acórdãos proferidos antes da vigência do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº

256, de 2009. Trata-se de apelo reservado à Fazenda Nacional e a regra de transição constava do art. 4º, da citada Portaria:

Art. 4º Os recursos com base no inciso I do art. 7º, no art. 8º e no art. 9º do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, interpostos contra os acórdãos proferidos nas sessões de julgamento ocorridas em data anterior à vigência do Anexo II desta Portaria, serão processados de acordo com o rito previsto nos arts. 15 e 16, no art. 18 e nos arts. 43 e 44 daquele Regimento.

Esta regra de transição foi garantida pela Portaria MF nº 343, de 2015, que assim estabelece:

Art. 3º Os recursos com base no inciso I do caput do art. 7º, no art. 8º e no art. 9º do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, interpostos contra os acórdãos proferidos nas sessões de julgamento ocorridas em data anterior à vigência do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, serão processados de acordo com o rito previsto nos arts. 15 e 16, no art. 18 e nos arts. 43 e 44 daquele Regimento.

E o inciso I, do art. 7º, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 2007, assim dispunha:

Art. 7º Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais, por suas Turmas, julgar recurso especial interposto contra:

I - decisão não unânime de Câmara, **quando for contrária à lei ou à evidência da prova;**

[...]

§ 1º No caso do inciso I, **o recurso é privativo do Procurador da Fazenda Nacional;** no caso do inciso II, sua interposição é facultada também ao sujeito passivo. (grifei)

Assim, trata-se de recurso de cognição ampla, cujos pressupostos processuais são:

- a) decisão não unânime; e
- b) simples alegação de contrariedade à lei ou à evidência de prova.

No caso desta modalidade recursal, em função da própria redação do inciso I do art. 7º do Regimento Interno da CSRF, de 2007, destacado no dispositivo citado, a admissibilidade tende a confundir-se com o mérito, já que o permissivo regimental dispunha que competia à CSRF julgar decisão não unânime, quando fosse contrária à lei ou à evidência da prova.

Nesse passo, alguns entendiam que caberia ao examinador da admissibilidade passar em revista a decisão, a ver se efetivamente ela teria contrariado a lei ou a prova, o que constituía claramente uma usurpação da competência da CSRF.

Tal problemática é a mesma do permissivo referente ao Recurso Extraordinário, contido na alínea "a", do inciso III, do art. 102, da Constituição Federal, e do permissivo da alínea "a", do inciso III, do art. 105, da Carta Magna, desta feita em relação ao Recurso Especial, cuja competência para julgamento é do Superior Tribunal de Justiça.

A questão restou resolvida, por meio do Recurso Extraordinário nº 298.694 (DJ de 23/04/2004)², com a seguinte ementa:

II. Recurso extraordinário: letra 'a': alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, 'a', se for para dar-lhe provimento: **distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, 'a' - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito**, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário.

Assim, há que se fazer a distinção entre o juízo de admissibilidade (alegação de contrariedade por parte da Fazenda Nacional, não sujeita a verificação prévia pelo examinador do Recurso Especial) e o juízo de mérito (verificação, pela CSRF, acerca de eventual contrariedade à lei ou à evidência da prova).

Este passou a ser o entendimento referendado pelo STF a partir de 2004, que já vinha sendo adotado pelos Conselhos de Contribuintes.

Ressalta-se que essa modalidade de recurso especial tem apenas dois pressupostos processuais objetivos, quais sejam: a) decisão não unânime; e b) simples alegação de contrariedade à lei ou à evidência de prova.

É fato que a decisão não foi unânime. Quanto à “simples alegação de contrariedade à lei”, esta consta do recurso especial da Fazenda Nacional, nos seguintes termos:

(...)

Entendemos que a decisão a quo afronta o art. 29 da Lei 8541/92 e o art. 28 da Lei 8383/91, isto porque, no momento em que foram realizadas as operações de day trade, tais dispositivos não excluíam qualquer detenção de "estoque" ou "posição anterior do ativo", razão_pela_ qual todas as operações de day trade sofriam a incidência do IRPJ, vale dizer, não podendo sofrer limitação por norma infralegal (IN SRF 43/95) e de forma retroativa.

