



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 09 / 03 / 06

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

VISTO

Recorrente : BANCO ITAÚ S/A
Recorrida : DRJ em São Paulo-SP

CPMF. FATO GERADOR.

A utilização interna, por instituição financeira, de cheques que não tenham sido creditados, em nome do beneficiário, em contas correntes de depósito, em contas correntes de empréstimo, em contas correntes de depósito de poupança, de decisão judicial e de depósitos em consignação de pagamento, antes de apresentados aos respectivos bancos sacados, para quitação de obrigações do beneficiário junto a terceiros, traduz na "liquidação", pelo Banco, desses recursos, concretizando o elemento temporal previsto na hipótese de incidência tributária de que cuida o inciso III do artigo 2º da Lei nº 9.311/96.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO.

O registro (crédito) de cheques coletados junto a estabelecimentos do beneficiário na conta DEPÓSITOS VINCULADOS, código 4.1.1.85.00-1, do COSIF, formalmente de acordo com a sua função, consoante norma do BACEN, afasta a acusação de que esse registro teria sido efetuado numa conta paralela ou "fantasma", com o objetivo de simular a não ocorrência do fato gerador (débito na conta "fantasma"), especialmente se o não registro na conta DEPÓSITOS À VISTA, código 4.1.1.00.00-0, induz a incidência prevista no inciso III do artigo 2º da Lei nº 9.311/96.

Recurso provido em parte.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 15 / 9 / 2005

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: BANCO

ITAÚ S/A.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para afastar a multa agravada e manter a multa de ofício de 75%. Vencidos os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres (Relator), Nayra Bastos Manatta e Jorge Freire, quanto a capitulação legal da exigência e a multa agravada, e o Conselheiro Raimar da Silva Aguiar que deu provimento integral ao recurso. Designado o Conselheiro Antônio Carlos Bueno Ribeiro para redigir o voto vencedor. Fez sustentação oral, pela Recorrente, o Dr. Luciano Amaro.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2004

Henrique Pinheiro Torres
Presidente e Relator

Antônio Carlos Bueno Ribeiro
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski, Gustavo Kelly Alencar e Dalton César Cordeiro de Miranda.

cl/opr



Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Recorrente : BANCO ITAÚ S/A

RELATÓRIO

Por bem relatar o processo em tela, transcrevo o Relatório do Acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no São Paulo-SP, fls. 5107/5112:

Em conseqüência de procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias foi lavrado, em 06/10/1999, contra a instituição financeira contribuinte acima identificada, o Auto de Infração relativo à Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF (fls. 4944 a 4948) para formalização e cobrança do crédito tributário nele estipulado no valor total de R\$ 17.789.009,21 (dezesete milhões, setecentos e oitenta e nove mil, nove reais e vinte e um centavos), incluindo a multa de ofício agravada (150%) e os juros de mora, referente aos fatos geradores ocorridos no período de 21/05/1997 a 22/01/1999. A contribuinte tomou ciência da autuação em 08/10/1999.

2. De acordo com o disposto no Termo de Verificação Fiscal (fls. 4876 a 4897) e na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 4945 a 4948), o crédito tributário é decorrente de FALTA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA - CPMF, consoante os fatos a seguir descritos.

2.1. No citado Termo de Verificação, relatam os auditores fiscais autuantes que:

• a fiscalização iniciou-se na pessoa jurídica *Esso Brasileira de Petróleo Ltda**, cliente e correntista da instituição financeira interessada (*doravante identificada por *Esso ou Cliente*);

• anteriormente a 20/05/1997, o Banco Itaú recolhia os valores dos armazéns (filiais) da Esso em todo país e os depositava normalmente em conta corrente, agência 0911 e conta 00001-6, sob a denominação CREI;

• A partir de 20/05/97, sem nenhuma finalidade comercial e com o único propósito de fugir à incidência da CPMF, foi adotado um novo procedimento operacional, por meio do qual a grande maioria dos cheques emitidos a favor da empresa [Esso], que era coletada pelo Banco, não mais transitaria a crédito da conta corrente, dando origem a cheques administrativos ou a cheques-ordem de pagamento, destinados ao pagamento de fornecedores, principalmente *Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás*, evitando-se, assim, o pagamento da CPMF (Nota: havendo insuficiência de valores coletados para se efetuar os pagamentos listados, aí, sim, era realizado um débito em conta corrente, no valor faltante para efetuar a quitação. Já o excesso de valores, em relação aos pagamentos, acarretava um crédito na conta corrente da Cliente, em importância equivalente ao valor excedente);

• A partir de 03/11/98, as correspondências da Esso, ordenando o pagamento de fornecedores ao Itaú, eram acompanhadas, também, dos "boletos" de cobrança (fichas de compensação) emitidos pela *Petrobrás*, não sendo mais emitidos

