



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 18471.004382/2008-25
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-007.605 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de novembro de 2020
Recorrente CICERO NOGUEIRA DE SOUZA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)
Ano-calendário: 2003, 2005

NULIDADE DO LANÇAMENTO - NÃO OCORRÊNCIA

A identificação clara e precisa dos motivos que ensejaram a autuação afasta a alegação de nulidade. Não há que se falar em nulidade quando a autoridade lançadora indicou expressamente a infração imputada ao sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade cabível, efetivando o lançamento com base na legislação tributária aplicável. A atividade da autoridade administrativa é privativa, competindo-lhe constituir o crédito tributário com a aplicação da penalidade prevista na lei. Inexistindo demonstração de preterição do direito de defesa, especialmente quando o contribuinte exerce a prerrogativa de se contrapor a acusação fiscal ou aos termos da decisão de primeira instância que lhe foi desfavorável, não se configura qualquer nulidade.

Ausentes as hipóteses do art. 59 do Decreto n.º 70.235/72 e cumpridos os requisitos contidos no art. 11 do mesmo Decreto, não pode prosperar a alegação de nulidade do lançamento.

OPERAÇÕES NO MERCADO À VISTA - COMUNS E DE DAY-TRADE. APURAÇÃO EM SEPARADO.

Os artigos 25 e 31 da Instrução Normativa SRF 25/01 estabelecem regras distintas de apuração dos ganhos líquidos com operações no mercado à vista comuns e *day-trade*, devendo estas serem apuradas separadamente.

O Recorrente não traz aos autos provas para afastar o lançamento.

INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA.

Incide o imposto de renda mensal sobre os ganhos líquidos auferidos na compra e venda de ações em Bolsa de Valores, que tem como valor a ser tributado a diferença entre o preço de venda e o custo de aquisição das ações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Juliano Fernandes Ayres – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mário Hermes Soares Campos, Martin da Silva Gesto, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Ricardo Chiavegatto de Lima (Suplente), Leonam Rocha de Medeiros, Juliano Fernandes Ayres e Ronnie Soares Anderson (Presidente).

Relatório

O caso, ora em revisão, refere-se a Recurso Voluntário (e-fls. 824 a 832), com efeito suspensivo e devolutivo — autorizado nos termos do art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, interposto pelo Recorrente, devidamente qualificado nos autos, relativo ao seu inconformismo com a decisão de primeira instância (e-fls. 807 a 828), consubstanciada no Acórdão n.º 13-37.196, da 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro (RJ) - DRJ/RJ2, que, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte a impugnação, mantendo o imposto de renda no valor remanescente de R\$16.639,28, mais acréscimos legais, cujo acórdão restou assim ementado:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Ano-calendário: 2003, 2005

DECADÊNCIA

Constatado nos autos que parte do lançamento foi efetuada após o decurso do prazo decadencial, impõe-se o cancelamento do procedimento.

GANHOS LÍQUIDOS NO MERCADO DE RENDA VARIÁVEL.

INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA.

Incide o imposto de renda mensal sobre os ganhos líquidos auferidos na compra e venda de ações em Bolsa de Valores, que tem como valor a ser tributado a diferença entre o preço de venda e o custo de aquisição das ações.

RENTA VARIÁVEL. NÃO APROVEITAMENTO DO IMPOSTO PAGO. NULIDADE.

Erro de fato na quantificação do valor tributável, passível de correção na fase contenciosa do processo fiscal, não acarreta nulidade do lançamento.

Retifica-se a apuração dos ganhos em renda variável para incluir o IRRF e o IRPF recolhido pelo contribuinte.

Impugnação Procedente em Parte Crédito

Tributário Mantido em Parte”

Do Lançamento Fiscal e da Impugnação

O constante no relatório do Acórdão da DRJ/RJ2 (e-fls. 807 a 828) sumariza os pontos relevantes da fiscalização, do lançamento tributário e do alegado na Impugnação pelo ora Recorrente, por essa razão peço vênia para transcrevê-lo:

“(…)

Contra o contribuinte acima qualificado foi lavrado o Auto de Infração AI de fls.229/327, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física, anos-calendário 2003 e 2005,

em que lhe é exigido Imposto de Renda Pessoa Física no montante de R\$76.909,48, acrescido de juros e multa de ofício de 75%.

Conforme o item do AI “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal”, fls. 231/239, o procedimento fiscal apurou, nos anos-calendário de 2003 e 2005, a ocorrência de **omissão de rendimentos relativos a ganhos líquidos no mercado de renda variável – Bolsa de Valores**.

No citado item, informa a autoridade fiscal lançadora que o contribuinte foi inicialmente intimado, em 11/07/2006, com ciência em 19/07/2006, através do Termo de Intimação – TI 01 de fls. 21/23, a apresentar, relativamente aos anos-calendário 2001 a 2005, os documentos comprobatórios que embasaram as respectivas declarações e todos os extratos bancários do referido período, com a identificação da origem dos depósitos neles registrados, devidamente comprovada por documentos hábeis e idôneos. Em 19/09/2006, através do TI 02, fls. 26/29, intimou o ora defendente a apresentar as notas de corretagem das operações por ele realizadas no mercado de renda variável por intermédio da corretora Walpires S.A. Após inúmeras dilações de prazos, em 30/08/2007, fl. 113, o contribuinte apresentou as notas de corretagem, que foram coligidas nos anexos 01 e 02 dos presentes autos.

Analizada a documentação, a auditoria fiscal verificou que, em alguns meses dos anos-calendário de 2003 e 2005, os ganhos líquidos auferidos em operações comuns e de day-trade no mercado à vista de ações na bolsa de valores, apurados por ela nos documentos disponibilizados, divergiam dos valores declarados pelo contribuinte nas DIRPF dos respectivos exercícios.