Nesse diapasão, o acórdão também violou o princípio da legalidade tributária (art. 97, IV do CTN), eis que não havia qualquer restrição quanto à base de cálculo para o IRPJ incidir.

(...)

Assim, sem razão o sujeito passivo quando argumenta em suas contrarrazões que a recorrente não teria demonstrado no que o acórdão recorrido contraria a lei. Se há ou não tal contrariedade, por outro lado, é questão que deve ser analisada no trecho de mérito deste voto.

Neste sentido, conheço do recurso especial.

Mérito

O mérito do presente recurso especial discute o conceito de operações de *day trade* para o ano-calendário de 1993 -- especificamente, junho, julho e dezembro de 1993.

A questão que se coloca é se, para fins tributários, ao se classificar uma operação como sendo ou não *day trade*, deve-se ou não levar em consideração o estoque do ativo já presente no patrimônio da investidora.

As operações de *day trade* costumam ser definidas como aquelas “iniciadas e encerradas no mesmo dia” (Resolução CMN (BACEN) 1.562/1988, Instrução Normativa SRF 24/1989. De fato, já em 1983 o Parecer Normativo CST 28/1983 assim dispunha:

Quando um investidor se compromete a vender ou a comprar determinado lote de ações de uma companhia ou de direitos a elas referentes e, no pregão do mesmo dia, adquire ou vende idêntica quantidade da mesma espécie de ação, o negócio é denominado, no jargão comercial, *day trade*.

Com base em tal conceito, bem como no fato de, à época, não existia previsão legal expressa para a exclusão do estoque ou posição anterior do ativo objeto da operação, a Fazenda Nacional sustenta em seu recurso especial que o estoque ou posição anterior não devem ser levados em consideração para o fim de se determinar se a operação é ou não *day trade*.

O exemplo trazido pelo sujeito passivo em suas contrarrazões bem ilustra a questão posta para análise. Ele diz:

A título de exemplo, não é porque houve uma compra de 100 (cem) e uma venda também de 100 (cem) no mesmo dia, que ocorreu uma operação *day-trade* em relação a esses 100 (cem) ativos. Na verdade, para que fosse configurada a operação *day-trade*, fazia-se necessário que os 100 (cem) comprados no dia fossem os mesmos 100 (cem) vendidos, nesse mesmo dia, o que nem sempre ocorria em razão do estoque.

Isto é, na hipótese de haver a quantidade de 50 (cinquenta) ativos no estoque em um determinado dia e, no dia seguinte, haver uma compra de 100 (cem) e uma venda também de 100 (cem), não significava dizer que houve uma operação *day-trade* com 100 (cem) ativos, mas, sim, com 50 (cinquenta), tendo em vista que os outros 50 (cinquenta) foram adquiridos, nesse caso, no dia anterior e estavam no estoque, não tendo que se falar, portanto, em operação *day-trade* em relação a esses 50 (cinquenta) ativos.

Nesse ponto, sustenta a Fazenda Nacional que, no ano-calendário em que ocorreram os fatos geradores (1993), as normas que incidiam na espécie eram as Leis 8.541/1992 e 8.383/1991, as quais determinavam a incidência do IRPJ sobre o “ganho líquido” e não continham permissão expressa para a exclusão do estoque ou posição anterior do ativo objeto da operação.

No exemplo acima, portanto, a Fazenda defenderia que, simplesmente porque houve uma compra de 100 ativos e uma venda também de 100 ativos no mesmo dia, ocorreu uma operação *day-trade* em relação a esses 100 ativos, devendo-se ignorar eventuais estoques anteriores (isto é, não faria diferença se o investidor já tinha, por exemplo, outros 50 ativos no seu estoque).