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

Claudia Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cláudia Takafuji
Secretaria da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

os cheques para os respectivos bancos de cobrança, porquanto a quitação se dava pela própria ficha de compensação, autenticada pelo Itaú, que consolidava os lançamentos do dia no documento "Lançamento Interno";

• Para assim proceder, *convencionaram uma remuneração de 0,03% sobre a base de cálculo da CPMF, ou seja, o equivalente a 15% da CPMF devida, valendo o acordo, nestes termos, para o período entre 20/05/97 e 02/09/98, época em que a referida operação começou a ser fiscalizada, deixando de ser executada entre 03/09/98 e 30/10/98. Em 03/11/98, reiniciaram a operação, porém com percentual mais elevado, de 0,07%, ou seja 35% da CPMF devida, a vigorar até o fim da contribuição, ou seja, 22/01/99.*

2.2 Os autuantes elaboraram o "Relatório de Pagamento a Fornecedores" (Doc. 12 - fl. 4919 a 4924), onde encontram-se elencados os dados diários dessas operações, no período de 20/05/1997 a 22/01/1999, e, ainda, descreveram, em minúcias (fls. 4876 e 4877), a seqüência de procedimentos, ocorrida no dia 21/07/98, quanto à operação em foco. Esclarecem, ainda, que a remuneração pela coleta dos valores ("Lançamento a débito"), calculada com base no número de estabelecimentos da Esso pelos quais o Banco realizava a coleta, não se confunde com a remuneração ("tarifa de convênios") relativa ao acordo de coleta de valores e pagamento a fornecedores.

2.3 Após informarem a legislação aplicável, discorrem os autuantes sobre os elementos objetivos e subjetivos da operação; a elisão fiscal; o abuso de direito; o negócio jurídico indireto e a infração cometida, explicitando, entre outros pontos:

• a existência, na operação em apreço, de três relações jurídicas: a primeira, entre a interessada e a Esso (negócio de coleta de valores, para permutá-los por cheques administrativos - OP); a segunda entre a interessada e o detentor dos cheques administrativos (em razão da qual a interessada deve ao titular do cheque o seu valor - obrigação cartular); e a terceira, entre a Esso e seus fornecedores - principalmente a Petrobrás (cujo pagamento das dívidas se dá mediante dação em pagamento dos cheques administrativos- OP emitidos pela interessada);

• que a extinção cartular - segunda relação acima mencionada - é distinta da extinção da obrigação contratual de compra - terceira relação;

• que, ao utilizar-se de fraude e sonegação, a interessada procurou confundir a Fazenda e deixou de tributar a terceira sobre a qual também incide CPMF;

• na operação acima descrita, a interessada e a Esso agiram com fins exclusivamente emulativos, ficando patente o abuso de direito, razão porque o Fisco há de trilhar na linha da interpretação econômica, visando atingir ao fato que manifesta a movimentação de valores e de créditos e direitos financeiros;

• que a falta de recolhimento da CPMF por ocasião da extinção da obrigação de compra de derivados configura infração ao artigo 2º, inciso VI, da Lei nº 9.311, de 24/10/1996;

• que houve também infração ao artigo 16, § 1º, da Lei nº 9.311/1996, posto que o empréstimo de R\$ 5.000.000,00, feito pela interessada para a Esso (fl. 57), em 10/08/1998, não transitou pela conta corrente da mutuária, embora integralmente utilizada para pagar fornecedores;

MP



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/17/2005

2º CC-MF
Fl.

Cleusa Takafuji

Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo n° : 10768.024454/99-99
Recurso n° : 123.173
Acórdão n° : 202-15.861

• que a ocorrência de fraude, sonegação e conluio impõe o agravamento da multa de ofício (150%), de acordo com o artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996.

3. Irresignada com o lançamento, a interessada, por intermédio de seus advogados e procuradores, Dr. Luciano da Silva Amaro e Dra. Selma Fontes Ciminelli (Procuração à fl. 4958), apresentou, em 08/11/1999, a impugnação de fls. 4964 a 4985.

4. Na peça de defesa, após discorrer sobre a autuação, a impugnante alega, em síntese, que:

4.1. a fiscalização, ao fundamentar a autuação invocando, de modo contraditório, o abuso de direito, a manipulação da forma dos atos jurídicos, a elisão fiscal, o negócio jurídico indireto, a interpretação econômica do direito tributário e o espírito de solidariedade e justiça social, acaba por anular esses argumentos;

4.2. *o item sobre abuso de direito (fls. 11 e seguintes do Termo) contém apenas citações doutrinárias, sem que se diga em que elas se aplicariam ao caso dos autos, até porque, nessas citas, se refere e se reitera o direito de o contribuinte se auto-organizar, escolhendo a forma jurídica com a qual seja MENOS onerado, não se explicando porque o banco impugnante e sua cliente teriam que renunciar à aplicação desse dogma unânime.*

