



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



**Processo nº** 19311.000397/2010-34  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 2202-005.991 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 04 de fevereiro de 2020  
**Recorrente** PETERSON BALDERRAMA DOS REIS  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)**

**Exercício: 2008**

**OPERAÇÕES NO MERCADO À VISTA E NO MERCADO A TERMO. APURAÇÃO SEPARADA.**

Os artigos 25 e 29 da Instrução Normativa SRF nº 25/01 estabelecem regras distintas de apuração dos ganhos líquidos com operações no mercado à vista e no mercado a termo, devendo estas bases de cálculo ser apuradas separadamente para não se criar uma base de cálculo ficta. Os documentos apresentados pelo Recorrente permitiam a separação das operações.

**LANÇAMENTO EM DESACORDO COM A REGRA TRIBUTÁRIA VIGENTES À ÉPOCA - ARTIGOS 25 E 29 DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 25/01.**

A fiscalização deixou de cotejar as informações do Recorrente com os documentos apresentados, criando uma base de cálculo do imposto sem observar as regras tributárias vigentes à época (artigos 25 e 29 da Instrução Normativa SRF nº 25/01).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso. Votou pelas conclusões o conselheiro Ronnie Soares Anderson.

(documento assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Juliano Fernandes Ayres – Relator

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

**Relatório**

O caso, ora em revisão, refere-se a Recurso Voluntário, 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, consubstanciada no Acórdão n.º 10-52.834, da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre (RS) (DRJ/POA), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, cujo acórdão restou assim ementado:

*“LÍQUIDOS EM RENDA VARIÁVEL. CUSTO DE AQUISIÇÃO. ÔNUS DA PROVA.*

*O ganho líquido é constituído pela diferença positiva entre o valor de alienação do ativo e o seu custo de aquisição. O custo de aquisição é igual a zero nos casos de aquisição de qualquer ativo cujo valor não possa ser determinado pelos critérios previstos em lei. Para fins de apuração de ganho líquido em renda variável, compete ao contribuinte o ônus de comprovar o custo das ações alienadas.*

*OPERAÇÕES NO MERCADO À VISTA E NO MERCADO A TERMO. APURAÇÃO SEPARADA.*

*Caso o contribuinte entenda que as operações no mercado à vista e no mercado podem ser separadas, deveria apresentar apuração separada, e documentação comprobatória, detalhando as inconsistências detectadas.*

*GANHOS LÍQUIDOS NO MERCADO DE RENDA VARIÁVEL. LEVANTAMENTO PARCIAL. LITÍGIO.*

*Levantamentos parciais sem quantificar a apuração nos períodos em questão, sem estabelecer uma apuração, não permitem identificar em quanto o contribuinte discorda do lançamento.*

*Impugnação Improcedente*

*Crédito Tributário Mantido”*

### **Da Fiscalização e do Auto de Infração**

A fiscalização afirma que, em face à seleção interna realizada pela Seção de Programação, Avaliação e Controle da Atividade Fiscal - SAPAC da Delegacia da Receita Federal em Jundiaí - DRF Jundiaí, nos termos da Portaria RFB n.º 11.371/07, identificou que o ora Recorrente, no ano-calendário 2007, teve como base de cálculo do Importo de Renda Retido na Fonte sobre operações de Renda Variável (IRRF - também conhecido como “dedo duro) a quantia de R\$ 167.562.863,09 (cento e sessenta e sete milhões, quinhentos e sessenta e dois mil, oitocentos e sessenta e três de reais e nove centavos), referente a operações com ações realizadas na Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) e do fato do Recorrente ter lançado em sua Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física (DIRPF) um ganho de capital de um pouco mais de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), se iniciou a fiscalização.

Desta feita, o procedimento de fiscalização resultou no Auto de Infração e Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 58 a 72), que passo a transcrevê-los em parte:

“(…)

#### **3.2 - Operações no mercado a termo**

**3.2.1 – A guisa de início, convém definir como se dão as operações neste tipo de mercado.**

**3.2.1.1 - São contratos para compra ou a venda de uma determinada quantidade de ações, a um preço fixado, para liquidação em prazo determinado. O prazo do contrato a Termo é livremente escolhido pelos investidores, obedecendo ao prazo mínimo de 16 dias e máximo de 999 dias corridos.**

3.2.1.2 - *O preço será o valor da ação adicionado de uma parcela correspondente aos juros - que são fixados livremente em mercado, em função do prazo do contrato.*

*Exemplificando, suponhamos uma operação de compra a termo de um lote de 100 ações ao custo unitário de R\$ 10,00, com juros de 2% ao mês, estabelecido o prazo (termo) de 60 dias. O custo de aquisição destes ativos seria de R\$ 1.040,40 ([100 ações x R\$ 10,00] x 1,022).*

**3.2.2 - Segundo a legislação vigente, os ganhos/perdas deste tipo de mercado devem ser apurados em separado dos outros mercados (à vista, opções, etc.), considerando-se como resultado a diferença entre o preço de venda do ativo na liquidação do contrato e o custo de aquisição deste, incluindo os juros. Tal normativa está expressa no art. 29, I da Instrução Normativa SRF nº 25, de 6 de Março de 2001, in verbis:**