Já o voto condutor do acórdão recorrido entendeu que o estoque ou posição anterior do ativo objeto da operação deveriam ser considerados para o fim de se determinar as operações a serem consideradas como *day trade*. No exemplo acima, portanto, a operação seria considerada *day trade* apenas com relação a 50 ativos, eis que se poderia considerar que os

outros 50 ativos negociados pelo investidor naquele dia já estavam em seu patrimônio, não tendo sido adquiridos e vendidos no mesmo dia.

De se notar que apenas no ano de 1995, por meio da IN SRF 43/1995, posteriormente “confirmada”, pela Lei 9.959/2000, é que passou a haver previsão normativa expressa determinado que se desconsiderasse o estoque na verificação de operações de *day-trade*:

IN SRF 43/1995 (grifamos)

Art. 14. Para fins de apuração e pagamento do imposto mensal sobre os ganhos líquidos, as perdas incorridas nas operações de que tratam os arts. 10 a 13 poderão ser compensadas com os ganhos líquidos auferidos, no próprio mês ou nos meses subseqüentes, em outras operações realizadas em qualquer das modalidades operacionais previstas naqueles artigos, ressalvado o disposto no § 1º.

§ 1º As perdas incorridas em operações "day-trade" somente poderão ser compensadas com os ganhos auferidos em operações da mesma espécie ("day-trade").

§ 2º Para efeito do disposto no § 1º deste artigo e no art. 17, § 5º, consideram-se "day-trade" as operações iniciadas e encerradas no mesmo dia, **independentemente da detenção pelo investidor de estoque ou posição anterior do ativo objeto da operação.**

§ 3º Os ganhos ou perdas em operações "day-trade" serão apurados pelo resultado líquido auferido no dia, em operações com o mesmo ativo objeto.

(...)

Lei 9.959/2000 (grifamos)

Art. 8. Os rendimentos auferidos em operações de day trade realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de um por cento.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

I - considera-se

~~a) day trade: a operação ou a conjugação de operações iniciadas e encerradas em um mesmo dia, com o mesmo ativo, em que a quantidade negociada tenha sido liquidada, total ou parcialmente;~~

a) day trade: a operação ou a conjugação de operações iniciadas e encerradas em um mesmo dia, com o mesmo ativo, em uma mesma instituição intermediadora, em que a quantidade negociada tenha sido liquidada, total ou parcialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)

b) rendimento: o resultado positivo apurado no encerramento das operações de day trade;

II- não será considerado valor ou quantidade de estoque do ativo existente em data anterior.

(...)

No caso, compreendo que assiste razão ao sujeito passivo.

As ações são bens móveis fungíveis, isto é, bens que podem ser substituídos por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade.

Traçando-se um paralelo: se uma criança que tem uma caixa com 50 bolinhas de gude vai à mercearia e compra mais 100 bolinhas de gude, colocando-as na caixa, para em seguida vender 100 bolinhas de gude da sua caixa, não é possível dizer quais dessas 100 vendidas correspondem às que ele comprou naquele dia.

É assim com os bens móveis fungíveis, não sendo possível, ou melhor, sendo *juridicamente irrelevante*, os individualizar.

Neste sentido, na ausência de qualquer ordem expressa (previsão legal) que determine que o investidor deve manter os estoques anteriores em uma “caixa” separada, as ações que ele adquire no dia vão para essa “caixa” em que já estavam as ações detidas no dia anterior, de modo que, quando ele realiza a venda, a única coisa que se pode dizer é que apenas a quantidade vendida que seja superior à quantidade já detida anteriormente é que corresponde a ações “compradas e vendidas no mesmo dia”.

Em termos jurídicos, portanto, temos que, até o advento de disposição legal expressa, agiu corretamente o sujeito passivo ao considerar operação de *day-trade* somente aquela iniciada e encerrada no mesmo dia quando as quantidades vendidas eram superiores ao estoque do dia anterior.

O raciocínio da Fazenda Nacional, que parece sustentar que a restrição da IN SRF 43/1995 estaria “implícita” no conceito de ganho líquido das Leis 8.541/1992 e 8.383/1991 não se sustenta ante à própria natureza dos ativos em questão, que é de serem bens móveis fungíveis.

