

ASSUNTO: Recurso contra decisão do SGE – Taxa de Fiscalização

PAULINO CAMPOS FERNANDES BASTO

Processo CVM nº RJ-1999-3964

Trata-se de recurso interposto em 02/05/08, por PAULINO CAMPOS FERNANDES BASTO, contra decisão SGE n.º 194, de 20/03/08, nos autos do Processo CVM nº RJ-1999-3964 (fls. 19 e 20), que julgou procedente o lançamento do crédito tributário referente à Notificação de Lançamento n.º 5340/1999, referente às Taxas de Fiscalização referentes aos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º trimestres de 1995, 1996 e 1997.

Em sua impugnação, o Sr. Paulino alegou que foi indevida a cobrança do crédito tributário, pois não teria exercido a atividade de Prestador de Serviços de Administração de Carteira – Pessoa Natural durante o período objeto da notificação, uma vez que a instituição para a qual prestava serviços estava em liquidação extrajudicial no período.

Na decisão em 1.ª instância, não foi acolhida a alegação, uma vez que o cancelamento do registro somente foi realizado em 03/02/2000, cessando tão-somente a partir de tal data o exercício do poder de polícia da CVM em relação ao participante.

Em grau recursal, o Sr. Paulino, resumidamente, alega que:

- a. Teria ocorrido a prescrição intercorrente no âmbito administrativo, por ter decorrido mais de 5 anos entre a data da impugnação e o seu julgamento, com a aplicação, por analogia, do art. 5.º do Decreto n.º 20.910/32; e
- b. não teria havido durante o período referido na notificação qualquer ato que traduzisse o efetivo exercício do poder de polícia por parte da CVM, uma vez que o participante não exerceu a atividade para a qual é registrado junto à CVM, e sequer poderia exercê-la, pois estava vedado tal exercício por determinação do Banco Central do Brasil, o qual decretou a liquidação extrajudicial da instituição financeira da qual o recorrente era diretor.

Entendimento da GAC

Do cabimento e outras questões prévias:

O recurso é tempestivo, pois foi protocolado em 02/05/08, dentro do prazo de 30 dias a contar da data de ciência da decisão de 1.ª instância (07/04/08). Foi também apresentada procuração, de forma que as disposições do art. 11, *caput* e §2.º, c/c art. 25, *caput*, da Deliberação CVM n.º 507/06 restaram devidamente atendidas. Por conseguinte, opinamos pelo conhecimento do recurso.

Do mérito:

A lei 11.457/07, em seu art. 24, estabeleceu que: "É obrigatório que seja proferida decisão administrativa será proferida no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte". A referida norma legal, por possuir caráter processual, tem aplicação imediata, a partir da data de sua entrada em vigor, qual seja, 02/05/2007, inclusive aos processos em curso. Logo, a autoridade julgadora de 1.ª instância teria até 25/04/2008 para decidir sobre os litígios administrativos pendentes de julgamento concernentes às questões tributárias. Adverta-se ainda que em nenhum momento a lei menciona a ocorrência da prescrição intercorrente como consequência necessária diante de eventual inobservância ao referido prazo. Este também é o entendimento perfilhado pela Procuradoria Jurídica desta CVM através do MEMO/PFE-CVM/GJU-3/N.º 144/2008 (fls. 38 e 39).

Segundo o entendimento perfilhado pela Procuradoria Jurídica da CVM, até o advento da referida lei, não havia prazo para a apreciação de petições, defesas ou recursos apresentados pelos contribuintes, consoante se depreende dos trechos abaixo transcritos, oriundos de acórdãos do E. Superior Tribunal de Justiça:

"O Código Tributário Nacional estabelece três fases inconfundíveis: a que vai até a notificação do lançamento ao sujeito passivo, em que corre prazo de decadência (art. 173, I e II); a que se estende da notificação do lançamento até a solução do processo administrativo, em que não correm nem prazo de decadência, nem de prescrição, por estar suspensa a exigibilidade do crédito (art. 151, III); a que começa na data da solução final do processo administrativo, quando corre prazo de prescrição da ação judicial da fazenda (art. 174)" (RE 95.365/MG, rel. Ministro Décio Miranda, in DJ 03.12.81) (REsp 190.092/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 1.7.2002)

"(...) enquanto há pendência de recurso administrativo, não se fala em suspensão do crédito tributário, mas sim em hiato que vai do início do lançamento, quando desaparece o prazo decadencial, até o julgamento do recurso administrativo ou a revisão ex-officio. Somente a partir da data em que o contribuinte é notificado do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional." (REsp 485.738/RO, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 13.9.2004)

Ressaltamos que o referido posicionamento permanece sendo adotado na atualidade pelo e. STJ, conforme se verifica da ementa do REsp 1.006.027/RS, julgado pela 1.ª turma do STJ em 16/12/2008, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *Dje* 04/02/2009, abaixo transcrita:

DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PRESCRICIONAL. PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. INÍCIO DO PRAZO APENAS COM A NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE DO RESULTADO DO RECURSO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INAPLICABILIDADE EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

Isto posto, não há que se cogitar em aplicação analógica do art. 5.º do Decreto n.º 20.910/32.