Em 23/09/2008, através do Termo de Intimação TI 05, fls. 127/193, a autoridade fiscal lançadora enviou ao contribuinte as planilhas demonstrativas dos valores tributáveis apurados em 2003 para que este se manifestasse. Em resposta, o interessado compareceu pessoalmente à Repartição, em 06/10/2008, chamando a atenção da fiscalização demonstrativos foram enviados ao sujeito passivo junto ao Termo de Verificação e Constatação Fiscal de fls. 194/197, que relata as correções efetuadas nas planilhas.

Em 17/10/2008, o contribuinte foi pessoalmente intimado, através do TI 06 de fls. 201/228, a manifestar-se sobre os valores tributáveis apurados pela fiscalização relativos aos ganhos líquidos por ele auferidos, no ano-calendário de 2005, em operações comum e day-trade no mercado à vista de ações na bolsa de valores. O contribuinte não se manifestou.

Assim sendo, a auditoria fiscal lançou, no presente Auto de Infração, o crédito tributário referente aos seguintes ganhos líquidos auferidos pelo contribuinte no mercado de renda variável e não oferecidos à tributação em época própria:

1. Omissão de ganhos líquidos em operações comuns no mercado à vista de ações na bolsa de valores:

FATO GERADOR	VALOR TRIBUTÁVEL	MULTA
31/01/2003	24.684,89	75%
30/04/2003	36.307,26	75%
31/03/2005	1.967,04	75%

2. Omissão / apuração incorreta de ganhos líquidos em operações day-trade no mercado à vista de ações na bolsa de valores:

FATO	VALOR	MULTA
------	-------	-------

GERADOR	TRIBUTÁVEL	
31/01/2003	27.834,66	75%
30/04/2003	41.545,54	75%
31/05/2003	44.280,93	75%
30/09/2003	76.238,49	75%
31/10/2003	25.495,01	75%
30/11/2003	21.164,00	75%
31/12/2003	17.464,96	75%
31/03/2005	8.254,37	75%
30/04/2005	8.609,46	75%
30/06/2005	49.818,30	75%
31/07/2005	1.374,40	75%

Cientificado pessoalmente do Auto de Infração em 09/12/2008, fl. 327, o contribuinte apresentou, em 06/01/2009, a impugnação de fls. 330/348, acompanhada de documentos, fls. 345/464, em que apresenta, em síntese, as seguintes alegações:

Afirma que ocorreu evidente confusão da fiscalização relativamente à natureza das operações comuns e de day-trade, o que acarretou incerteza na configuração dos fatos geradores e conseqüente cerceamento de sua defesa.

Exemplificando, sustenta que a auditoria, ao descrever no Relatório as operações day-trade relativas ao ano-calendário 2005, afirmou que foram observadas sobras de estoques nestas operações, e que eles “(?)” foram levados para o estoque do mercado comum.

Observa que, em seguida, a auditora informou que constatou insuficiência de estoques nas operações comuns e que eles “(?)” foram completados a custo zero, concluindo que estes fatos denotam a confusão da fiscalização, em primeiro lugar porque ao tratar especificamente da tributação das operações day-trade constatou insuficiência de estoque de ações em operações comuns e, em segundo lugar, porque não há que se falar em sobra de estoque em operação day-trade, a teor do art. 31 da IN 25/2001.

Contesta o fato de a auditoria fiscal, segundo entende, ter-se limitado à análise dos anos-calendário 2003 e 2005. Salaria que a omissão do ano-calendário 2004 o privou do aproveitamento de eventuais recursos existentes no ano desconsiderado, comprometeu a consistência material na determinação do fato gerador, caracterizando erro de procedimento da fiscalização que conduziu à apuração incorreta do crédito tributário lançado.

Considerando que a ciência do Auto de Infração deu-se em 09/12/2008 e que a tributação dos rendimentos em aplicações de renda variável é por homologação, definitiva e de apuração mensal, argúi a decadência dos fatos geradores oriundos das operações day-trade ocorridas em maio, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2003, bem como os fatos geradores decorrentes das operações comuns ocorridas em janeiro, março e abril do mesmo ano.

Insurge-se contra o fato de o lançamento tributário não ter aproveitado o imposto de renda retido na fonte e o imposto de renda por ele recolhido em Darf's, os quais, embora não tenham sido apresentados pelo contribuinte à fiscalização,

justificadamente, vez que os documentos foram apreendidos pela Polícia Federal, a auditoria tinha meios de verificar os pagamentos na base de dados da RFB.

Assevera que as notas de corretagem utilizadas pela fiscalização na apuração dos rendimentos não constituem documentos hábeis para determinação dos ganhos líquidos em operações na bolsa de valores, vez que não refletem as alterações que comumente ocorrem neste mercado, tais como o estorno por créditos ou débitos indevidos, correções de lançamentos, anulação ou não realização de pregões etc. Segundo o defendente, se no lançamento fiscal não foi aproveitado o IRRF não foi por lapso da auditoria, mas sim porque através do exame das notas de corretagem não se chega sequer ao imposto retido, quanto mais ao resultado final.

Conclui que, de tudo isto, resulta que a fiscalização não logrou demonstrar adequadamente o valor tributável, eis que apoiada em elementos discrepantes, contraditórios, inexatos e servida por uma metodologia inadequada, inconsistente, que não conduz à necessária e indispensável certeza na apuração do fato gerador.

Requer em sede de preliminar, pelas razões acima expostas, a nulidade do lançamento. Não sendo acolhidas as preliminares, pleiteia no âmbito do mérito, pelos mesmos motivos, a improcedência do crédito tributário.

(...)

Do Acórdão da DRJ/RJ2

A 7ª Turma da DRJ/RJ2, por meio do Acórdão nº 13-37.196, em 15 de setembro de 2011, julgou, por unanimidade, parcialmente procedente a Impugnação apresentada pelo Recorrente, mantendo o imposto de renda no valor remanescente de R\$16.639,28, sob os fundamentos a seguir descritos de forma sintética.