Com a devida vênia, não vejo como adequado considerar como “implícita” uma regra que, quando analisada diante da *natureza dos fatos*, traz uma restrição à normalidade (e ao dizer normalidade me refiro ao ato de se colocar todos os ativos “iguais” na mesma caixa).

Se a Receita Federal por meio da IN SRF 43/1995 poderia ou não ter trazido tal restrição, ou se ela apenas é válida com a publicação da Lei 9.959/2000, isso é questão que não impacta a decisão para o caso dos autos, que trata de operações realizadas em 1993.

De qualquer forma, a conclusão é de que, em 1993, não havia norma que determinasse que os ativos já detidos deveriam ser segregados e mantidos em separado dos bens adquiridos no dia, para o fim de se determinar se a operação realizada pelo investidor é ou não *day trade*. Na ausência de tal norma, pela própria natureza dos ativos (bens móveis fungíveis), está correta a conduta do investidor de considerá-los conjuntamente, considerando como *day trade* apenas as operações representadas pela diferença entre o número de ativos vendidos no dia e o total de ativos por ele detidos.

Neste mesmo sentido também decidiu o **Acórdão 108-06.966** (não reformado nesta parte), por sinal o único precedente (além do acórdão recorrido) que localizei em pesquisa sobre a discussão desta matéria neste CARF:

IRPJ — OPERAÇÕES DAY-TRADE — DEFINIÇÃO - As operações de compra e venda e venda e compra de ativos ou assemelhados em um mesmo

dia enquadram-se como day-trade e estão sujeitas à forma de tributação prevista nas leis nº 8.541/92 e 8.383/91, devendo ser considerado na sua determinação a detenção pela contribuinte de estoques ou posição anterior do ativo analisado.

De se manter, portanto, a conclusão a que chegou o acórdão recorrido.

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto para conhecer do recurso especial e, no mérito, nego-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Declaração de Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Como bem exposto pela I. Relatora, cabe aqui definir se a legislação vigente nos fatos geradores autuados, para definir a operação como *day-trade*, permitia considerar o valor ou a quantidade de estoque de ativo existente no momento anterior à operação, ou deveria ter em conta, apenas, os ativos comprados e vendidos no dia. Esta regra passou a constar expressamente na Instrução Normativa SRF nº 43/95 e a dúvida está em determinar se a legislação vigente em junho, julho e dezembro de 1993 autorizavam a interpretação veiculada em referido ato normativo.

Registre-se que a discussão em tela não consta da acusação fiscal inicial, nem foi debatida em impugnação. Ela se estabeleceu no curso julgamento do recurso voluntário, com a conversão do julgamento em diligência, para esclarecimento, dentre outros aspectos, do *critério utilizado pela fiscalização, quando da análise da documentação disponibilizada pela BM&F*,

para identificar e diferenciar as operações comuns das operações de day-trade, especialmente considerando que as Notas de Corretagem, por vezes, não identificam se as operações realizadas eram de uma ou de outra natureza (e-fls. 385/386). Em resposta, a autoridade lançadora consignou que:

Foram classificadas como day-trade **todas as operações iniciadas e encerradas no mesmo dia, do mesmo ativo objeto**. Para tanto foram comparadas as quantidades totais de venda e de compra de cada ativo objeto negociado, independentemente da identificação de normal ou day-trade apresentada na nota de corretagem e então totalizadas as operações em que a quantidade vendida e a quantidade comprada foram iguais. **O resultado apurado nestas operações coincidentes foi considerado como resultado de operações day-trade.** *(negrejou-se)*

É neste contexto que o sujeito passivo argumentou que:

Ou seja, verifica-se que o critério utilizado para diferenciar as operações como day-trade e normais, utilizado pelo Sr. Fiscal, foi a comparação das quantidades totais de venda e compra de cada ativo, classificando-se como day-trade as operações em que a quantidade vendida e a quantidade comprada foram iguais em um determinado dia.

