

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

Gustavo Kosnitzer

Processo CVM nº RJ-2007-2660

Trata-se de recurso interposto em 02/09/08, pelo Sr. Gustavo Kosnitzer contra a decisão SGE nº 287 de 31/03/08, nos autos do Processo CVM RJ-2007-2660 (fls. 09 e 10), que julgou procedente o lançamento do crédito tributário relativo à Notificação de Lançamento 3474/104, referente às taxas de fiscalização dos 1º, 2º, 3º e 4º trimestres de 2003 e 2004.

Em sua impugnação, o Sr. Gustavo Kosnitzer alegou que foi indevida a cobrança do crédito tributário, pois nunca teria exercido a atividade de agente autônomo.

Na decisão em 1ª instância, não foram acolhidas as alegações, uma vez que a taxa de fiscalização tem como fato gerador o exercício do poder de polícia da CVM sobre o participante, o qual perdura desde o registro até o cancelamento do registro do agente autônomo. No presente caso, o registro foi realizado em janeiro de 2003 e tão-somente foi cancelado em 27/01/05, conforme folha 06.

Em grau recursal, o Sr. Gustavo Kosnitzer, resumidamente, reitera as razões apresentadas em 1ª instância, ressaltando que, de acordo com o *site* da CVM na internet, a atividade de agente autônomo é exercida tendo como requisito a existência de contrato para distribuição e mediação com uma ou várias instituições integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários. Afirmo o recorrente que nunca firmou tal sorte de contrato, de forma que isso descaracterizaria o exercício da atividade para a qual foi registrado.

Entendimento da GAC

Do cabimento e outras questões prévias

O recurso é tempestivo, pois foi protocolado em 02/09/08, dentro do prazo de 30 dias a contar da data de ciência da decisão de 1ª instância, por meio de vistas dos autos (22/08/08). 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.

HELLY 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.

Perceba-se 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 enfatizar que 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). 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 agente autônomo de investimento, a não existência de vínculo entre o mesmo e uma instituição distribuidora de valores mobiliários 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**;

[...]

O que ocorre é que a celebração de tal sorte de contrato é um requisito complementar ao registro, para o regular exercício da atividade, tal como previsto pelo art. 3º da Instrução CVM nº 434/06, transcrito abaixo:

Art. 3º A atividade de agente autônomo de investimento somente pode ser exercida por pessoa natural ou jurídica **autorizada pela CVM**, que **mantenha contrato para distribuição e mediação com uma ou mais instituições integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários**.
(grifos nossos)

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...**"

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

Portanto, é possível concluir que, a partir da data do registro, o Sr. Gustavo Kosnitzer 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 efetivo exercício ou não da atividade para a qual foi registrado.

O Sr. Gustavo Kosnitzer informa à folha 17 que apenas fez a prova de proficiência para testar seus conhecimentos. Contudo, em despacho à folha 20, a Gerência de Estruturas de Mercado e Sistemas Eletrônicos (GME) informa que, após aprovado no exame, o recorrente protocolou pedido de registro para a atividade de agente autônomo junto à CVM, em 31/10/2002. E ainda, em cumprimento a exigência apresentada pela GME, reenviou o pedido de registro em 13/12/2002. Para fundamentar seu despacho, a GME instruiu os autos com os documentos às folhas 21 a 34. Desta forma, resta comprovado que o Sr. Gustavo Kosnitzer solicitou o seu registro como agente autônomo na CVM, passando a estar submetido ao seu poder de polícia desde então, até a data de cancelamento do seu registro, em janeiro de 2005.

Isto posto, somos pelo indeferimento do recurso apresentado pelo Sr. Gustavo Kosnitzer.

Após sua apreciação, rogamos seja o presente processo encaminhado à Superintendência Geral, para posterior envio ao Colegiado para deliberação, nos termos do art. 26 da Deliberação CVM nº 507/06.

Atenciosamente,

GABRIEL CAVALIERE MOURELLE

Agente Executivo

JULIANA PASSARELLI ALVES

Gerente de Arrecadação

De acordo, ao SGE,

HAMILTON LEAL BRAZ

Superintendente Administrativo-Financeiro