• Da Decadência Dos Fatos Geradores Ocorridos

A DRJ/RJ2, entendeu que o lançamento relativo às operações de *day-trade* ocorridas em maio, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2003, bem como os fatos geradores decorrentes das operações comuns (mercado a vista) ocorridas em janeiro, março e abril também de 2003 foram alcançados pela Decadência, considerando que, no caso em foco, o Imposto de Renda – IR deverá ser pago até o último dia do mês subsequente àquele em que o rendimento foi auferido, a teor do §2º, do art. 52, da Lei nº 8.383/91 e que trata-se de IR lançado por homologação, regulado pelo artigo 150 do Código Tributário Nacional – CTN, em que a falta de pagamento desloca o início da contagem do período decadencial para o primeiro dia do exercício seguinte, a teor do artigo 173, I, do CTN, concluindo que:

“(…)

No processo ora em foco, consta dos autos o conta-corrente de recolhimentos do IRPF efetuados pelo impugnante em 2003 (fls. 351/352) e, às fls.783/805, os extratos das Dirf's informando as retenções do IR de que este foi beneficiário no mesmo ano, conforme discriminado na planilha abaixo. Considerando que o contribuinte foi cientificado do Auto de Infração em 09/12/2008, é de se consignar decadentes todos os fatos geradores ocorridos em 2003, à exceção do ganho líquido auferido na operação comum no mercado de ações ocorrida em janeiro daquele ano, haja vista que, como nenhuma parcela do imposto devido foi paga e, portanto, não havendo o que ser homologado pelo Fisco, o prazo decadencial deste fato gerador dar-se-ia em 01/01/2009, nos termos do art. 173, I do CTN.

(...)

• Da Metodologia de Apuração do Ganho Líquido Utilizada pela Fiscalização.

Neste tópico, a DRJ/RJ2, após apontar as regras vigentes de apuração e tributação nas operações de *day-trade* e as operações comuns do mercado à vista em linhas pretéritas, entendeu que não há razão ao ora Recorrente quanto a suposto equívoco adotado pela Fiscalização quanto ao lançamento, mas especificamente quanto a confusão de tratamento entre as operações de *day-trade* e as comuns, o que teria acarretado incerteza na configuração do fato gerador e cerceamento de sua defesa, pois a Fiscalização agiu corretamente na apuração do crédito tributário.

Neste giro, a DRJ/RJ2 delimita o que considerar operações de *day-trade*, sendo, em suma, as operações com ativos adquiridos e alienados, em ambiente bursátil, no mesmo dia e aponta que o “*impugnante não informou nas DAA relativas aos anos-calendário 2003 e 2005, os estoques de ações que possuía em 31 de dezembro de 2002 e 2004, respectivamente, a fiscalização, com fulcro no dispositivo legal em comento, atribuiu custo zero às insuficiências de estoques verificadas nas operações comuns efetuadas no mercado à vista de ações pelo contribuinte*” e conclui que:

“(…)

Exemplificando o acima exposto, observam-se as seguintes ocorrências descritas no demonstrativo referente à apuração de ganhos líquidos em renda variável, obtidos através de operações de day-trade no mercado à vista de ações PN da Tele Norte Leste Participações – TNL, intermediadas pela Corretora Walpires S/A:

a) À fl. 252, que nas operações realizadas em 04/04/2003, conforme comprova a nota de corretagem nº 250, de fls. 505/506, o contribuinte comprou 232.400.000 ações ao custo unitário de R\$0,39 por lote de 1.000; e vendeu 230.000.000. A sobra (SE) de 2.400.000 ações foi levada ao estoque comum do dependente, ao mesmo custo da compra.

b) Já à fl. 267, na operação realizada em 02/09/2003, nota de corretagem nº 102 à fl. 616/617, o impugnante comprou 40.000.000 ações e vendeu 43.900.000. A insuficiência do estoque comprado no dia (IE), de 3.900.000 refere-se, portanto, de venda realizada em operação comum e, portanto, corretamente apartada pela fiscalização.

Verifica-se, assim que foi correta a metodologia procedimental utilizada pela fiscalização, não havendo nos autos qualquer indício de que a auditoria tenha confundido as operações comuns e de day-trade realizadas pelo contribuinte no período fiscalizado.

“(…)”

• Das Notas de Corretagem

Aqui, o órgão julgador da primeira instância administrativa tributária, rejeita a alegação do ora Recorrente de que as notas de corretagens não poderiam ser utilizados como base para constituição do lançamento (apuração do ganho líquido), por serem estes meros documentos fiscais que entre a relação das Corretoras de Valores e seus clientes, que não refletem as alterações que comumente ocorrem neste mercado, tais como o estorno por créditos ou débitos indevidos, correções de lançamentos, anulação ou não realização de pregões etc..

A DRJ/RJ2, aponta que as notas de corretagem são documentos fiscais afeito a prestar as informações necessárias à apuração, pela RFB, dos eventuais ganhos líquido oriundos de operações no mercado de renda variável na bolsa de valores,

estando presente nas notas de corretagens a data da operação e liquidação; o ativo negociado e em qual mercado; a quantidade negociada, discriminando o valor da compra ou venda; as despesas com corretagem e emolumentos; o resultado líquido da informação e, principalmente, o IRRF.

• Do Período da Apuração do Crédito Tributário

Neste tópico, a DRJ/RJ2 entendeu que: *“Quanto ao fato de a fiscalização ter-se restringido à apuração de omissão de rendimentos nos anos-calendário de 2003 e 2005, assim foi porque neles é que foi detectada a infração. Descabida a alegação do contribuinte de que tal procedimento o prejudicou, tendo em vista que lhe teria sido privado o aproveitamento de eventuais recursos (estoques de ações em 31/12/2004), haja vista que não compete ao Fisco produzir provas em favor do contribuinte. Se o defendente foi omissor na apuração e declaração de seus estoques de ações na DAA do exercício de 2005, só lhe resta arcar com as consequências de sua negligência.”*

(...)”