Contudo, conforme se demonstrará, esse critério utilizado é equivocado, tendo em vista que **no conceito de operações day-trade não devem ser incluídas as quantidades dos ativos que se encontravam em estoque**, por exemplo. É dizer, não é porque houve uma compra de 100 (cem) e uma venda também de 100 (cem) no mesmo dia, que ocorreu uma operação day-trade em relação a esses 100 (cem) ativos.

Na verdade, para que seja configurada a operação day-trade, **faz-se necessário que os 100 (cem) comprados no dia sejam os mesmos 100 (cem) vendidos**, nesse mesmo dia, o que nem sempre ocorre quando se tem estoque.

Isto é, na hipótese de haver a quantidade de 50 (cinquenta) ativos no estoque em um determinado dia e, no dia seguinte, haver uma compra de 100 (cem) e uma venda também de 100 (cem), não significa dizer que houve uma operação day-trade com 100 (cem) ativos, mas, sim, com 50 (cinquenta), tendo em vista que outros 50 (cinquenta) foram adquiridos, nesse caso, no dia anterior e estavam no estoque, não tendo que se falar, portanto, em operação day-trade em relação a esses 50 (cinquenta) ativos.

No caso em questão, verifica-se que a diligência não levou em consideração essa particularidade das operações day-trade, ou seja, desconsiderou a existência de estoque, adotando, dessa forma, critério de classificação equivocado, razão pela qual **o Recorrente requer que seja feita nova diligência, utilizando-se, dessa vez, do real conceito de day-trade.**

A propósito dessas considerações, o Regulamento de Operações da Bolsa de Valores de São Paulo, define day-trade como *"uma operação de compra e venda de uma mesma quantidade de ativos, realizada no mesmo dia, pela mesma sociedade corretora, por conta e ordem de um mesmo comitente nos mercados a vista, futuro de ações e de opções e liquidadas através do mesmo agente de compensação."* Ou seja, verifica-se que a própria Bolsa de Valores só considera day-trade a operação de compra e venda de uma mesma quantidade de ativos, realizadas no mesmo dia. *(destacou-se)*

O voto condutor do acórdão recorrido passa pela definição de operação *day trade* no Parecer Normativo CST nº 28/93 e pelas referências na Resolução CMN (BACEN) nº 1.562/88 e na Instrução Normativa SRF nº 24/89 para, então, adentrar às limitações impostas pelo art. 72 da Lei nº 8.981/95 à compensação de perdas nesta espécie de operação, ali referindo a orientação contida na Instrução Normativa SRF nº 43/95. Nada diz, portanto, sobre a legislação

invocada pela PGFN. Apenas na citação ao precedente 108-06.966 consta de sua ementa a submissão destas operações à tributação na forma das Leis nº 8.541/92 e 8.383/91.

Em seu recurso especial a PGFN afirma, assim, que o acórdão recorrido afronta as seguintes disposições legais:

Lei nº 8.383, de 1991

Art. 28. Os prejuízos decorrentes de operações financeiras de **compra e subsequente venda ou de venda e subsequente compra, realizadas no mesmo dia (day-trade)**, tendo por objeto ativo, título, valor mobiliário ou direito de **natureza e características semelhantes**, somente podem ser compensados com ganhos auferidos em operações da mesma espécie ou em operações de cobertura (hedge) à qual estejam vinculadas nos termos admitidos pelo Poder Executivo.

§ 1º O ganho líquido mensal corresponde às operações day-trade, quando auferido por beneficiário dentre os referidos no art. 26, integra a base de cálculo do imposto de renda de que trata o mesmo artigo.

§ 2º Os prejuízos decorrentes de operações realizadas fora de mercados organizados, geridos ou sob responsabilidade de instituição credenciada pelo Poder Público, não podem ser deduzidos da base de cálculo do imposto de renda e da apuração do ganho líquido de que trata o art. 26, bem como não podem ser compensados com ganhos auferidos em operações de espécie, realizadas em qualquer mercado.

Lei nº 8.541, de 1992

Art. 29. Ficam sujeitas ao pagamento do imposto sobre a renda, à alíquota de 25%, as pessoas jurídicas, inclusive isentas, que auferirem ganhos líquidos em operações realizadas, a partir de 1º de janeiro de 1993, nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas.