*"Art. 29. Nos mercados a termo, o ganho líquido será constituído:*

*I - no caso do comprador, pela diferença positiva entre o valor da venda à vista do ativo na data da liquidação do contrato a termo e o preço nele estabelecido;"*

**3.2.3 - Concluimos, então, que para a correta apuração das operações no mercado a termo faz-se necessário um rígido controle das operações realizadas neste mercado, já que sua liquidação se realiza no mercado à vista. Em outras palavras, se não há um controle de quais ações foram adquiridas no mercado a termo e quando e a que preço foi realizada a venda daqueles ativos, resta impossível a apuração segregada dos ganhos/perdas no mercado a termo.**

**3.2.4 - Como já explanado, a operação de liquidação do contrato a termo ocorre no mercado à vista, já que o comprador aliena suas ações a terceiro, liquida o contrato (paga o vendedor do termo) e embolsa o lucro ou realiza o prejuízo. Disso tudo, a informação que nos serve é a que não há qualquer menção na nota fiscal de corretagem da venda que liquida o contrato indicativa deste fato.**

**3.2.4.1 - Desta forma, regressamos à conclusão do item 3.2.3 supra e afirmamos que sem o controle no ato da operação, não há como a posteriori e baseado somente nas notas de corretagem identificar e apurar o resultado das operações a termo segregadas do resultado das operações à vista.**

**3.2.4.2 - Considerando que a legislação, apesar de determinar que a apuração dos mercados a termo e à vista deva ser feita segregadamente, admite que os lucros e/ou (prejuízos apurados em um mercado podem ser compensados com aqueles apurados em outro e que no aspecto prático a mescla de operações do mercado à vista com o mercado a termo leva ao mesmo resultado daquele apurado segregadamente, elaborou-se um demonstrativo de apuração único, considerando os juros, constantes das notas de corretagem, como valor de aquisição dos ativos.**

**3.2.4.5 - Em remate, a apuração dos ganhos em renda variável de operações no mercado a termo se deu conjuntamente com aquela realizada para o mercado à vista, sem trazer qualquer prejuízo ao contribuinte, tendo sido utilizados os mesmos critérios e definições para tanto, elementos estes explanados no item infra, incluído seus subitens.**

### **3.3 - Operações no mercado à vista**

**3.3.1 - Após o recebimento, por parte da Fiscalização, das notas de corretagem das operações do contribuinte, identificou-se quais os papéis foram vendidos no ano-calendário de 2007, já que o fato gerador do IRPF se verifica na alienação lucrativa de ações, e intimou-se o contribuinte a apresentar o estoque que possuía daqueles papéis em sua carteira no início do ano-calendário objeto da ação fiscal, bem como o preço médio deste estoque, para que fosse possível então se determinar se houve ganho ou perda nas operações que se seguiram.**

**3.3.1.1 - Apesar de parecer óbvio, pensamos ser importante aclarar como se dá esta apuração. A cada alienação, deve o contribuinte apurar seu resultado subtraindo do**

*preço de venda os custos da operação (corretagem, etc.) bem como o custo de aquisição dos papéis.*

*Este custo de aquisição, por determinação legal, deve ser apurado de acordo com o preço médio de aquisição das ações em carteira, considerando sempre cada papel individualmente.*

*Finalmente, no final de cada mês, o contribuinte deve consolidar todos resultados apurados, chegando ao ganho/perda do período.*

*3.3.1.2 - Vemos que a falta dos estoques iniciais e seus preços médios, considerando-se somente o acima exposto, inviabilizaria a apuração do resultado, por isso, determinou o legislador no art. 16, § 4º da Lei nº 7.713, de 1988:*

**“Art. 16. O custo de aquisição dos bens e direitos será o preço ou valor pago, e, na ausência deste, conforme o caso:**

*I - o valor atribuído para efeito de pagamento do imposto de transmissão;*

*II - o valor que tenha servido de base para o cálculo do Imposto de Importação acrescido do valor dos tributos e das despesas de desembaraço aduaneiro;*

*III- o valor da avaliação do inventário ou arrolamento;*

*IV - o valor de transmissão, utilizado na aquisição, para cálculo do ganho de capital do alienante;*

*V - seu valor corrente, na data da aquisição.*

*§ 1º O valor da contribuição de melhoria Integra o custo do imóvel.*

*§ 2º O custo de aquisição de títulos e valores mobiliários, de quotas de capital e dos bens fungíveis será a média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses bens.*

*§ 3º No caso de participação societária resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, que tenham sido tributados na forma do art. 36 desta Lei, o custo de aquisição é igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista beneficiário.*

*§ 4º O custo é considerado igual à zero no caso das participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, no caso de partes beneficiárias adquiridas gratuitamente, assim como de qualquer bem cujo valor não possa ser determinado nos termos previsto neste artigo.”*