• Do Não Aproveitamento do IRRF e do IRPF recolhido Pelo Defendente

Aqui, a DRJ/RJ2 entende que há razão ao ora Recorrente quanto a alegação de que os impostos pagos no período fiscalizado não foram compensados do imposto apurado sobre o rendimento omitido, conforme se verifica no “Demonstrativo de apuração do IRPF” de fls. 322/324, devendo, portanto, ser corrigido, porém, este não é um caso de nulidade do lançamento.

• Conclusão

Em conclusão, a DRJ/RJ2 apresenta demonstrativos e consigna que a impugnação é *“procedente em parte. retificando o valor da base de cálculo na forma relatada no voto e mantendo o imposto de renda no montante remanescente de R\$16.639,28, sobre o qual incidirão multa de ofício e juros de mora.”*

Do Recurso Voluntário

No Recurso Voluntário, interposto em 08 de janeiro de 2013 (e-fls. 824 a 832), o Recorrente rebate as conclusões da DRJ/RJ2, constante no Acórdão nº 13-37.196 e, em síntese, reiterando os argumentos constantes em sua Impugnação quanto os pontos do lançamento mantidos pela DRJ/RJ2.

A peça recursal apresentada pelo Recorrente foi dividida nos seguintes capítulos e subcapítulos:

- I) Resumo dos Fatos
- II) Preliminarmente
 - 2.1 Falta de Verificação do Ano-Calendário de 2004, que Acarreta Apuração Incorreta do Ano-Calendário de 2005. Nulidade;
 - 2.2 Falta de Consistência Material para a Determinação do Fato Gerador – Incerteza – Cerceamento de Defesa – Nulidade;
- III) Quanto ao Mérito – Eleição de Meio Inadequado para Determinar Fato Gerador.

IV) Do Pedido.

Nesse contexto, os autos foram encaminhados para este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), sendo, posteriormente, distribuído por sorteio público para este relator.

É o que importa relatar.

Passo a devida fundamentação analisando, primeiramente, o juízo de admissibilidade e, se superado este, o juízo de mérito para, posteriormente, finalizar com o dispositivo.

Voto

Conselheiro Juliano Fernandes Ayres, Relator.

Da Admissibilidade

O Recurso Voluntário atende a todos os pressupostos de admissibilidade intrínsecos, relativos ao direito de recorrer, e extrínsecos, relativos ao exercício deste direito, sendo o caso de conhecê-lo.

Especialmente, quanto aos pressupostos extrínsecos, observo que o recurso se apresenta tempestivo, tendo o Recorrente tomado ciência do Acórdão da DRJ/RJ2 em 10 de dezembro de 2012 (Termo de Ciência - e-fl. 819), e efetuado protocolo recursal em 10 de janeiro de 2013 (e-fl. 824), respeitando, assim, o trintídio legal, na forma exigida no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972.

Introdução

A discussão nuclear do caso ora em análise se resume em estabelecer se o auto de infração foi lavrado pelos agentes autuantes com base em premissas e regras corretas aplicáveis à apuração dos ganhos líquidos obtidos em operações de renda variável no mercado à vista comum e *day-trade*, bem como: (i) se houve alguma nulidade do lançamento, quanto a forma de apuração e utilização como base as notas de corretagens; (ii) se houve omissão da Fiscalização referente a reconhecimento de prejuízos de outros anos-calendários.

Pois bem! Antes de adentrarmos na análise das alegações do Recorrente entendemos necessário delinear as operações de renda variável com ações no mercado à vista – operações comuns e operações *day-trade*, com base nas regras tributárias vigentes no ano-calendário de 2003 e 2005 (anos-calendário) referentes as estas duas modalidades de negociação no mercado de renda variável.

Neste giro, importante ressaltar que as operações com ações no mercado à vista – comuns e *day-trade*, por mais que sejam realizadas no mercado à vista, em bolsa (ambiente busátil) possuem diferenças, então vejamos o descrito sobre estas operações nas páginas 108, 118, 119 e 137 e 138, da obra Manual de Tributação no Mercado Financeiro, editora Saraiva, ano 2011, escrita pelos ilustres Paulo Marcelo de Oliveira Bento, Rafael Macedo Malheiro, Ramon Machado Castilho, Renato Reis Batiston, Renato Souza Coelho:

“(…)

1.3.1 Mercados à vista

Os Mercados à vista são aqueles com liquidação imediata¹, nos quais são negociados valores mobiliários e outros ativos pelo preço estabelecido no pregão. Os valores mobiliários mais negociados no mercado à vista são as ações emitidas por companhias de capital aberto.

(...)

2.2.2 Mercado à vista

A base de cálculo de imposto de renda no mercado à vista é determinada pela diferença positiva entre o valor de alienação do ativo e o seu correspondente custo de aquisição, calculado pela média ponderada dos custos unitários². Assim, no caso de investimento em ações, por exemplo, o investidor deve dividir o número de ações existentes pelo total pago por essas ações. O cálculo deve ser individualizado por empresa e por tipo de ação.

(...)

É considerado zero o custo de aquisição decorrente de: (i) partes beneficiárias adquiridas gratuitamente; (ii) acréscimo da quantidade de ações por desdobramento; e (iii) ativo cujo valor não possa ser determinado por qualquer dos critérios anteriormente mencionados.

(...)

Para fins de determinação da base de cálculo do imposto de renda, podem também ser deduzidas as despesas incorridas na operação, tais como as corretagens e os emolumentos fixados pela bolsa.

(...)

2.6 Operações de Day-trade

2.6.1 Descrição

As operações realizadas no mercado de renda variável, exceto swap, que forem iniciadas e encerradas em um mesmo dia, com o mesmo ativo, em uma mesma instituição intermediadora³, em que a quantidade negociada tenha sido liquidada, total ou parcialmente, estão sujeitas a um tratamento tributário específico⁴. O ganho líquido auferido nessas operações, denominadas day-trade, deve ser apurado e tributado separadamente das demais operações realizadas em mercado de bolsa ou balcão⁵.