No que se refere à alegação de impedimento ao exercício da atividade de administrador de carteiras, durante o período em que a instituição financeira a que prestava serviços o Sr. Paulino encontrava-se submetida, trata-se aqui de situação distinta daquela enfrentada no tratamento das companhias em

liquidação extrajudicial. Com relação às instituições financeiras participantes do mercado, tendo em vista, entre outros fatores, os riscos que a atividade irregular eventualmente praticada por parte das mesmas pode ocasionar, foram criados mecanismos de controle específicos, seja por parte da Administração Pública, seja por parte do Poder Legislativo.

Uma vez sob liquidação extra-judicial, para tomar como exemplo a hipótese que diz respeito ao recorrente, a instituição financeira passa a sofrer uma atuante ingerência por parte do Banco Central do Brasil. O mesmo já não se pode afirmar no que se refere às pessoas físicas as quais estejam legalmente impedidas de exercerem os seus misteres profissionais.

Além do que já foi dito, a instituição financeira em liquidação extra-judicial pode recuperar-se das dificuldades pelas quais passa, e neste sentido serão sempre os esforços do poder público, de forma a preservar os interesses de, por vezes, um sem número de terceiros interessados, os quais muitas das vezes sofrerão de uma forma muito rigorosa os efeitos de uma eventual insolvência ou extinção da sociedade em liquidação, seja perdendo seus empregos, seja não reavendo seus créditos de outra natureza, seja perdendo potenciais clientes ou fornecedores de produtos e serviços.

Ciente do tratamento diferenciado, como já demonstrado, que a empresa em liquidação extra-judicial é submetida por parte do Poder Público, o Colegiado Colegiado da CVM, em decisão de 16/02/1996 entendeu ser medida adequada que não sejam tais pessoas jurídicas submetidas à fiscalização da CVM, que, assim sendo, deixa de exercer o seu poder de polícia sobre as mesmas, tão somente enquanto perdurar a intervenção por parte, para citar o exemplo ligado ao caso concreto tratado, do Banco Central do Brasil.

Insta também salientar que é princípio conhecido do direito tributário o *pecunia non olet*, consoante o qual é possível aduzir que, se a atividade lícita, enquanto configure fato gerador, é tributável, com muito mais razão o será a atividade ilícita, não cabendo, portanto, indagar sobre a licitude da prática, mas tão somente quanto ao preenchimento dos requisitos definidores do fato gerador do tributo. Portanto, o simples fato de estar impedido legalmente de atuar como administrador de carteira, não significa, por si só, que o decorrente deve ser desconsiderado pela CVM na realização dos seus misteres legais de preservar o bom funcionamento do mercado e coibir práticas contrárias ao interesse público, dentro do seu campo de atuação.

Por tudo o que foi dito, é plenamente justificável que a CVM mantenha a sua atividade fiscalizatória sobre a pessoa física legalmente impedida de atuar no mercado de títulos e valores mobiliários, desde que esta pessoa não demonstre de forma inequívoca a sua intenção de não exercer a atividade para o qual solicitou registro junto à CVM. Isto, em respeito ao direito previsto no art. 5º, XIII, da CFRB/88, segundo o qual é livre o exercício de qualquer profissão, atendidas eventuais exigências legais.

O poder de polícia da CVM não pode ser aferido a partir do mero apontamento de ato individual, mas de uma atividade complexa, de caráter diário e constante, seja administrando seus cadastros, seja desenvolvendo normas, seja realizando diligências. Além disso, enquanto registrado junto à CVM, esta autarquia mobilizou recursos para proporcionar ao Sr. Paulino o exercício da sua profissão em um ambiente profissional livre de práticas que destoam ao bom funcionamento do mercado. Diferentemente do público em geral, o Sr. Paulino esteve submetido a um grau de monitoramento e a um conjunto de normas específicas, e essa especificidade de tratamento não requer que haja o efetivo exercício da atividade para a qual houve o registro, mas tão somente a existência de registro ativo já justifica um tratamento diferenciado ao então participante dos mercados de títulos e valores mobiliários.

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. Apresentamos abaixo trechos de alguns julgados que denotam tal entendimento:

TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE ANÚNCIOS (TFA). CONSTITUCIONALIDADE.

De presumir-se a efetividade da fiscalização exercida pelos agentes da Municipalidade(...)

(RE 216.207/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 25.06.1999)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO E LOCALIZAÇÃO. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. PRECEDENTES DO STF. REVOGAÇÃO DA SÚMULA 157/STJ.

1. A cobrança da taxa de fiscalização de funcionamento e localização, pelo Município, prescinde de comprovação da atividade fiscalizadora face à notoriedade do exercício de poder de polícia pelo aparato da Municipalidade, consoante orientação traçada pelo Egrégio STF. (...)

(RESP 705.540/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 15.04.2005)

Como se vê, portanto, não procede a segunda alegação apresentada pelo Sr. Paulino.

Após sua apreciação, rogamos seja o processo encaminhado ao SGE, para envio ao Colegiado, nos termos do art. 26 da Deliberação CVM nº 507/06.

Isto posto, somos pelo não provimento do recurso apresentado pelo Sr. Paulino.

Atenciosamente,

GABRIEL CAVALIERE MOURELLE

Agente Executivo

JULIANA PASSARELLI ALVES

Gerente de Arrecadação

De acordo, à GJU-3,

HAMILTON LEAL BRAZ

Superintendente Administrativo-Financeiro