4.3. não há lugar para a aplicação da interpretação econômica para fins de incidência tributária, pois no Brasil é consagrado o princípio da reserva da lei para tanto;

4.4. o artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.311, de 24/10/1996, não tem nada de "norma antielisiva", pois se trata de artigo que tem o *single* objetivo de definir o que é movimentação financeira, afastando discussões que pudesse haver quanto à forma da operação (liquidação ou lançamento), quanto ao modo de circulação da moeda (física ou escritural) e quanto à irrelevância da transferência de titularidade dos valores;

4.5. o artigo 2º, inciso VI, da Lei nº 9.311/1996, *não se dirige para a atividade bancária, mas sim a eventuais operações que pudessem ser realizadas fora do sistema bancário, e que pudessem ser uma alternativa para este, produzindo os mesmos resultados previstos nos itens anteriores, mas com a "vantagem" de fugir à incidência da CPMF, por escapar ao trânsito bancário, justificando o seu entendimento nas disposições específicas para identificar o contribuinte (art. 4º, inciso V), para atribuir responsabilidade tributária (art. 5º, inciso III), e para definir a base de cálculo (art. 6º, inciso IV);*

4.6. nas disposições específicas acima referidas, o legislador não fala em *instituições financeiras* (como se dá nos demais incisos), mas sim em *"aqueles" que intermediarem as operações, pretendendo atingir não as instituições financeiras, mas sim outras pessoas que façam a chamada "câmara de compensação privada", ou seja, trata-se de situação na qual uma pessoa organiza um sistema informal (...) que faça a intermediação financeira fora do sistema financeiro oficial;*

4.7. *a inda que se admitisse, ..., o enquadramento da autuação no inciso VI, competiria aos Autuantes comprovar a ocorrência da situação nele*

A



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Cláudia Takafuji

Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

descrita, ou seja, teria que haver prova inequívoca que sustentasse a presunção de existência de sistema organizado com a finalidade de produzir os efeitos elencados nos incisos I a V do art. 2º;

4.8. depois de longas considerações sobre abuso de direito, abuso de forma, elisão, negócio indireto, interpretação econômica etc., os Autuantes optaram por invocar expresso enquadramento legal (o item VI do art. 2º), o que tornaria desprocurando discutir aqueles tópicos;

4.9. depois de invocarem a hipótese legal de "sistema organizado, presumido a partir de circunstâncias que pudessem ser reunidas" – e tendo em vista que os Autuantes não arrolaram nem demonstraram quais seriam as "circunstâncias" que pudessem tê-los feito presumir a existência de um "sistema organizado", acabam por simplificar a questão, ao descrever o fato (circulação escritural, traduzida na transferência de crédito) e capitulá-lo no questionado quesito;

4.10. ao examinar a estrutura dos negócios jurídicos questionados pela Fiscalização, que os valores coletados,...., podem igualmente ter dupla ou múltipla destinação: parte creditada em conta da cliente, parte depositada em conta de terceiro, parte utilizada para compra de cheque administrativo, assim como também pode ocorrer que um mesmo pagamento a terceiro possa ser feito com recursos em parte sacados da conta corrente e em parte entregues em dinheiro ao banco, concluindo trataram-se de práticas rotineiras na atividade bancária, exemplificando com o caso de pagamento de obrigação feito por um correntista, pessoa física;

4.11. não houve nenhuma "deformação" do contrato de conta corrente, com fins emulativos, tendo se dado, a par do contrato de conta corrente, a contratação de outra relação jurídica, de conteúdo diverso, executada nos termos acordados entre as partes, sem nenhuma mácula quanto à sua legalidade;

4.12. trata-se de operações lícitas, comuns na prática bancária, sobre as quais foram cobradas tarifas de convênios que nada têm de "estranho" ou de ilegal;

4.13. não ocorre permuta, mas sim prestação de contas do mandato outorgado ao banco para receber o valor do cheque, junto ao banco sacado, quando o valor do cheque do cliente entregue ao banco (no chamado "endosso-mandato") é recebido pelo banco, através da câmara de compensação, e deve ser entregue ao cliente, creditado em sua conta ou na conta de terceiro, ou utilizado para pagar obrigação do cliente – sempre de acordo com as instruções do cliente;

4.14. não existe a suposta "dação em pagamento" e mesmo que se pudesse falar de "dação", o fato não corresponderia nem a circulação "escritural" nem a circulação "física" de moeda;

4.15. o cheque não é "dado em pagamento"; o que, com o cheque, se dá é ordem (ao banco) para que pague; por isso, na dação em pagamento, a obrigação se considera extinta com a entrega do bem (dado em pagamento), enquanto, no pagamento instrumentado pelo cheque, o pagamento se considera efetuado com o resgate do cheque pelo banco sacado;



Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cláudia Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