§ 1º Considera-se ganho líquido o resultado positivo auferido nas operações ou contratos liquidados em cada mês, admitida a dedução dos custos e despesas efetivamente incorridos, necessários à realização das operações.

§ 2º O ganho líquido será:

- a) no caso dos mercados à vista, a diferença positiva entre o valor da transmissão do ativo e o seu custo de aquisição, corrigido monetariamente;
- b) no caso do mercado de opções, a diferença positiva apurada na negociação desses ativos ou no exercício das opções de compra ou de venda;
- c) no caso dos mercados a termo, a diferença positiva apurada entre o valor da venda à vista na data da liquidação do contrato a termo e o preço neste estabelecido;
- d) no caso dos mercados futuros, o resultado líquido positivo dos ajustes diários apurados no período.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também aos ganhos líquidos auferidos na alienação de ouro, ativo financeiro, fora de bolsa, bem como aos ganhos auferidos na alienação de ações no mercado de balcão.

§ 4º O resultado decorrente das operações de que trata este artigo será apurado mensalmente, **ressalvado o disposto no art. 28 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991**, e terá o seguinte tratamento:

I - se positivo (ganho líquido), será tributado em separado, devendo ser excluído do lucro líquido para efeito de determinação do lucro real;

II - se negativo (perda líquida), será indedutível para efeito de determinação do lucro real, admitida sua compensação, corrigido monetariamente pela variação da Ufir diária, com os resultados positivos da mesma natureza em meses subsequentes.

§ 5º O imposto de que trata este artigo será:

I - definitivo, não podendo ser compensado com o imposto sobre a renda apurado com base no lucro real, presumido ou arbitrado;

II - indedutível na apuração do lucro real;

III - convertido em quantidade de Ufir diária pelo valor desta no último dia do mês a que se referir;

IV - pago até o último dia útil do mês subsequente ao da apuração, reconvertido para cruzeiros pelo valor da Ufir diária vigente no dia anterior ao do pagamento.

§ 6º O custo de aquisição dos ativos objeto das operações de que trata este artigo será corrigido monetariamente pela variação acumulada da Ufir diária, da data de aquisição até a data de venda, sendo que, no caso de várias aquisições da mesma espécie de ativo, no mesmo dia, será considerado como custo de aquisição o valor médio pago.

§ 7º A partir de 1º de janeiro de 1993, a variação monetária do custo de aquisição dos ativos, a que se refere o § 6º deste artigo, será apropriada segundo o regime de competência.

§ 8º Nos casos dos mercados de opções e a termo, o disposto neste artigo aplica-se às operações iniciadas a partir de 1º de janeiro de 1993.

§ 9º Excluem-se do disposto neste artigo os ganhos líquidos nas alienações de participações societárias permanentes em sociedades coligadas e controladas e os resultantes da alienação de participações societárias que permaneceram no ativo da pessoa jurídica até o término do ano-calendário seguinte ao de suas aquisições.

§ 10. (Vetado). *(negrejou-se)*

Entende a Contribuinte que para ser *configurada a operação day-trade, faz-se necessário que os 100 (cem) comprados no dia sejam os mesmos 100 (cem) vendidos*. De fato, tal se pode afirmar em face do Regulamento de Operações da Bolsa de Valores de São Paulo, por ela referido, ao definir *day-trade* como “*uma operação de compra e venda de uma mesma quantidade de ativos, realizada no mesmo dia, pela mesma sociedade corretora, por conta e ordem de um mesmo comitente nos mercados a vista, futuro de ações e de opções e liquidadas através do mesmo agente de compensação*”. Contudo, as normas legais em referência não determinaram sua incidência a partir do conceito de “*day-trade*”, mas sim descrevendo *operações financeiras de compra e subsequente venda ou de venda e subsequente compra, realizadas no mesmo dia (day-trade), tendo por objeto ativo, título, valor mobiliário ou direito de natureza e características semelhantes*.