(...)

2.6.2 Base de cálculo e alíquota

Da mesma forma que nas demais operações de renda variável, a base de cálculo do imposto de renda é o rendimento auferido, e sua apuração é feita de acordo com o mercado onde o ativo é negociado, conforme descrito no item 2.2⁶.

As operações de day-trade estão sujeitas ao IRRF à alíquota de 1%⁷, sendo a base de cálculo sempre o rendimento auferido, independentemente do mercado onde o ativo foi negociado.

(...)

Os ganhos líquidos auferidos em operações de day-trade por pessoas físicas, pessoa jurídica sujeitas ao Simples e entidades isentas estão sujeitos ao imposto de renda à alíquota de 20%⁸, que é considerado exclusivo e definitivo.

¹ A liquidação é feita no terceiro dia útil após a realização do negócio (D+3).

² Art. 40 da Lei n. 7.713/88; art. 55 da Lei n. 7.799/89; art. 29 da Lei n. 8.591/98 e art. 47 da IN RFB n. 1.022/10.

³ Art. 21, da Medida Provisória 497/10.

⁴ Art. 8º, §1º, I, a, da Lei n. 9.959/00 e art. 54, § 1º, I, da IN RFB n. 1.022/10.

⁵ Art. 8º da Lei n. 9.959/00.

⁶ Art. 8º, § 1º, I, b, da Lei n. 9.959/00 e art. 54 da IN RFB n. 1.022/10.

⁷ Art. 8º, da Lei n. 9.959/00 e art. 54 da IN RFB n. 1.022/10.

(...)

*Nas operações day-trade, são considerados, pela ordem, o primeiro negócio de compra com o primeiro da venda ou o primeiro de venda ou o primeiro negócio de venda com o primeiro de compra, sucessivamente, e não é considerado o valor ou quantidade de estoque do ativo existente em data anterior*⁹.

2.6.3 Tratamento das perdas

*As perdas incorridas em operações de day-trade somente podem ser compensadas com ganhos auferidos em períodos subsequentes também em operações de day-trade, independente do mercado onde o ativo foi negociado (mercado à vista, a termo, futuro e de opções)*¹⁰.

*A regra de compensação de perdas é aplicável tanto para: (i) apurar a base de cálculo do IRRF de 1%¹¹ quando para (ii) compensar resultados positivos de day-trade apurados em meses subsequentes*¹²

(...)”

Até o momento, por mais que tenham algumas semelhanças, fica evidente que estamos tratando de operações com tratamento tributário distinto, tanto é assim que as regras tributárias que permeiam estas operações são definidas em artigos e títulos próprios, como podemos verificar por meio da leitura dos artigos 25 e 31 da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal (IN SRF) nº 25/01 (regras vigentes e aplicáveis no ano-calendário 2007):

“(...)”

MERCADOS À VISTA

Art. 25. 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.

§ 1º No caso de ações recebidas em bonificação, em virtude de incorporação ao capital social da pessoa jurídica de lucros ou reservas, considera-se custo de aquisição da participação o valor do lucro ou reserva capitalizado que corresponder ao acionista ou sócio, independentemente da forma de tributação adotada pela empresa.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica na hipótese de lucros apurados nos anos-calendário de 1994 e 1995, caso em que as ações bonificadas terão custo zero.

§ 3º Na ausência do valor pago, o custo de aquisição será:

I - no inventário ou arrolamento, o valor da avaliação;

II - na aquisição, o valor de transmissão utilizado para o cálculo do ganho líquido do alienante;

III - na conversão de debênture, o valor da ação, fixado pela companhia emissora, observado o disposto no § 5º do art. 17;

IV - o valor corrente, na data da aquisição.

⁸ Art. 2º da Lei n. 11.033/04 e art. 54, § 11, I, da IN RFB n. 1.022/10.

⁹ Art. 54, §§ 2º e 3º, da IN RFB n. 1.022/10.

¹⁰ Art. 8º, § 6º, da Lei n. 9.959/00; art. 54, § 10, e art. 53 da IN RFB n. 1.022/10. O contribuinte pode compensar o ganho auferido em um mês com perdas apuradas em meses anteriores, desde que sejam de day trade, embora não seja possível compensar resultados negativos de um mês com ganhos auferidos em meses anteriores, tendo em vista que a base de cálculo do imposto sobre o ganho líquido é apurada mensalmente.

¹¹ Art. 8º, § 2º, da Lei n. 9.959/00 e art. 55, § 4º, da IN RFB n. 1.022/10.

¹² Arts. 4º e 5º, da Lei n. 8.981/95 e art. 55, §§ 4º e 6º, da IN RFB n. 1.022/10.

§ 4º Para fins do disposto no art. 65 da Lei N.º 8.383, de 30 de dezembro de 1991, será considerado como custo de aquisição das ações ou quotas da empresa privatizada:

I - o custo de aquisição dos direitos contra a União ou dos títulos da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no caso de pessoa física ou pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, inclusive isenta;

II - o valor contábil dos títulos ou créditos entregues pelo adquirente na data da operação, no caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real.

§ 5º O disposto no inciso II do parágrafo anterior, aplica-se, também, a fundo ou sociedade de investimento e a carteira de valores mobiliários de que trata o Anexo IV à Resolução CMN N.º 1.289, de 20 de março de 1987.

§ 6º No caso de ações adquiridas por conversão de debênture, poderá ser computado como custo das ações o preço efetivamente pago pela debênture.

§ 7º No caso de substituição, total ou parcial, de ações ou de alteração de quantidade, em decorrência de incorporação, fusão ou cisão de empresas, o custo de aquisição das ações originalmente detidas pelo contribuinte será atribuído às novas ações recebidas com base na mesma proporção fixada pela assembleia que aprovou o evento.