4.16. *a mera emissão do cheque ou sua entrega ao beneficiário (quer se trate do próprio credor da obrigação a ser adimplida, quer se trate de terceiro, em cujo nome o credor peça o cheque seja emitido) não é fato gerador de CPMF, diante da absoluta falta de previsão legal.*

4.17. *a entrega do cheque OP pelo banco impugnante a credor de sua cliente não é fato gerador da CPMF por não configurar circulação nem física nem escritural de moeda;*

4.18. *o empréstimo não foi creditado em conta corrente nem seu valor foi dela debitado, tratando-se, porém, de conduta expressamente prevista na legislação pertinente (art. 16, § 3º, da Lei nº 9.311/1996 c/c art. 4º da Portaria MF nº 06, de 10/01/1997;*

4.19. *mesmo que pudesse incidir a CPMF nas situações discutidas, jamais poderia ser aplicada a multa prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96;*

4.20. *os juros de mora, nos termos da Lei nº 9.430/1996 (art. 43 par. ún.) incidem, no mês do pagamento do tributo, à taxa de 1%, porém, a Fiscalização computou-os à taxa SELIC.*

5. Em 26/06/2000, foi proferida a Decisão DRJ/RJO nº 2.741, (doc. de fls. 5004 a 5020), que julgou parcialmente procedente o lançamento, exonerando-se a parcela da CPMF calculada sobre o financiamento bancário concedido, conforme ementa a seguir transcrita:

Assunto: Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF

Período de apuração: 21/05/1997 a 22/01/1999

Ementa: CONTA CORRENTE PARALELA. A criação de sistema organizado, por empresa (inclusive instituição financeira), que produza os mesmos efeitos de lançamento a débito em conta corrente de depósito, constitui fato gerador da CPMF, previsto no art. 2º, inciso VI, da Lei nº 9.311/96. O legislador quis elidir qualquer tentativa de se criarem meios para não se pagar tributo.

O empréstimo não foi creditado em conta corrente, nem seu valor foi dela debitado por tratar-se de conduta expressamente prevista na Portaria MF nº 06/97.

O sistema organizado pela instituição financeira com o fim de afastar a incidência da CPMF nas operações efetuadas por seu cliente, caracteriza sonegação, fraude e conluio, previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE

6. A interessada tomou ciência da decisão administrativa de primeira instância, em 27/07/2000 (doc. de fls. 5027), e, em 21/08/2000, interpôs recurso voluntário ao Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 5028 a 5054), acompanhado dos documentos de fls. 5055 a 5078.

7. Às fls. 5083 a 5089, foi juntada cópia da decisão do MM. Juiz da 11ª Vara Federal, prolatada no processo nº 99.0023693-1, relativo à ação ajuizada pela empresa ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA. contra a cobrança da CPMF pela União. A sentença cita e adota a conclusão extraída do julgamento administrativo



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleiza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

em primeira instância, e julga improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas e de honorários, com base no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

8. Em Sessão de 19/03/2002, acordaram os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em anular o processo, a partir da decisão de primeira instância, inclusive, proferindo o Acórdão nº 202-13.643, que assim está ementado:

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE. A competência para julgar, em primeira instância, processos administrativos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal é privativa dos ocupantes do cargo de Delegado da Receita Federal de Julgamento. A decisão proferida por pessoa outra que não o titular da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, ainda que por delegação de competência, padece de vício insanável e irradia a mácula para todos os atos dela decorrente. Processo que se anula, a partir da decisão de primeira instância, inclusive.

9. Os autos foram, então, encaminhados a esta DRJ/SPO-I para julgamento em primeira instância, tendo em vista a Portaria MF nº 259, de 24/08/2001, que aprovou o Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, o qual, em seu Anexo V, consignou alterações quanto à competência e à jurisdição das Delegacias da Receita Federal de Julgamento.”

Os Julgadores da Oitava Turma de Julgamento em São Paulo (DRJ/SPO-I) acordaram em:

1) pelo voto de qualidade, julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o lançamento da CPMF, exonerando-se, quanto ao fato gerador lançado em 12/08/1998, a parcela CPMF calculada sobre o financiamento bancário concedido em 10/08/1998, nos termos do voto do julgador Cesar Leony Fonseca da Cunha. Vencidas as julgadoras Silvia Helena S. B. Antico e Rosangela Segalla Afanasief, que votaram pela manutenção integral do crédito tributário;

2) por maioria de votos, **manter** a multa agravada de 150%, nos termos do voto da relatora, vencido o julgador Cesar Leony Fonseca da Cunha, que era pela aplicação do percentual de 75%.

Os julgadores Cesar Leony Fonseca da Cunha e Rosangela Segalla Afanasief declararam o voto.

Em 13 de agosto de 2002, a Recorrente foi cientificada da decisão acima mencionada, fl. 5142.