*3.3.1.3 - Dessarte, não podendo o interesse público ser aviltado pela omissão do contribuinte, nos casos em que da apuração dos ganhos verificou-se a necessidade da existência de estoque inicial, pois caso assim não fosse verificar-se-ia a situação irreal de possuir o contribuinte estoque negativo de ações por determinado período, atribuiu-se a esta quantidade mínima necessária de estoque inicial o valor zero, sendo inclusive determinante na composição dos preços médios subsequentes.*

*3.3.1.4 - Por outro lado, quando não se verificou esta obrigatória necessidade, considerou-se que o próprio estoque inicial era inexistente. Este critério adotado pela Fiscalização mostra-se, inclusive, favorável ao contribuinte, pois, num mercado com tendência de alta como se verificava em 2007, o preço do estoque inicial, mais baixo, diminuiria os custos das operações.*

*3.3.1.5 - Na apuração dos ganhos verificou-se a necessidade da existência de estoque inicial, pois caso assim não fosse verificar-se-ia a situação irreal de possuir o contribuinte estoque negativo de ações por determinado período. O contribuinte, atendendo à intimação do Fisco, apresentou planilhas contendo seu estoque inicial de ativos em 01/01/2007 (arquivos magnéticos 1701-2006.xls e p.u. opções 02.01.2007(2).xls), entretanto, verificou-se que nem todos os ativos que necessitavam de estoque inicial foram contemplados nas planilhas de estoque em 01/01/2007*

apresentadas pelo contribuinte e que alguns ativos apresentaram quantidade insuficiente. Assim, nos casos em que o ativo não foi contemplado, atribuiu-se "custo zero", nos termos do Art. 16, § 4º da Lei nº 7.713, de 1988, e nos casos de estoque insuficiente, atribuiu-se o valor total apresentado pelo contribuinte à quantidade mínima necessária apurada pelo Fisco. Os estoques iniciais considerados encontram-se no demonstrativo "Saldos Iniciais dos Estoques dos Ativos".

3.3.2 - Poderá o contribuinte alegar que esta falta de estoques de ativos iniciais é justificada pelo "aluguel" de ações, o que de fato poderia ocorrer, entretanto, a sistemática adotada pela Fiscalização ocorreu devido ao fato de que a documentação trazida pelo contribuinte não permite identificar quais ativos foram emprestados e por qual período, sendo dela apenas inteligível o custo destas operações.

3.3.2.1 - Tais custos foram considerados na apuração, na linha "Despesas com multas e BTC" dos demonstrativos mensais de Ganho de Capital em Operações na Bolsa de Valores, o que na prática, corrige aquela distorção, visto que nas operações realizadas com papéis "alugados", o custo é determinado pelo valor da taxa de aluguel (taxa de BTC).

3.3.2.2 - Assim, as operações realizadas com papéis alugados estão corretamente apurados, restando tão somente à apuração conforme o Art. 16, § 4º da Lei nº 7.713, e 1988 os estoques iniciais não conhecidos pelo Fisco por omissão do contribuinte.

#### 3.4 - Da apuração final

3.4.1 - Em suma, estando de posse a autoridade fiscal de todas as notas de corretagem das operações realizadas no mercado de capitais pelo contribuinte e seus dependentes, adotados os critérios acima para sanar os entraves criados pela disponibilidade documental de informações ao Fisco, elaborou-se os demonstrativos listados no "Demonstrativo em Operações na Bolsa", verificando-se que o contribuinte auferira, no período fiscalizado, lucro nas operações no montante de R\$ 28.252.579,25 (vinte e oito milhões, duzentos e cinquenta e dois mil, quinhentos e setenta e nove reais e vinte e cinco centavos), os quais não foram oferecidos à tributação, motivo pelo qual, lavrou-se o presente Auto de Infração do qual este termo é parte indissociável.

(...)” Nossos Grifos.

O Auto de Infração foi lavrado imputando ao Recorrente a Omissão de Ganhos Líquidos no Mercado de Renda Variável, oriundos de operações de renda variável, realizadas em ambiente bursátil, no ano-calendário de 2007, no valor de principal de Imposto de Renda incidente sobre o ganho líquido de R\$ 4.061.758,94 (quatro milhões, sessenta e um mil, quinhentos e setenta e nove reais), de juros de mora – calculado até 30/07/2010 – de R\$ 1.288.890,54 (um milhão, duzentos e oitenta e oito mil, oitocentos e noventa reais e cinquenta e quatro centavos) e de multa proporcional de 75% de R\$ 3.046.184,36 (três milhões, quarenta e seis mil, cento e oitenta e quatro reais e trinta e seis centavos), perfazendo um total de R\$ 8.396.654,09 (oito milhões, trezentos e noventa e seis mil e nove centavos).