§ 8º O custo de aquisição é igual a zero nos casos de:

I - partes beneficiárias adquiridas gratuitamente;

II - acréscimo da quantidade de ações por desdobramento;

III - ativo cujo valor não possa ser determinado por qualquer dos critérios de que tratam os parágrafos anteriores.

(...)

OPERAÇÕES DE DAY-TRADE

Art. 31. 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 considera-se:

I - 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;

II - rendimento: o resultado positivo apurado no encerramento das operações de day-trade.

§ 2º Para efeito do disposto neste artigo não será considerado o valor ou a quantidade de estoque do ativo existente em data anterior a da operação de day-trade.

§ 3º Na apuração do resultado da operação de day-trade serão considerados, pela ordem, o primeiro negócio de compra com o primeiro de venda ou o primeiro negócio de venda com o primeiro de compra, sucessivamente.

§ 4º No caso de operações intermediadas pela mesma instituição, será admitida a compensação de perdas incorridas em operações de day-trade realizadas no mesmo dia.

§ 5º O responsável pela retenção e recolhimento do imposto de que trata este artigo é:

I - a instituição intermediadora da operação de day-trade que receber, diretamente, a ordem do cliente;

II - a pessoa jurídica, vinculada à bolsa, que prestar os serviços de liquidação, compensação e custódia, no caso de operações iniciadas por intermédio de uma instituição e encerradas em outra.

§ 6º As operações referidas no inciso II do parágrafo anterior não serão caracterizadas como de day-trade quando houver a liquidação física mediante movimentação de títulos ou valores mobiliários em custódia;

§ 7º O valor do imposto retido na fonte sobre operações de day-trade poderá ser:

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

II - compensado com o imposto incidente sobre ganhos líquidos apurados nos meses subsequentes, se, após a dedução de que trata o inciso anterior, houver saldo de imposto retido.

§ 8º Se, ao término de cada ano-calendário, houver saldo de imposto retido na fonte a compensar, fica facultado à pessoa física ou às pessoas jurídicas de que trata o inciso II do § 11, solicitar restituição.

§ 9º As perdas incorridas em operações de day-trade somente poderão ser compensadas com os rendimentos auferidos em operações de mesma espécie (day-trade), realizadas no mês, observado o disposto no parágrafo seguinte.

§ 10. O resultado mensal da compensação referida no parágrafo anterior:

I - se positivo, integrará a base de cálculo do imposto referente aos ganhos líquidos;

II - se negativo, poderá ser compensado com os resultados positivos de operações de day-trade apurados nos meses subsequentes.

§ 11. Sem prejuízo do disposto no § 7º, o imposto de renda retido na fonte em operações de day-trade será:

I - deduzido do devido no encerramento de cada período de apuração ou na data de extinção, no caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real, presumido ou arbitrado;

II - definitivo, no caso de pessoa física e de pessoa jurídica isenta ou optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples).

§ 12. Não se caracteriza como day-trade:

I - o exercício da opção e a venda ou compra do ativo no mercado à vista, no mesmo dia;

II - o exercício da opção e a venda ou compra do contrato futuro objeto, no mesmo dia.

§ 13. O ganho apurado na operação de que trata o parágrafo anterior será tributado à alíquota de que trata o inciso II do caput do art. 24.

§ 14. O disposto neste artigo não se aplica às operações de day-trade realizadas por:

I - pessoa jurídica referida no inciso I do caput do art. 35;

II - fundo de investimento ou clube de investimento;

III - investidor estrangeiro de que trata o art. 39.

(...)” – nossos grifos.

Ora, as operações no mercado à vista “comuns” e as operações day-trade encontram semelhanças quanto o ambiente de sua negociação - ambiente bursátil, porém, a definição de uma operação de day-trade é distinta da definição de uma operação do mercado à vista “comum”, uma vez que são day-trade as operações iniciadas e encerradas em um mesmo dia, com o mesmo ativo, em que a quantidade negociada tenha sido liquidada, total ou parcialmente, estão sujeitas a Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF (“dedo duro”) de 1% e sobre o ganho líquido 20%, sendo que os referidos ganho líquido de day-trade, devem ser apurado e tributado separadamente das demais operações realizadas em mercado de bolsa ou balcão, bem como as perdas de day-trade só podem ser compensadas com perdas de day-trade (caixinha de ganhos e perdas de day-trade).

Já, nas operações comuns do mercado à vista (não *day-trade*), também realizadas em ambiente bursátil, só todas as que não se iniciam e encerram no mesmo dia, sujeitas a IRRF (“dedo duro”) de 0,005% e sobre o ganho líquido 15%, sendo que as referidas perdas poderão ser compensadas com os ganhos líquidos auferidos, no próprio mês ou nos meses subsequentes, em outras operações realizadas em qualquer modalidades operacionais, exceto em operações de *day-trade*, com estabelecido no artigo 30 da IN SRF nº 25/01:

“(…)

COMPENSAÇÃO DE PERDAS

Art. 30. Para fins de apuração e pagamento do imposto mensal sobre os ganhos líquidos, as perdas incorridas nas operações de que tratam os arts. 25 a 29 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, exceto no caso de perdas em operações de day-trade, que somente serão compensadas com ganhos auferidos em operações da mesma espécie.

“(…)”

Isto posto, pode-se concluir que a apuração do ganho líquido das operações comuns e operações de *day-trade* devem ser realizadas separadamente, aplicando-se as regras tributárias de cada uma das modalidades de investimento, na forma estabelecida pelo legislador, caso contrário se chegará em um resultado de base de cálculo incorreto e estranho aos ditames da legislação tributária.

Nota-se, que a DRJ/RJ2 expôs, em outras palavras, entendimento no mesmo sentido aqui exposto.

Uma vez delineada as diferenças entre as operações do mercado à vista comuns e *day-trade*, passamos a analisar as alegações do Recorrente em seu Recurso Voluntário.

PRELIMINARES

• Falta de Verificação do Ano-Calendário de 2004, que Acarreta Apuração Incorreta do Ano-Calendário de 2005. Nulidade.

Neste tópico, o Recorrente, em suma, alega que a Fiscalização efetuou o lançamento sem observar o ano-calendário de 2004, aduzindo que isto lhe trouxe prejuízo, pois a inobservância das operações do ano-calendário de 2004 resultou em uma apuração de crédito tributário errada e nula. Ademais, o Recorrente se insurge ao entendimento da DRJ/RJ2, que expôs em seu Acórdão que caberia ao ora Recorrente trazer aos autos as provas dos resultados do ano-calendário 2004 e que “*não compete ao fisco produzir provas em favor do contribuinte*”, restado ao mesmo “*arcar com as consequências da sua negligências*”.

Em nosso sentir, não assiste razão ao Recorrente em suas alegações neste tópico, uma vez que cabe ao Contribuinte apresentar as provas para afastar o lançamento.

No caso em tela, verificamos que a Fiscalização solicitou ao Recorrente a apresentação das notas de corretagens de 2002, 2003, 2004 e 2005 e/ou outros documentos que o Recorrente entendesse necessários para modificar ou afastar lançamento fiscal (exemplo: vide e-fls. 26 a 28; 77; 110 a 111), por sua vez o Recorrente, só apresentou as notas de corretagens dos anos-calendário de 2003 e 2005 (vide e-fls. 471 a 781), bem como alegou que as notas de corretagens não poderiam ser usadas como base do lançamento fiscal.

Pois bem! Inicialmente, discordamos da alegação do Recorrente de que as notas de corretagens não podem ser usadas para a apuração tributária, uma vez que uma das principais utilidades da nota de corretagem é exatamente a de registrar os tipos de operações, datas de liquidação e os valores envolvidos em cada operação realizada na bolsa de valores, objetivando dar subsídios para o Contribuinte conseguir definir seu ganho líquido e apurar, recolher e declarar o seu IRPF, corretamente. São os valores constantes nas notas de corretagem, os valores reais da compra e da venda dos ativos e da determinação do ganho de líquido.

Ora, se o Recorrente entende que as operações do ano-calendário 2004 modificariam o lançamento, caberia ao mesmo apresentar os documentos a comprovar o suposto prejuízo, custo da aquisição, pagamentos de emolumentos e taxas nas operações do mercado à vista, porém, o Recorrente não traz essas provas aos autos e tenta inverter a responsabilidade ao Fisco.

A lei concede ao Contribuinte o ônus da prova em contrário, porém, no caso em apreço, o Recorrente não apresentou em nenhum momento da lide qualquer indício de prova no sentido de comprovar que a apuração do ganho líquido sobre as operações do mercado à vista - comuns ou de *day-trade* - do ano-calendário de 2005 seria diferente do apurado pela Fiscalização, com base em supostas operações realizadas em 2004.

Ocorre que temos no processo administrativo fiscal, tal qual no processo civil, o ônus de provar a veracidade do que se afirma é do interessado, *in casu*, do Recorrente

Assim, não sendo provado o fato constitutivo do direito alegado pelo Recorrente, com fundamento no artigo 373 do Código de Processo Civil - CPC e artigo 36 da Lei nº 9.784/99, deve-se manter sem reparos o Acórdão da DRJ/RJ2 neste tópico:

“(…)

Quanto ao fato de a fiscalização ter-se restringido à apuração de omissão de rendimentos nos anos-calendário de 2003 e 2005, assim foi porque neles é que foi detectada a infração. Descabida a alegação do contribuinte de que tal procedimento o prejudicou, tendo em vista que lhe teria sido privado o aproveitamento de eventuais recursos (estoques de ações em 31/12/2004), haja vista que não compete ao Fisco produzir provas em favor do contribuinte.

Se o defendente foi omissor na apuração e declaração de seus estoques de ações na DAA do exercício de 2005, só lhe resta arcar com as consequências de sua negligência.

“(…)”

Diante de todo o exposto, entendemos não haver razão ao Recorrente em relação a preliminar de nulidade alegada.

• Falta de Consistência Material para a Determinação do Fato Gerador – Incerteza – Cerceamento de Defesa – Nulidade

Alega o Recorrente, que o lançamento é nulo por ter sido lavrado com “*inconsistência e a falta de adequação técnica, gerando incerteza, criando um ambiente inapropriado para se determinar o fato gerador, em que o lançamento não pode prosperar, seja à luz do artigo 112 do CTN, seja em razão de não poder o contribuinte plenamente exercer o seu direito à ampla defesa e cita alguns acórdãos para sustentar suas alegações.*”

Mais uma vez, não assiste razão ao Recorrente.

Ora, constatamos que o Autos de Infração e Termo de Encerramento (e-fls. 229 a 327), apontam todas as razões, operações, base legal que se fundou o lançamento, permitido ao Recorrente exercer plenamente seu direito de defesa. Tanto é verdade, que com a interposição de sua impugnação grande parte do lançamento foi reformado, ao seu favor, pela DRJ/RJ2.

Ademais, as alegações do Recorrente de falta de adequação técnica dos lançamentos são feitas de forma genérica e sem respaldo fático.

Outrossim, no normativo do contencioso administrativo tributário federal, as hipóteses de nulidade de lançamento fiscal estão enumeradas no artigo 59 do Decreto 70.235/72, que são: (i) documentos lavrados por pessoa incompetente; e (ii) despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente, não estando nos autos presentes nenhuma dessas hipóteses de nulidades.