Não conformada com a Decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, a Recorrente, por meio de seus Representantes Legais, recorreu em 13 de setembro de 2002 a este Conselho, fls. 5.145/5.171. Neste Recurso estão presentes os argumentos já trazidos na Peça Impugnatória, fls. 4.964 a 4.985, e alegações que em síntese são:

a) os autuantes, ao invocarem diversas teses contraditórias para fundamentar a autuação, acabaram por anulá-las;

M



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/17/2005

2º CC-MF
FI.

Cláudia Takafuji

Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

b) informa que a conduta adotada não só é corriqueira no trato das operações bancárias, como em nada macula tanto o estabelecido pela legislação bancária como o disposto pela legislação da CPMF. Portanto, trata-se de prática legítima e usual;

c) não há previsão legal que imponha à Recorrente a adoção de procedimentos que lhe sejam fiscalmente mais onerosos. O auto de Infração, ao discricionariamente impor um procedimento, invade o direito da Recorrente de organizar a própria atividade econômica;

d) a operação bancária de coleta de cheques e de pagamento de obrigações de um mesmo cliente não se constitui em sistema organizado;

e) a emissão de cheque OP não pode ser entendida nem como dação em pagamento nem como permuta, isto porque o cheque não é bem que possa ser dado em pagamento, mas sim é a ordem para que se pague. E ainda que fosse acolhido o entendimento de que ocorreu dação em pagamento, tal fato não corresponderia nem a circulação escritural nem a circulação física ou escritural de moeda;

f) o procedimento adotado pela Recorrente para o registro contábil de recebimentos e pagamentos por conta de terceiros encontra-se amparado pela Circular BACEN nº 2.535, de 19 de janeiro de 1995, que determinava que o produto da coleta de valores fosse registrado na conta "Depósitos Vinculados". Informa ainda a Recorrente que apenas a partir da Circular BACEN nº 3001/00 que, posteriormente aos fatos tratados neste processo, alterou a Circular BACEN 2.535, passou haver determinação no sentido de que produto de coleta de valores, contratada com o banco, seja creditado na conta corrente do cliente contratante;

g) cita decisões judiciais que suspendem, em favor de clientes, a aplicação da Circular BACEN 3001, em face de ela contrariar o art. 17, I, da Lei da CPMF, que admite período de vigência da CPMF que admite um endosso nos cheques pagáveis do país;

h) não merece acolhida a acusação de abuso de forma jurídica, abuso de direito em matéria tributária, de que o contrato de coleta configuraria negócio jurídico indireto. Nem cabe a interpretação econômica do direito tributário, que não é consagrada pelos nossos costumes e pela nossa lei;

i) depois de considerações sobre abuso de direito, abuso de forma, elisão, negócio indireto, interpretação econômica etc., os autuantes optaram por invocar expresso enquadramento legal (o item VI do art. 2º), o que tornaria desprovido discutir aqueles tópicos;

j) diferente do que pretende a fiscalização, o fato gerador está sob a vista de todos, portanto, conhecido da interessada, por ela intermediado e evidente, ou seja, não oculto, não dissimulado, não evitado, portanto, não existe a fraude alegada para fundamentar a multa agravada;

k) depois de invocarem a hipótese legal de sistema organizado, presumido a partir de circunstâncias que pudessem ser reunidas - e tendo em vista que os autuantes não arrolaram nem demonstraram quais seriam as circunstâncias que pudessem tê-los feito presumir a existência de um sistema organizado -, acabam por simplificar a questão, ao descrever o fato (circulação escritural, traduzida na transferência de crédito) e capitulá-lo no questionado inciso;

M



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15 / 7 / 2005

2º CC-MF
Fl.

Cleusa Takafuji

Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

l) o empréstimo não foi creditado em conta corrente nem seu valor foi dela debitado por se tratar de conduta expressamente prevista no art. 4º da Portaria MF nº 06/97; o empréstimo, portanto, podia deixar de transitar por conta corrente;

m) que mesmo que admita a incidência da CPMF nas situações discutidas, não poderia ser aplicada a multa prevista no art. 44, II, da Lei nº 9.430/96.

Por fim, conclui pela total improcedência do auto de infração no que mantido pelo acórdão Recorrido, que, portanto, merece ser reformado.

Às fls. 5210/5214, a Recorrente requereu o levantamento do Depósito Recursal efetuado em 21/08/2000, quando da apresentação do primeiro Recurso Voluntário. Foram arrolados bens à fl. 5205, por meio dos ofícios dos respectivos cartórios de registro de imóveis (fls. 5222 a 5257).

É o relatório.

M



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR
HENRIQUE PINHEIRO TORRES

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

É evidente que a questão crucial reside na confirmação, ou não, da subsunção de um dado acontecimento real, apontado pela fiscalização, a certa hipótese de incidência prevista na lei tributária. Como a autuação também formulou o agravamento da multa, o passo seguinte, uma vez confirmada a subsunção anteriormente referida - e apenas se confirmada esta subsunção - consistirá no exame da justa adequação das condutas praticadas aos tipos objetivo e subjetivo que compõem os ilícitos dos arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 1964.