### **Da Impugnação**

O ora Recorrente, apresentou sua Impugnação (e-fls. 118 a 167) que passamos a transcrever alguns trechos e as conclusões que sumarizam suas alegações:

“(…)

i. O auto de infração está permeado por graves equívocos, os quais seguem abaixo sintetizados:

a. 1º equívoco: Para evitar que o Recte. ficasse com saldo negativo de ações por determinado período, o AFRFB acrescentou as ações que ele entendia faltantes

*aos estoques iniciais do Recte., o que distorceu de modo grave a apuração de resultados das suas operações. Nas razões de defesa que seguem adiante (item ii) será demonstrado que não houve falta de ações, mas sim que o AFRFB atuante, para determinados papéis, não analisou a integralidade das operações feitas num mesmo dia, mas apenas parte delas, concluindo, equivocadamente, que o estoque de ações teria se tornado negativo e que em outros casos aconteceram erros no cálculo do grupamento de ações e na própria movimentação da quantidade de ações;*

*b. 2º equívoco: Afirmando que não era possível, sem que houvesse um controle dos preços das liquidações das operações a termo, apurar os ganhos nelas experimentados, o AFRFB atuante incluiu num mesmo demonstrativo a apuração unificada das aquisições e vendas a termo e as feitas no mercado à vista, o que gerou a apuração dos resultados pela sistemática aplicável às operações à vista, o que distorceu o custo médio das operações e gerou resultados inexistentes. Nas razões de defesa adiante postas (item iii), será demonstrado que os documentos apresentados permitiam a segregação das operações e o cálculo individualizado dos resultados, bem como que a sistemática de cálculo adotada pelo AFRFB atuante distorceu completamente a apuração dos ganhos das operações a termo, gerando a tributação de resultados inexistentes;*

(...)

*155. Portanto, diante das razões expostas nos itens antecedentes, infere-se o erro do AFRFB no critério de unificar a apuração das operações à vista e a termo, pelos seguintes motivos abaixo resumidos:*

*i. As notas de corretagem e os extratos de 'conta corrente' apresentados pelo Repte. à fiscalização permitiam a identificação e apuração segregada dos resultados das operações a termo;*

*ii. E, caso ainda remanescesse alguma informação faltante de tais documentos, deveria o AFRFB atuante ter intimado o Repte. a fornecer as informações faltantes, não lhe sendo permitido apenas encerrar a fiscalização e efetivar a apuração conjunta entre as operações a termo e as operações à vista sob a alegação de que as informações disponíveis não permitiam a segregação;*

*iii. A falta de aprofundamento do trabalho fiscal deve gerar sua anulação com base nos artigos 142 e 112 do CTN e também por ofensa ao princípio da verdade material;*

*iv. A apuração segregada é sempre possível, independentemente de existir ou não o controle do preço de venda das operações a termo;*

*v. Não existe a certificação oficial exigida pelo AFRFB atuante do valor de venda das operações a termo, o que implica que este exigiu do Repte. o cumprimento de obrigação impossível;*

*vi. A inexistência dessa certificação não impede a apuração dos resultados das operações a termo em separado das operações à vista, quando então poderia o AFRFB ter considerado no cálculo o preço médio de venda desses ativos no dia ou o preço mais elevado, não se podendo, jamais, aceitar a apuração dessa operação em conjunto com a operação à vista;*

*vii. A apuração conjunta dos resultados das operações à vista com os das operações a termo gera graves distorções no cálculo do resultado tributável e contamina a integralidade do auto de infração, gerando a necessidade de seu total cancelamento;*

*viii. O RIR/99 e a IN 25/01 estabelecem o cálculo dos resultados das operações a termo de modo distinto do cálculo aplicável às operações à vista, motivo pelo qual a adoção do critério de cálculo das operações à vista para as operações a*

*termo é erro de direito que deve ter por consequência o cancelamento da integra do auto de infração*

**(iv) AS CONCLUSÕES FINAIS**

*156. Conforme restou demonstrado nas linhas antecedente, é de rigor a conclusão pela total improcedência do auto de infração ora atacado, eis que:*

**Saldo Negativo de Ações:**

*(i) o Reqte. comprovou que não existiu estoques negativos de ações, ainda que por determinados períodos;*

*(ii) o AFRFB se equivocou ao analisar apenas a posição parcial no meio de determinados dias e não a posição no encerramento dos respectivos dias;*

*(iii) o AFRFB autuante também cometeu equívocos no agrupamento de ações (caso da BRT04);*

*(iv) as impropriedades no estoque inicial distorceram sobremaneira a apuração do custo médio, com seu respectivo reflexo na determinação do ganho de capital do Reqte.;*

*(v) improcede, pois, a imputação de estoques iniciais ao Reqte.;*

**Apuração Unificada (operações à vista e a termo):**

*(vi) é possível a segregação dos cálculos dos resultados das operações A. vista e das operações a termo;*

*(vii) o Reqte. demonstrou que não só essa segregação é perfeitamente possível, mas também que os documentos entregues à fiscalização permitiam que ela fosse efetivada;*

*(viii) a apuração conjunta do resultado de tais operações gerou distorções graves nos resultados tributáveis imputados pelo AFRFB autuante ao Reqte.;*

*(ix) a realização de apuração conjunta dos resultados das operações no mercado à vista com as operações a termo constitui evidente erro de direito, que impõe a anulação do auto de infração (x) a tributação de resultados inexistentes atenta contra o conceito de renda tributável pelo imposto de renda, eis que não houve o acréscimo patrimonial invocado pelo AFRFB autuante;*