Nestes termos, se houve compra e subsequente venda, ou se houve venda e subsequente compra, uma vez constatado que tal se deu em relação ativos de características semelhantes, tais operações são destacadas para apuração de ganho ou perda que terá tributação especial. A legislação não seleciona para esta tributação diferenciada a venda dos mesmos ativos

comprados no dia, ou a compra dos mesmos ativos vendidos no dia. Basta que os ativos sejam semelhantes e que haja compra subsequente à venda ou venda subsequente à compra.

A presunção, portanto, de que foram vendidos os ativos semelhantes comprados no dia, ou de que foram comprados os ativos semelhantes vendidos no dia, e não aqueles presentes em estoque, está fixada pela lei por inexistência da ressalva vislumbrada no acórdão recorrido. Sob esta ótica, a Instrução Normativa SRF nº 43/95 em nada inovou no ordenamento, esclarecendo o que validamente se deduz do texto legal: *consideram-se “day-trade” as operações iniciadas e encerradas no mesmo dia, independentemente da detenção pelo investidor de estoque ou posição anterior do ativo objeto da operação.*

Isto já basta para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN.

Contudo, releva observar, ainda, que o voto condutor do acórdão recorrido expressa a seguinte conclusões:

Ou seja, nos períodos a que se referem os lançamentos não era vedado que o contribuinte considerasse o estoque existente de um ativo para classificar a operação como normal, ao invés de day trade. Desta forma, deveria a fiscalização ter considerado a existência de estoque do ativo objeto das operações nos períodos anteriores aos dos fatos geradores para a classificação e consequente apuração dos valores não levados à tributação.

Tendo em vista que os estoques deveriam ter sido considerados, pois não havia vedação, à época, para que classificar como normal uma operação que a utilizasse, não merece prosperar o lançamento referente ao item 2 do Termo de Verificação Fiscal, denominado "Do Mercado Futuro".

Ou seja, a exoneração recaiu sobre a totalidade da exigência formulada no item 2 do Termo de Verificação Fiscal, sendo que o questionamento acerca do ponto sob debate teve origem no esclarecimento acerca do *critério utilizado pela fiscalização, quando da análise da documentação disponibilizada pela BM&F, para identificar e diferenciar as operações comuns das operações de day-trade, especialmente considerando que as Notas de Corretagem, por vezes, não identificam se as operações realizadas eram de uma ou de outra natureza* (e-fls. 385/386), e a própria Contribuinte, diante do esclarecimento prestado em diligência, requereu que fosse feita nova diligência, utilizando-se, dessa vez, do real conceito de day-trade.

Nestes termos, a exoneração alcança, também, os rendimentos decorrentes de operações que a BM&F diferenciara como de *day-trade*, não confrontadas pelo sujeito passivo, a indicar que neste ponto, mesmo sob a interpretação veiculada no acórdão recorrido, haveria contrariedade à legislação de regência, até porque a PGFN logrou controverter o crédito tributário exonerado no acórdão recorrido por decisão da maioria do Colegiado mediante modalidade recursal de ampla cognição, não limitada à argumentação desenvolvida pela recorrente ou à legislação indicada como inobservada.

Além disso, quanto às demais operações de natureza originalmente não identificada, ainda que o questionamento do sujeito passivo tenha sido dirigido contra a admissibilidade do critério adotado pela autoridade fiscal, mesmo que se tenha por devida a repercussão do estoque na caracterização da operação como *day-trade*, esta cogitação hipotética não importaria o cancelamento da exigência, mas tão só a reconstituição dos cálculos nos dias

em que constatada a existência de estoque, com eventual exclusão das operações que deixariam de ser caracterizadas como *day-trade*.

Logo, mesmo acolhendo-se a interpretação da legislação de regência expressa no acórdão recorrido, sua conclusão evidenciaria contrariedade à lei e determinaria, ao menos, o provimento parcial do recurso fazendário.

Mas, como não se acolhe aqui tal interpretação, não merece reparos a acusação fiscal no ponto em debate, razão pela qual deve ser DADO PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA