

PARA: SGE
DE: SAD/GAC

MEMO/SAD/GAC/Nº 100/09

DATA: 02/04/09

ASSUNTO: Recurso contra decisão do SGE que manteve Notificação de Lançamento

BERNARDO HIME BIOLCHINI

Processo CVM nº RJ-2006-7668

Decisão SGE nº 005/07

Trata-se de recurso interposto em 28/04/08, pelo Sr. BERNARDO HIME BIOLCHINI contra a decisão SGE nº 005 de 05/02/07, nos autos do Processo CVM RJ-2006-7668 (fls. 24 a 26), que **julgou procedente** o lançamento do crédito tributário relativo à Notificação de Lançamento 3415/36, referente às Taxas de Fiscalização dos 1º, 2º, 3º e 4º trimestres de 1998 e dos 1º, 2º e 3º trimestres de 1999.

Em sua impugnação, o Sr. Bernardo Biolchini alegou que foi indevida a cobrança do crédito tributário, pois:

- a. teria deixado de atuar como administrador de carteira desde 30/12/94, e, por isso, não seria obrigado ao recolhimento da taxa de fiscalização a partir de tal data, independentemente de não ter solicitado o cancelamento do registro;
- b. o efeito do Ato Declaratório CVM nº. 5.513, referente ao cancelamento de seu registro, o qual somente foi solicitado em 05/07/99, deveria retroagir à data em que alega ter deixado de atuar como administrador de carteiras, 30/12/94.

Na decisão em 1ª instância, não foram acolhidas as alegações uma vez que:

- a. a atualização do cadastro é de responsabilidade exclusiva do contribuinte e se (W1)" SIZE=1> de uma obrigação tributária acessória (art. 113, §2º do Código Tributário Nacional, combinado com o art. 12 da Instrução CVM (W1)" nº. 306/99);
- b. o fato gerador da Taxa de Fiscalização é o exercício do poder de polícia legalmente atribuído à CVM, sendo seus contribuintes as pessoas naturais e jurídicas que integram o sistema de distribuição de valores mobiliários, devendo ser ressaltado que, ao se manter registrado, o Sr. Bernardo Biolchini se encontrava sob o poder de polícia desta autarquia e foi, portanto, fiscalizado como todos os demais agentes do mercado;
- c. o efeito do Ato Declaratório citado retroage tão somente à data em que foi protocolado o pedido de cancelamento de registro, pois o que o ato declara é apenas que a autorização concedida para prestar serviços de Administrador de Carteiras de Valores Mobiliários foi cancelada a pedido.

Em grau recursal, Sr. Bernardo Biolchini, resumidamente, alega que:

- a. é ilegal a cobrança da Taxa de Fiscalização, tendo em vista a inocorrência da hipótese de incidência;
- b. é ilegal exigir através de Instrução da CVM o cumprimento de qualquer obrigação acessória;
- c. o Ato Declaratório nº. 5.513/99 possui efeito retroativo à data em que o Sr. Bernardo Biolchini teria se desligado das atividades como administrador de fundos.

Entendimento da GAC

Do cabimento e outras questões prévias

O recurso é tempestivo, pois foi protocolado em 28/04/08, dentro do prazo de 30 dias a contar da data de ciência da decisão de 1ª instância, por meio de vistas dos autos (31/03/08). As disposições do art. 11, *caput* e §2º c/c art. 25, *caput*, da Deliberação CVM nº 507/06 restaram devidamente atendidas. Por conseguinte, opinamos pelo conhecimento do recurso.

Do mérito

O fato gerador das taxas é sempre vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte. Tal atuação do Estado pode consistir: i) no exercício do poder de polícia ou ii) na prestação de um serviço público, conforme a Constituição da República:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

[...]

Percebe-se, portanto, que **o fato gerador das taxas não está vinculado à atuação do contribuinte, e sim à do Estado**, seja por meio da prestação de um serviço público, seja por meio do exercício regular do poder de polícia.

A Taxa de Fiscalização da CVM decorre do exercício do poder de polícia legalmente atribuído à Autarquia, nos termos da Lei 7.940 de 1989.

A **definição legal de "poder de polícia"** é dada pelo Código Tributário Nacional:

Art. 78. Considera-se **poder de polícia** a **atividade da administração pública** que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, **regula a prática de ato** ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, **ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público**, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando **desempenhado pelo órgão competente** nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

No presente caso, a Comissão de Valores Mobiliários é o **órgão competente**, para o exercício do poder de polícia, por força da Lei 6.385 de 1976:

Art. 8º. Compete à Comissão de Valores Mobiliários:

I - **regulamentar**, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na lei de sociedades por ações;

II - **administrar os registros** instituídos por esta Lei;

III - **fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o Art. 1º**, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados;

[...]

Segundo o art. 1º da referida lei, a atividade de **administração de carteiras** é **disciplinada e fiscalizada** pela CVM:

Art. 1º. **Serão disciplinadas e fiscalizadas** de acordo com esta Lei as seguintes atividades: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

[...]

VI - a administração de carteiras e a custódia de valores mobiliários; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

[...]

Além disso, segundo o art. 23 de tal lei, o **exercício profissional desta atividade depende de autorização**:

Art. 23. **O exercício profissional da administração de carteiras de valores mobiliários de outras pessoas está sujeito à autorização prévia da Comissão.**

§ 1º - O disposto neste artigo se aplica à gestão profissional e recursos ou valores mobiliários entregues ao administrador, com autorização para que este compre ou venda valores mobiliários por conta do comitente.

§ 2º - Compete à Comissão estabelecer as normas a serem observadas pelos administradores na gestão de carteiras e sua remuneração, observado o disposto no Art. 8º inciso IV.

HELY LOPES MEIRELES, afirma que o **poder de polícia** tem, como **meios de atuação preventiva**, as ordens, as proibições e as normas limitadoras e sancionadoras. Neste sentido, o Poder Público edita leis e os órgãos executivos expedem regulamentos e instruções, a fim de fixar condições e requisitos, para o uso da propriedade e o exercício das atividades a serem policiadas. **Após as verificações necessárias, é outorgado** o respectivo alvará, ou seja, **o instrumento** da licença ou **da autorização para** prática de ato, **realização de atividade** ou exercício de direito **dependente de policiamento administrativo**. **Outro meio de atuação** do poder de polícia, **é a fiscalização das atividades** e bens **sujeitos ao controle da Administração**.

Assim, o **exercício do poder de polícia** da CVM **sobre os administradores** de carteiras **se manifesta direta e especificamente** pelos seguintes **meios de atuação**:

- i. **outorga da autorização para o exercício da atividade**, após as verificações necessárias (art. 23 da Lei 6.385 de 1976);
- ii. **fiscalização** (art. 1º, VI da Lei 6.385 de 1976).

Percebe-se claramente, a partir dos dispositivos legais acima transcritos, bem como dos conceitos mencionados, que **o poder de polícia se manifesta já no ato de outorga da autorização para o exercício da atividade**, ou seja, **no ato de registro**.

E, após o registro, o poder de polícia **continua a ser exercido**, por meio da **fiscalização**.

Sobre o exercício da fiscalização como meio de atuação do poder de polícia e suas implicações no que diz respeito às taxas que têm como fato gerador o exercício de tal poder, cabe uma ressalva. O **Supremo Tribunal Federal** já se manifestou no sentido de que **a existência de um órgão estruturado que exerça permanentemente atividade de fiscalização possibilita a exigência da taxa de polícia de todos os quantos estejam sujeitos a essa fiscalização**. Vide, por todos, o RE 416.601, da relatoria do Ministro Carlos Velloso, com julgamento realizado em 10/08/05, por unanimidade:

*"... Não há invocar o argumento no sentido de que a taxa decorrente do poder de polícia fica 'restrita aos contribuintes cujos estabelecimentos tivessem sido efetivamente visitados pela fiscalização', por isso que, registra Sacha Calmon - parecer, fl. 377 - essa questão 'já foi resolvida, pela negativa, pelo Supremo Tribunal Federal, que deixou assentada em diversos julgados a suficiência da manutenção, pelo sujeito ativo, de órgão de controle em funcionamento (cf., inter plures, RE 116.518 e RE 230.973). **Andou bem a Suprema Corte brasileira em não aferrar-se ao método antiquado da vistoria porta a porta**, abrindo as portas do Direito às inovações tecnológicas que caracterizam a nossa era'..."*

O órgão em questão, qual seja a CVM, exerce permanentemente a atividade de fiscalização sobre o mercado de valores mobiliários (leia-se, sobre todos os participantes deste mercado, sem exceções), nos termos do art. 8º da Lei 6.385 de 1976. De forma que não prospera argumentação no sentido de que o exercício da fiscalização consistiria em uma presunção relativa, ou ainda, de que a fiscalização seria exercida de forma potencial. Muito ao contrário, o poder de polícia é exercido de fato, não devendo, por certo, como se depreende da transcrição acima, ser confundido com "vistoria porta a porta".

Outro ponto que precisa ser frisado é que o poder de polícia continua a ser exercido pelo Estado, mesmo que o particular não exerça a atividade para a qual está autorizado. Diferentemente, caso julgue conveniente, pode solicitar formalmente à CVM o cancelamento da autorização (do registro). Ressalte-se que enquanto a autorização estiver em vigor, o particular é considerado, para todos os efeitos, participante do mercado de valores mobiliários.

No caso dos profissionais autorizados ao exercício da atividade de administração de carteiras, a não existência de vínculo entre o mesmo e uma instituição financeira não importa em cancelamento de ofício da autorização concedida. Até porque, dada a falta de previsão legal, esse hipotético cancelamento de ofício da autorização poderia importar em afronta ao art. 5º, II e XIII da Constituição da República:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa **senão em virtude de lei**;

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que **a lei estabelecer**;

[...]