**III — O PEDIDO**

*157. Todas as razões de defesa expostas na presente impugnação demonstram a absoluta fragilidade do trabalho fiscal e a imperatividade do seu cancelamento por este Il. Órgão Julgador, razão pela qual se requer seja acolhida e provida, cancelando-se a integra do auto de infração.*

*(...)"*

**Do Acórdão da DRJ/POA**

A DRJ/POA julgou improcedente a Impugnação apresentada pelo Recorrente (vide e-fls. 118 a 167), ratificando o lançamento tributário pelo convencimento de que o Recorrente não apresentou os custos iniciais das ações e as informações que permitiriam segregar as operações a termo das operações à vista, sendo que só haveria consistência informações apresentadas ao fisco através do Demonstrativo de Apuração de Ganhos de Renda Variável. Vejamos os seguintes trechos transcritos do Acórdão:

*"(...) as operações no mercado à vista e no mercado a termo são muito semelhantes e em ambas se aplica a alíquota de 15% sobre a base de cálculo", quando então "a*

*diferença principal entre as operações no mercado a termo e no mercado a vista está no fato de que no primeiro (a termo) a liquidação é diferida",*

*(...) se o contribuinte afirma ser possível segregar tais operações, que apresentasse as apurações separadas junto com a peça impugnatória, com documentos hábeis a demonstrá-la, o que permitiria à administração tributária, ainda que em fase do contencioso, verificar a sua veracidade.*

*(...) sem o controle, que não foi realizado pelo contribuinte, não há como se fazer a apuração separada.*

*(...) não foi apresentado pelo contribuinte o "Demonstrativo de Apuração de Ganhos de Renda Variável", que é obrigatório", de modo que "o Auditor procedeu ao lançamento com a documentação disponível, suficiente, em nosso entendimento, para a apuração não existindo erro em não ter havido aprofundamento do trabalho fiscal.*

*(...) para fins de apuração do ganho líquido em renda variável, compete ao contribuinte o ônus de comprovar o custo das ações alienadas (...)*

*(...) a forma na qual as planilhas foram apresentadas pelo contribuinte, não há como averiguar a consistência dos dados contestados pelo interessado, pois, para tanto, se faz necessário cotejar os dados apresentados pela corretora e aqueles lançados no Demonstrativo de Apuração de Ganhos de Renda Variável. Para que haja um mínimo de consistência nas informações prestadas à Fazenda Pública, que se faz necessário a elaboração e apresentação do Demonstrativo de Apuração de Ganhos de Renda Variável previsto na legislação supracitada.*

*(...)"*

### **Do Recurso Voluntário**

No recurso voluntário, interposto em 20 de janeiro de 2015 (e-fls. 5043 a 5120), o Recorrente reitera os argumentos e pedidos constantes em sua Impugnação.

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/POA em 22 de dezembro de 2015 (Aviso de Recebimento - AR e-fl. 5042), e efetuado protocolo recursal em 20 de janeiro de 2015 (e-fls. 5043 a 5120), respeitando, assim, o trintídio legal, na forma exigida no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972.

### **Do mérito**

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 e no mercado a termo.

Desta forma, em relação ao mérito, inicialmente, será necessário delinear as operações de renda variável com ações no mercado à vista e as operações no mercado a termo, bem como as regras tributárias vigentes no ano-calendário de 2007 referentes a estas duas modalidades de negociação no mercado de renda variável.

Neste giro, importante ressaltar que as operações com ações no mercado à vista e as operações no mercado a termo, são diferentes e possuem regras de apuração de ganho líquido distintas, então vejamos o descrito sobre estas operações nas páginas 108 a 109, 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 imediata<sup>1</sup>, 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.*

(…)

#### **1.3.2.1 Mercados a termo**

*No mercado a termo são negociados contratos firmados entre comprador e vendedor pra venda futura de determinado ativo por um valor preestabelecido, a ser pago em data previamente ajustada. Referidos contratos podem ser negociados em mercado de bolsa ou de balcão<sup>2</sup>.*

*O comprador no mercado a termo tem a expectativa de que o preço futuro do bem negociado irá subir, ao passo que a outra parte da operação (vendedor) espera uma queda no preço futuro do ativo negociado.*

*Ao contrário do mercado futuro<sup>3</sup>, trata-se de um mercado caracterizado pela baixa liquidez dos contratos negociados e pelo elevado risco de crédito.*

*A baixa liquidez decorre da falta de padronização dos negócios realizados, uma vez que as condições dos contratos a termo são estabelecidas pela próprias partes. Como consequência, a liquidação das operações a termo, em regra, ocorre somente no vencimento do contrato, pois não é possível encerrar a posição antes do tempo, como ocorre no mercado futuro, que segue certa padronização. Por outro lado, essa falta de padronização é exatamente o principal atrativo do mercado a termo, pois permite às partes ajustarem os termos e condições de acordo com suas necessidades.*

*Já o elevado risco de crédito (que difere do risco decorrente da oscilação de preço) existente no mercado a termo decorre, como regra, da ausência dos denominados “ajustes periódicos de posições” por parte do comprador e/ou do vendedor, como ocorre no mercado futuro.*

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

<sup>2</sup> Com relação aos conceitos de mercado de bolsa e de balcão, vide item 2.1.

<sup>3</sup> Vide item 2.1.

*A despeito disso, as operações a termo negociados em bolsa são garantias por meio de depósito efetuado (i) pelas partes, de margens inicial para garantia da operação ou (ii) pelo vendedor, do ativo a ser negociado, o que no jargão do mercado é conhecido como “venda coberta”.*

*As operações realizadas no mercado a termo admitem tanto a entrega física do bem negociado quanto a liquidação financeira por diferença.*

*(...)”*

Até o momento é evidente que estamos tratando de negócios distintos/modalidades diferentes, 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 29 da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal (IN SRF) n.º 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.*

*§ 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.*

(...)

#### **MERCADOS A TERMO**

**Art. 29. Nos mercados a termo, o ganho líquido será constituído:**

***I - no caso do comprador, pela diferença positiva entre o valor da venda à vista do ativo na data da liquidação do contrato a termo e o preço nele estabelecido;***

***II - no caso do vendedor descoberto, pela diferença positiva entre o preço estabelecido no contrato a termo e o preço da compra à vista do ativo para a liquidação daquele contrato.***

*§ 1º Se o comprador não efetuar a venda à vista do ativo, na data da liquidação do contrato a termo, o custo de aquisição do referido ativo será igual ao preço da compra a termo.*

*§ 2º No caso de venda de ouro, ativo financeiro, por prazo certo, não caracterizada como operação de financiamento, o imposto incidirá sobre a diferença positiva entre o valor da venda e o custo médio de aquisição do ouro, apurada:*

*I - pelo regime de competência, no caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real;*

*II - quando do vencimento da operação, nos demais casos.*

*§ 3º Os ganhos líquidos auferidos nos contratos a termo de taxas de juros ou de câmbio, negociados nas bolsas de mercadorias e de futuros serão apurados:*

*I - pelo valor de liquidação, no caso de contratos celebrados sem ajuste periódico de posições;*

*II - pelo valor do ajuste periódico de posições, no caso de contratos celebrados com essa especificação.*

*§ 4º Aplicam-se aos contratos a termo de que trata o inciso II do parágrafo anterior os dispositivos previstos na Lei N.º 9.311, de 1996, que disciplinam a incidência da CPMF nas operações contratadas em mercados organizados de liquidação futura.*

(...)

Por outro lado, as operações no mercado à vista e no mercado a termo encontram semelhanças quanto a alíquota do IR sobre o ganho de capital, que é de 15%, no mercado de sua efetivação - ambiente bursátil e a possibilidade de compensar as perdas de uma operação com os ganhos de outra operação, como 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 subseqüentes, 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 a termo e das operações à vista devem ser realizadas separadamente, aplicando-se as regras tributárias de cada uma das modalidades de investimento, na forma estabelecida pelo legislador,

caso contrario se chegará a um resultado de base de cálculo incorreto e estranho ao ditames da legislação tributária.

Pois bem, adentrando à análise do caso em foco, temos que a fiscalização sobre as operações com renda variável do Recorrente, no ano-calendário de 2007, surgiu com a seleção interna realizada pela Seção de Programação, Avaliação e Controle da Atividade Fiscal - SAPAC da DRF de Jundiá, tendo como alerta a base de cálculo de R\$ 167.562.863,09 (cento e sessenta e sete milhões, quinhentos e sessenta e dois mil, oitocentos e sessenta e três de reais e nove centavos) referente ao Importo de Renda Retido na Fonte sobre operações de Renda Variável (IRRF - coloquialmente conhecido como “dedo duro”), imposto previsto no §1º do artigo 2º da Lei nº 11.033, de dezembro de 2004), que dispõe que:

“(…)

Art. 2º O disposto no art. 1º desta Lei não se aplica aos ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros, e semelhantes, inclusive **day trade**, que permanecem sujeitos à legislação vigente e serão tributados às seguintes alíquotas

I - 20% (vinte por cento), no caso de operação **day trade** ;

II - 15% (quinze por cento), nas demais hipóteses.

**§ 1º As operações a que se refere o caput deste artigo, exceto day trade, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de 0,005% (cinco milésimos por cento) sobre os seguintes valores:**

I - nos mercados futuros, a soma algébrica dos ajustes diários, se positiva, apurada por ocasião do encerramento da posição, antecipadamente ou no seu vencimento;

II - nos mercados de opções, o resultado, se positivo, da soma algébrica dos prêmios pagos e recebidos no mesmo dia;

**III - nos contratos a termo:**

**a) quando houver a previsão de entrega do ativo objeto na data do seu vencimento, a diferença, se positiva, entre o preço a termo e o preço à vista na data da liquidação;**

**b) com liquidação exclusivamente financeira, o valor da liquidação financeira previsto no contrato;**

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

(…)

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

**§ 5º Ocorrendo mais de uma operação no mesmo mês, realizada por uma mesma pessoa, física ou jurídica, deverá ser efetuada a soma dos valores de imposto incidente sobre todas as operações realizadas no mês, para efeito de cálculo do limite de retenção previsto no § 4º deste artigo.**

**§ 6º Fica responsável pela retenção do imposto de que tratam o § 1º e o inciso II do § 2º deste artigo a instituição intermediadora que receber diretamente a ordem do cliente, a bolsa que registrou as operações ou entidade responsável pela liquidação e compensação das operações, na forma regulamentada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.**

**§ 7º O valor do imposto retido na fonte a que se refere o § 1º deste artigo poderá ser:**

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

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

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

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

§ 8º O imposto de renda retido na forma do § 1º deste artigo deverá ser recolhido ao Tesouro Nacional até o 3º (terceiro) dia útil da semana subseqüente à data da retenção.

(...)"

Notem que o IRRF de 0,005% (coloquialmente conhecido como "dede duro") também têm diferentes bases de cálculo a depender da operação de renda variável realizada, exemplo: a) nas operações do mercado à vista com ações a base de cálculo do IRRF "dede duro" é o valor da alienação, ou seja, o valor da operação; b) já, no mercado a Termo (nos contratos a termo):

- quando houver a previsão de entrega do ativo objeto do contrato na data do seu vencimento, a diferença, se positiva, entre o preço a termo e o preço à vista na data da liquidação, e;
- no caso de liquidação exclusivamente financeira, o valor da liquidação financeira previsto no contrato.

Observem, também, que este IRRF 0,005% não incide somente sobre o rendimento das operações de renda variável (a exemplo das operações no mercado à vista, que tem como base de cálculo valor da operação e não o resultado positivo da operação - valor da alienação menos o custo), pois, este imposto possui uma função fiscalizatória ("dede duro") e não somente arrecadatória, sendo calculado, retido e recolhido pelos responsáveis tributários, que, via de regra, são as corretoras de valores.

Com este IRRF pode o fisco verificar quais contribuintes realizaram operações de renda variável e verificar se tais operações foram declaradas, na ficha de ganho de capital, pelos contribuintes. Porém, cabe destacar que, não há como o fisco, apenas observando o valor de base de cálculo deste IRRF, concluir/presumir que o determinado contribuinte obteve este valor de ganho líquido.

Por essa razão, se iniciou o procedimento fiscalizatório, momento que o agente atuante solicitou várias informações e documentos para o Recorrente, entre outros, as notas de corretagem das operações realizadas no ano-calendário de 2007 e demonstrativo de ganhos de capital, que foram entregues pelo Recorrente.

Ocorre que a fiscalização ao analisar a documentação solicitada e entregue pelo Recorrente, adotou algumas premissas para elaboração do auto de infração que se afastam do estabelecido pela regra tributária antes exposta (arts. 25 e 29 da IN SRF 25/01), como podemos verificar com trechos do próprio Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 58 a 72):

"(...)

3.2.3 - Concluimos, então, que para a correta apuração das operações no mercado a termo faz-se necessário um rígido controle das operações realizadas neste mercado, já que sua liquidação se realiza no mercado à vista. Em outras palavras, se não há um controle de quais ações foram adquiridas no mercado a termo e quando e a que preço foi realizada a venda daqueles ativos, resta impossível a apuração segregada dos ganhos/perdas no mercado a termo.

*3.2.4 - Como já explanado, a operação de liquidação do contrato a termo ocorre no mercado à vista, já que o comprador aliena suas ações a terceiro, liquida o contrato (paga o vendedor do termo) e embolsa o lucro ou realiza o prejuízo. Disso tudo, a informação que nos serve é a que não há qualquer menção na nota fiscal de corretagem da venda que liquida o contrato indicativa deste fato.*

*3.2.4.1 - Desta forma, regressamos à conclusão do item 3.2.3 supra e afirmamos que sem o controle no ato da operação, não há como a posteriori e baseado somente nas notas de corretagem identificar e apurar o resultado das operações a termo segregadas do resultado das operações à vista.*

*3.2.4.2 - Considerando que a legislação, apesar de determinar que a apuração dos mercados a termo e à vista deva ser feita segregadamente, admite que os lucros e/o (prejuízos apurados em um mercado podem ser compensados com aqueles apurados em outro e que no aspecto prático a mescla de operações do mercado à vista com o mercado a termo leva ao mesmo resultado daquele apurado segregadamente, elaborou-se um demonstrativo de apuração único, considerando os juros, constantes das notas de corretagem, como valor de aquisição dos ativos.*

*3.2.4.5 - Em remate, a apuração dos ganhos em renda variável de operações no mercado a termo se deu conjuntamente com aquela realizada para o mercado à vista, sem trazer qualquer prejuízo ao contribuinte, tendo sido utilizados os mesmos critérios e definições para tanto, elementos estes explanados no item infra, incluído seus subitens.*

*(...) nossos grifos.*

Ora, a fiscalização neste caso não conseguiu cotejar a norma tributária com os informações e documentos entregues pelo Recorrente, utilizando um método de apuração da base de cálculo estranho a legislação tributária.

Pois bem, neste ponto se o agente fiscal tinha dúvidas e precisava de mais informações e documentações, deveria ter intimado o Recorrente para trazê-las e entregá-las, porém, não o fez.