Além disso, quanto à jurisprudência trazida aos autos, é de se observar o disposto no artigo 506 da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil – vigente), o qual estabelece que a *“sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”*. Não sendo parte nos litígios objetos dos acórdãos, o interessado não pode usufruir dos efeitos das sentenças ali prolatadas, posto que os efeitos são *“inter partes”* e não *“erga omnes”*. Decisões administrativas e judiciais, mesmo que reiteradas, não têm efeito vinculante em relação às decisões proferidas pelo CARF e não são normas complementares, como as tratadas o art. 100 do CTN.

Por todo o exposto, entendemos não haver razão ao Recorrente em relação a preliminar de nulidade alegada.

MÉRITO – Eleição de Meio Inadequado para Determinar Fato Gerador

No mérito, mesmo sendo uma questão preliminar de nulidade, o Recorrente, em grande arrazoado, aduz que a determinação pela Fiscalização dos fatos geradores das operações comuns e de *day-trade* foi inadequado por ter utilizado as notas de corretagens, pois, ao seu entender *“as Notas de Corretagem são documentos fiscais pelos quais a corretora cobra suas comissões - Nada mais. Não refletem tais documentos as alterações que comumente ocorrem entre a compra e a venda e, também, posteriormente, quando podem, por exemplo, ocorrer estornos por créditos ou débitos indevidos, correções de lançamentos, anulação ou não realização de pregões, além de outros”*

Neste giro, transcreve suas alegações constantes em sua impugnação.

Ora, novamente não assiste razão ao Recorrente.

Como já expressamos em linhas pretéritas, entendemos que as notas de corretagens são os documentos hábeis para a apuração tributária das operações do mercado à vista, seja das operações comuns ou das de *day-trade*, uma vez que uma das principais funções da nota de corretagem é exatamente a de registrar, os tipos de operações, datas de liquidação e os valores envolvidos em cada operação realizada na bolsa de valores, objetivando dar subsídios para o Contribuinte conseguir definir seu ganho líquido e apurar, recolher e declarar o seu IRPF, corretamente. São os valores das notas de corretagem os valores reais da compra e da venda dos ativos e da determinação do ganho de líquido.

Neste giro, correto as conclusões da DRJ/RJ2 sobre estas alegações do Recorrente, vejamos:

“(…)

DAS NOTAS DE CORRETAGEM.

Alega, também, o contribuinte que as notas de corretagem utilizadas pela fiscalização na apuração dos rendimentos não constituem documentos hábeis para determinação dos ganhos líquidos em operações na bolsa de valores, vez que não refletem as alterações que comumente ocorrem neste mercado, tais como o estorno por créditos ou débitos indevidos, correções de lançamentos, anulação ou não realização de pregões etc.

Equivoca-se novamente o defende, vez que a nota de corretagem é o documento fiscal afeito a prestar as informações necessárias à apuração, pela RFB, do eventual ganho líquido oriundo de operações no mercado de renda variável na bolsa de valores. Isto porque o documento informa a data da operação e liquidação; o ativo negociado e em qual mercado; a quantidade negociada, discriminando o valor da compra ou venda; as despesas com corretagem e emolumentos; o resultado líquido da informação e, principalmente, o IRRF.

Se alguma nota de corretagem utilizada pela fiscalização foi cancelada ou alterada por qualquer evento superveniente, caberia ao interessado trazer o documento comprobatório da ocorrência.

(…)”

Ademais, entendemos que a Autoridade Fiscal utilizou as metodologias corretas para apuração do ganho líquido obtido pelo Recorrente, aplicado as distinções pertinentes das operações comuns e de *day-trade*, tratando-as em “caixinhas diferentes”, nos moldes que expusemos no primeiro capítulo deste voto.

Outrossim, concordamos com as conclusões da DRJ/RJ2 que “*caso a fiscalização, através dos documentos disponibilizados pelo contribuinte, não consiga apurar os custos unitários das aquisições que compõem o estoque do ativo em questão, a Lei lhe faculta imputar-lhes custo zero*” (com base no inciso III, do §8º, do artigo 25, da IN RFB 25/01), cabendo ao Recorrente demonstrar o custo do ativo, caso tenha prova deste. Por fim, neste giro, concordamos com o exposto pela DRJ/RJ2:

“Considerando que o impugnante não informou nas DAA relativas aos anos-calendário 2003 e 2005, os estoques de ações que possuía em 31 de dezembro de 2002 e 2004, respectivamente, a fiscalização, com fulcro no dispositivo legal em comento, atribuiu custo zero às insuficiências de estoques verificadas nas operações comuns efetuadas no mercado à vista de ações pelo contribuinte.

Exemplificando o acima exposto, observam-se as seguintes ocorrências descritas no demonstrativo referente à apuração de ganhos líquidos em renda variável, obtidos através de operações de day-trade no mercado à vista de ações PN da Tele Norte Leste Participações – TNL, intermediadas pela Corretora Walpires S/A:

a) À fl. 252, que nas operações realizadas em 04/04/2003, conforme comprova a nota de corretagem nº 250, de fls. 505/506, o contribuinte comprou 232.400.000 ações ao custo unitário de R\$0,39 por lote de 1.000; e vendeu 230.000.000. A sobra (SE) de 2.400.000 ações foi levada ao estoque comum do defendente, ao mesmo custo da compra.

b) Já à fl. 267, na operação realizada em 02/09/2003, nota de corretagem nº 102 à fl. 616/617, o impugnante comprou 40.000.000 ações e vendeu 43.900.000. A

insuficiência do estoque comprado no dia (IE), de 3.900.000 refere-se, portanto, de venda realizada em operação comum e, portanto, corretamente apartada pela fiscalização.

Verifica-se, assim que foi correta a metodologia procedimental utilizada pela fiscalização, não havendo nos autos qualquer indício de que a auditoria tenha confundido as operações comuns e de day-trade realizadas pelo contribuinte no período fiscalizado.

(...)”

Deste modo, sem razão ao Recorrente neste tópico também.

Dispositivo

Ante exposto, voto por negar provimento ao Recurso.

(documento assinado digitalmente)

Juliano Fernandes Ayres