Dos autos, são conhecidas três relações jurídicas: a primeira, entre a recorrente e a Esso (negócio de coleta de valores e pagamento de dívidas, com emissão de cheques administrativos, ou não); a segunda, entre a recorrente e o detentor dos cheques administrativos (em razão da qual se constituíram obrigações cambiais); e a terceira, entre a Esso e seus fornecedores, quase sempre a Petrobras (em razão de compra e venda de combustíveis), a teor das seguintes palavras dos agentes do Fisco, às fls. 4.889/4.890:

Antes de aprofundar a questão, o intérprete deve vislumbrar, in casu, três relações jurídicas distintas, para que sejam realçados os sujeitos e os objetos correspondentes. Na primeira delas, a emissão dos cheques administrativos/OP decorreu de um negócio fundamental celebrado entre a Esso e o banco, pelo qual esse último coletava os pagamentos dos clientes daquela pessoa jurídica, geralmente efetuados também por cheques, para permutá-los por cheques administrativos/OP. A uma parte, pois, isto é, ao banco, reservava-se o dever de recolher os pagamentos dos clientes da outra e emitir cheques administrativos/OP; no pólo oposto, como credora, ficava a Esso com o direito aos créditos incorporados nos cheques administrativos/OP gerados. A partir daí, entretanto, nasce um outro direito, o cartular, de natureza cambial, "embutido" nos cheques administrativos/OP emitidos, centrado numa segunda relação jurídica.

Tal direito cartular implica na exigibilidade plena por parte daquele que detém o documento, porquanto os títulos de crédito consagram, como máxima inatacável, a livre circulação e a transmissibilidade desse direito. Em outras palavras: na relação jurídica do direito cartular, o sujeito de direito será o possuidor do título; no pólo passivo, porém, no exame das particularidades dos cheques administrativos/OP, estará sempre o banqueiro, pela ordem dada contra si próprio, como aquele a quem competirá o cumprimento da obrigação de dar a quantia estipulada pela literalidade documental. O que se tem é uma relação jurídica estabelecida entre o empresário bancário e o que mantém a posse do cheque administrativo/OP, da qual se derivam direitos e obrigações específicos. Outrossim, em paralelo, na terceira relação a ser examinada, Esso e Petrobras realizaram negócios de compra e venda de derivados de petróleo. Resumiam-se as obrigações convencionadas em haver a compradora que pagar o preço e a vendedora que entregar coisa certa. Cumprindo a Petrobras o que ficou acordado, a Esso passou a figurar como devedora exclusiva, até a liquidação da dívida, a ser quitada mediante o pagamento do preço firmado. Direitos e obrigações, portanto, surgiram de uma relação jurídica distinta daquela existente entre Banco Itaú e o detentor dos cheques, e também distinta da que se criou entre o banco e a Esso. Todavia, os devedores das obrigações que se vislumbram, nas pessoas da Esso, em



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15 / 7 / 2005

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleiza Inakafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

uma situação, e do Banco Itaú, em duas outras, teriam que extingui-las em dado momento.

Começo por analisar se restou configurado o fato gerador da CPMF, como dito no Termo de Verificação Fiscal, fl. 4.895, cuja passagem pertinente transcreve-se abaixo:

Melhor afirmação é a de que o banco quis organizar – e organizou - um sistema interno pelo qual se viabilizou a possibilidade de não efetuar lançamentos, **pela integralidade dos valores, a crédito e a débito na conta corrente escritural.** Ressalte-se que o esquema montado, todavia, **mantinha a funcionalidade de uma conta corrente,** como leva a crer a vontade das partes, sem que o nome da Esso aparecesse na movimentação integral dos créditos e dos débitos. Assim, **embora sem conseguir impedir a circulação escritural do crédito financeiro – daí o fato gerador - o banco responsável, em conluio com o contribuinte, praticou condutas reiteradas cuja intenção foi a de excluir ou modificar as características essenciais desta circulação, não promovendo o registro do crédito total recolhido para não ter que registrar o débito por inteiro, fazendo-o tão-somente pelo saldo remanescente, sem abandonar a tipicidade da conta corrente, e estipulando benefícios para ambos, sendo um desses ganhos pretendidos a economia indevida da contribuição.** (grifos nossos)

De plano, a partir das informações prestadas pela Esso, fl. 42, e da cláusula contida no item 5.1 do Contrato de Recolhimento, fls. 156/175, resta cristalino que os valores coletados eram creditados em conta-corrente até o dia 20 de maio de 1997. Depois dessa data, construindo um caminho alternativo, as partes convencionaram que os valores recolhidos pelo Itaú seriam utilizados, sem o trânsito na conta-corrente, para o pagamento de obrigações da cliente multinacional. E assim o fizeram, aproveitando-se o montante dos créditos acumulados na mencionada coleta. Essa nova opção, na opinião da recorrente, denota a preferência por uma forma lícita e menos onerosa para a contribuinte, a Esso, que remunerava a instituição financeira pelos serviços como um todo, o que incluía o recolhimento dos valores, a emissão de cheques administrativos e o pagamento das dívidas da cliente, por ordem desta.