Diferentemente do que entende a fiscalização e a DRJ/POA, a utilização do mesmo regramento para apuração do ganho líquido para as operações a termo e a vista, podem acarretar distorções e prejuízos ao Recorrente, uma vez que, se apurado os ganhos líquidos das operações a termo e à vista, utilizado o regramento das operações à vista, podem gerar uma diminuição do custo médio dos ativos e aumentado a base de ganho das operações.

Ademais, verifica-se que pelas notas de corretagens entregues pelo Recorrente há como se verificar se uma determinada operação refere-se ao mercado à vista ou ao mercado a termo, como pode ser comprovado, exemplificativamente neste voto, pelas notas de corretagens acostadas nas e-fls. 2896, 2985, 2999 e 3012.

Outrossim, além das notas de corretagens, há nos autos os extratos da “conta corrente” do Recorrente junto a corretora, que servem para demonstrar as liquidações das operações a termo, conforme se verifica, exemplificativamente neste voto, nas e-fls. 3818 a 2821, 3824, 3827, 3833 a 3834.

Então, equivocada a conclusão da fiscalização e da DRJ/POA de que as informações e documentos que possibilitam a segregação das operações de renda variável não foram apresentadas pelo Recorrente, pois, apesar de trabalhoso, é possível a separação das operações no mercado à vista e das operações no mercado à termo, só assim alcançando a apuração do ganho líquido nos moldes estabelecidos pela legislação tributária vigente à época.

Também é atacado pelo Recorrente o fato da fiscalização ter estabelecido quantidades de ações como estoque inicial observando a movimentação de negociação no meio do dia e não no encerramento. Vejamos o trecho o Termo de Verificação Fiscal com contempla esta afirmação:

(...)

*3.3.1.3 - Dessarte, não podendo o interesse público ser aviltado pela omissão do contribuinte, nos casos em que da apuração dos ganhos verificou-se a necessidade da existência de estoque inicial, pois caso assim não fosse verificar-se-ia a situação irreal de possuir o contribuinte estoque negativo de ações por determinado período, atribuiu-se a esta quantidade mínima necessária de estoque inicial o valor zero, sendo inclusive determinante na composição dos preços médios subsequentes.*

*3.3.1.4 - Por outro lado, quando não se verificou esta obrigatória necessidade, considerou-se que o próprio estoque inicial era inexistente. Este critério adotado pela Fiscalização mostra-se, inclusive, favorável ao contribuinte, pois, num mercado com tendência de alta como se verificava em 2007, o preço do estoque inicial, mais baixo, diminuiria os custos das operações.*

*3.3.1.5 - Na apuração dos ganhos verificou-se a necessidade da existência de estoque inicial, pois caso assim não fosse verificar-se-ia a situação irreal de possuir o contribuinte estoque negativo de ações por determinado período. O contribuinte, atendendo à intimação do Fisco, apresentou planilhas contendo seu estoque inicial de ativos em 01/01/2007 (arquivos magnéticos 1701-2006.xls e p.u. opções 02.01.2007(2).xls), entretanto, verificou-se que nem todos os ativos que necessitavam de estoque inicial foram contemplados nas planilhas de estoque em 01/01/2007 apresentadas pelo contribuinte e que alguns ativos apresentaram quantidade insuficiente. Assim, nos casos em que o ativo não foi contemplado, atribuiu-se "custo zero", nos termos do Art. 16, § 4º da Lei nº 7.713, de 1988, e nos casos de estoque insuficiente, atribuiu-se o valor total apresentado pelo contribuinte à quantidade mínima necessária apurada pelo Fisco. Os estoques iniciais considerados encontram-se no demonstrativo "Saldo Iniciais dos Estoques dos Ativos".*

(...) nossos grifos”

Aqui também há equívocos da fiscalização, uma vez que é incorreta a afirmação do agente atuante de que a imputação ficta de existência de ativos favorecia o contribuinte<sup>4</sup>, pois, tal atitude do fiscal distorceu o valor de custo dos ativos, o diminuído e podendo trazer um ganho líquido irreal e mais elevado ao Recorrente. Neste giro, o procedimento correto, para se concluir quais são os estoques de ações, é verificar os encerramentos diários da operações, analisando-se o saldo no dia seguinte.

Por todo o exposto, verifica-se que o lançamento foi realizado em contrariedade às regras tributárias vigentes a época (artigo 25 e 29), o que acarretou uma base de cálculo do IR incidente sobre ganho líquido de fato e ficta, mesmo havendo nos autos os documentos necessários para aplicação correta do direito tributário.

Por todo o exposto, deve-se dar provimento ao Recurso Voluntário, cancelando-se o lançamento fiscal. Apresento o sintético dispositivo a seguir:

---

<sup>4</sup> A fiscalização afirmou: “pois, num mercado com tendência de alta como se verificava em 2007, o preço do estoque inicial, mais baixo, diminuiria os custos das operações”.

**Dispositivo**

Ante exposto, voto por dar provimento ao Recurso.

(documento assinado digitalmente)

**Juliano Fernandes Ayres**