Como a Taxa de Fiscalização tem como fato gerador o poder de polícia legalmente atribuído à CVM, esta é devida a partir do momento em que este se materializa direta e individualmente sobre o particular, ou seja **desde a concessão de autorização para o exercício da atividade** (do registro). Após o registro a Taxa continuará a ser devida, pois se verifica a ocorrência do fato gerador, consubstanciado na **atividade de fiscalização** exercida pelo órgão.

A Taxa **somente deixa de ser devida após o cancelamento da autorização** para o exercício da atividade, o que poderá ocorrer a pedido. Esta, inclusive, foi a conclusão à qual chegou o eminente Min. GILMAR MENDES, ao proferir o seu voto como relator da ADIN 453/SP:

*"... A Taxa de Fiscalização da CVM lançada por homologação, em regra; a obrigação tributária da pessoa natural é de responsabilidade do registrado. A responsabilidade tributária é pessoal; **esta última só deixa de existir no momento em que o interessado obtiver da CVM o deferimento de pedido formal de descredenciamento de registro...**"*

Ainda a respeito do cancelamento da autorização concedida, resta analisar alegação apresentada pelo recorrente, segundo a qual os efeitos do Ato Declaratório nº. 5.513/99 retroagiriam à data em que o participante teria deixado de exercer a atividade de prestador de serviços de administração de carteira. Eis o teor do Ato Declaratório nº 5513, de 14 de julho de 1999:

O Superintendente de Relações com Investidores Institucionais da Comissão de Valores Mobiliários, no uso da competência que lhe foi delegada pela Deliberação CVM nº. 158, de 21/07/93, **resolveu cancelar a pedido, a autorização concedida** ao Sr. BERNARDO HIME BIOLCHINI, C.P.F. nº 011.869.817-68, **para prestar os serviços de Administrador de Carteira de Valores Mobiliários**, previstos na Instrução CVM nº 306, de 05 de maio de 1999.

Como bem se sabe, atos declaratórios reconhecem direitos ou situações preexistentes. No caso em comento, a situação preexistente (aquilo que é declarado no ato) é o fato de o Sr. Superintendente ter resolvido deferir o pedido de cancelamento da autorização concedida para prestar a atividade de administrador de carteiras. Frise-se que o pedido de cancelamento foi protocolado em 05/07/99.

Além disso, nada há no teor do ato declaratório transcrito que permita inferir que os efeitos deste devam retroagir à data em que o recorrente teria deixado de exercer a atividade de administração de carteira.

Ademais, como já se esclareceu, o não exercício da atividade não poderia acarretar por si só o cancelamento da autorização.

Por fim, com relação ao argumento apresentado no sentido de que somente a lei em sentido estrito poderia criar obrigação acessória, este não merece prosperar. O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou da seguinte forma:

[...]

4. A análise conjunta dos arts. 96 e 100, I, do Codex Tributário, permite depreender-se que a expressão **"legislação tributária"** encarta a s **normas complementares** no sentido de que **outras normas jurídicas também podem versar sobre tributos e relações jurídicas a esses pertinentes**. Assim, consoante mencionado art. 100, I, do CTN, **integram a classe das normas complementares os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas** - espécies jurídicas de caráter secundário - cujo objetivo precípua é a explicitação e complementação da norma legal de caráter primário, estando sua validade e eficácia estritamente vinculadas aos limites por ela impostos.

5. É cediço que, nos termos do art. 113, § 2º, do CTN, em torno das relações jurídico-tributárias relacionadas ao tributo em si, exsurgem outras, de conteúdo extra-patrimonial, consubstanciadas em um dever de fazer, não-fazer ou tolerar. São os **denominados deveres instrumentais** ou **obrigações acessórias**, inerentes à regulamentação das questões operacionais relativas à tributação, razão pela qual sua regulação foi legada à "legislação tributária" em sentido lato, **podendo ser disciplinados por meio de decretos** e de **normas complementares**, sempre vinculados à lei da qual dependem.

[...]

(STJ, Primeira Turma. R.Esp. Nº 724.779. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 12/09/06. Unanimidade, nos termos do voto do Relator)

Portanto, é possível concluir que, a partir da data do registro, o Sr. Bernardo Biolchini passou a estar sob o poder de polícia da Comissão de Valores Mobiliários e, conseqüentemente, tornou-se contribuinte da Taxa de Fiscalização do mercado de valores mobiliários, sendo de todo irrelevante, para fins da ocorrência do fato gerador do tributo, o exercício ou não da atividade para a qual foi registrado.

Isto posto, somos pelo **indeferimento do recurso** apresentado pelo Sr. BERNARDO HIME BIOLCHINI pelo que encaminhamos o presente processo a essa Superintendência Geral, para posterior envio ao Colegiado para deliberação, nos termos do art. 26 da Deliberação CVM nº 507/06.

Atenciosamente

RAFAEL VIEIRA DE LIMA

Agente Executivo

JULIANA PASSARELI ALVES

Gerente de Arrecadação

De acordo,

HAMILTON LEAL BRAZ

Superintendente Adm. e Financeiro