A atenção deste julgador, na fase inicial de apreciação, concentra-se na emissão de cheques administrativos, para a liquidação de dívidas contraídas, e no pagamento de obrigações sem o uso daqueles títulos, quando os bloquetes encontravam-se em poder do Itaú. Diante das provas trazidas aos autos, a emissão de cheques administrativos, mediante ordem, ilumina a manifesta intenção da Esso, no sentido de transferir créditos à Petrobras – e acrescentem-se - conservados junto ao Itaú, originados da coleta de valores. O mesmo se pode dizer dos pagamentos de dívidas, também mediante ordem, quando os respectivos papéis de cobrança estavam com o referido banco.

Por oportuno, convém realçar que os cheques administrativos mantêm certas particularidades, as quais mereceram de Fábio Konder Comparato valiosas lições, constantes na obra de Mestre Rubem Requião (Curso de Direito Comercial, 2º vol. Ed. Saraiva, 23ª edição, pág. 522). Diz o autor sobre o tema:

O chamado cheque bancário, ou de tesouraria, apresenta marcante particularidade em relação ao cheque comum. Esse particularismo resulta do fato de que emitente e sacado são uma só e mesma pessoa. O título não apresenta, pois, uma estrutura de saque ou ordem de pagamento, como o cheque comum, mas sim de promessa de

M



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15 / 7 / 2005

2º CC-MF
Fl. _____

Processo n° : 10768.024454/99-99
Recurso n° : 123.173
Acórdão n° : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

**pagamento, em tudo analógica de uma nota promissória a vista (RT 449/63).
Destaquei.**

Mostra-se irrazoável, isto sim, imaginar que o banco emitente vá dar ordem a si mesmo. Sérgio Carlos Covello (in *Contratos Bancários*, ed. Saraiva, 1981, págs. 141/142) esclarece que, dada a natureza própria do cheque administrativo, *muitos autores negam que esta modalidade seja cheque, preferindo equipará-la à nota promissória*, afinal, prossegue o autor, trazendo os conhecimentos de Waldemar Ferreira:

incompreensível era pudesse o banco sacá-lo contra si mesmo, pois a pluralidade de estabelecimentos bancários não desfaz a unidade da pessoa jurídica. Indiscutivelmente podia o Banco dar a suas filiais, sucursais ou agências quantas ordens de pagamento lhe aprovesse, tanto verbalmente, como por escrito. Por cheque, não. Se, porém, expedindo-a, de cheque a denominava e lhe imprimia a forma deste, esse somente podia ser cheque impróprio. Cheque adúltero, chamá-lo-iam os juristas de antanho. Cheque não seria, senão no nome. Só de nome. Carecia da natureza jurídica do título pela ausência de seus requisitos substanciais. Acentuou-se, não obstante, sua usança, no estrangeiro, principalmente, e investido de relevante papel econômico, **a despeito de não passar, em verdade, de autêntica nota promissória, de cheque denominada.** Destaque não constante do original.

A mesma linha é defendida por Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior (in *Títulos de Crédito*, ed. Renovar, 2ª ed. Págs. 535/536), o qual ainda acrescenta (in ob. cit. Págs. 572/573), em posição diametralmente oposta às afirmações da defesa:

O cheque administrativo não comporta contra-ordem quando emitido pelo banco a favor de terceiro, porque quem solicita ao banco sua emissão não integra a relação cambiária chéquica, pois quem figura como emitente é o banco e não a pessoa que lhe entregou dinheiro e pediu que emitisse cheque bancário. Por outro lado, o STF, em matéria de cheque bancário, já decidiu que, **“uma vez lançado à circulação, não pode o sacador-sacado recusar o seu pagamento a pretexto de contra-ordem de terceiro, que lhe solicitou a emissão (RTJ 69/550). Se, no entanto, a pessoa solicitante do cheque administrativo nele também figurar como seu beneficiário e ainda estiver com o título em seu poder, poderá dar contra-ordem.** Grifos nossos.

Desfeita, pelo prisma em lume, a impressão errônea, posto que não é ordem de pagamento, mas promessa de pagamento, em virtude de uma peculiaridade que a distingue do cheque comum, cabem algumas considerações sobre a utilização dos cheques administrativos:

1º) não se pode deixar de anotar que o cheque é título de crédito e, como tal, coisa móvel, segundo a configuração dos arts. 47 e 48 do Código Civil, de 1916, e coisa diferente de dinheiro, o que a Esso deveria entregar à Petrobras, conforme implícito ao contrato de compra e venda de derivados de petróleo, porque a pecuniariedade é elemento integrante desta espécie;

2º) a doutrina aceita que os contratantes, na celebração da compra e venda, estipulem *“uma correspondente expressão fiduciária (nota promissória ou cheque de emissão do comprador, letra de câmbio ou duplicata de seu aceite), representativa do preço em dinheiro”, desde que se trate, contudo, “efetivamente, de um valor fiduciário, isto é, de um título representativo de*

M



Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

dinheiro", como preleciona Caio Mário da Silva Pereira (in Instituições de Direito Civil, vol. III, 1998, pág. 110);

3º) o festejado Mestre, todavia, esclarece que "a pecuniariedade é essencial somente no momento da celebração do contrato, que se não descaracteriza se, no momento da solutio, for convencionada a entrega de coisa diversa (aliud pro alio), mediante dação em pagamento" (in ob. cit, pág. 111) (grifos nossos);

4º) quando a Esso pretendeu extinguir a obrigação contratual originária da compra e venda, valendo-se de cheques administrativos, posteriormente à celebração do negócio, fez uso de promessas do banco, corporificadas nos documentos emitidos pela instituição financeira, entregando-os à fornecedora, pro soluto, tal a liquidez dos créditos neles "armazenados", garantidos pelas promessas de pagamento de um banco de renome;

5º) o cheque, como título de crédito, é o documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado, como definiu Cesare Vivante, destacando-se, neste julgado, dentre os seus atributos, a autonomia e a abstração; a primeira, para assegurar que a emissão do cheque gera um novo direito, totalmente distinto e independente da relação jurídica que determinou a emissão do documento, seja essa relação referente à "compra" dos títulos, como afirma a recorrente, ou à "permuta", como disseram os autuantes, ou a qualquer outra;

6º) tais promessas vinculavam o banco ao detentor dos cheques, cabendo àquele honrar a obrigação cambial com seus próprios recursos e não com os fundos da Esso, porque os cheques não foram emitidos pela cliente, a distribuidora multinacional;

7º) está fora de dúvida, entretanto, que o banco assumiu a obrigação cambial, na emissão de cheques administrativos, tão-somente, depois que a Esso ordenou a movimentação dos recursos que mantinha no Itaú, provenientes da coleta de valores;

8º) sem a ordem de emissão, o Banco Itaú não teria expedido as promessas de pagamento para a Petrobras;

9º) se com a entrega dos cheques administrativos efetivou-se, em vez de dação em pagamento, mas, como quer a recorrente, o próprio pagamento da obrigação contratual que se pretendia extinguir, o que tem idêntico efeito liberatório, importa perceber que, independentemente da qualificação que se lhe dê, houve transferência do direito de crédito, da Esso, para a Petrobras, com a intermediação do Itaú, que emitiu os cheques em nome desta última;

10º) o efeito liberatório alcançado pela entrega dos cheques administrativos é exatamente igual ao que seria produzido se a Esso providenciasse a entrega dos cheques que emitisse - ela mesma, e não o Itaú - em nome da Petrobras, porquanto, de forma idêntica, ocorreria a transferência de créditos entre ambas, créditos esses mantidos junto ao Itaú;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Alícia Takafuji

Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

11º) cabe aduzir, sobretudo, que a transferência dos créditos, por cheque administrativo, pressupõe uma série de atos jurídicos sucessivos: a ordem de emissão, a emissão em si e a entrega dos cheques à estatal, ou a quem a representasse;

12º) houve uma triangulação articulada, reservando-se ao Itaú a localização no vértice do esquema, pelo contato com as duas pontas, ocupadas pela Esso e pela Petrobras, porque pôde ficar com os créditos da primeira, o que lhe serviu de cobertura, a partir daí, para a emissão dos cheques administrativos à segunda, assumindo o compromisso de honrar a obrigação cambial com seus próprios fundos;

13º) para o juízo da adequação típica é irrelevante se a entrega do cheque serviu como dação em pagamento ou como pagamento em si, e, sim, a constatação da emissão e do pagamento de dívidas. Estes são os momentos significativos, no que importa, de acordo com a lei, à movimentação do direito de crédito proveniente da coleta de valores, mediante ordem da multinacional.

É o que restará demonstrado, ao final deste voto.

De onde recomeço, percebo total desinteresse da lei no que toca à espécie negocial em cujo bojo se emitiram os cheques administrativos, isto é, se as partes convencionaram comprar ou permutar cheques. Também não há na peça principal da autuação qualquer menção à subordinação das aludidas modalidades contratuais ao alegado fato gerador do tributo, consistente na movimentação do direito de crédito.

Do que se juntou nos autos, é nítido que Itaú e Esso montaram uma conta corrente "paralela". Em apoio ao aqui dito, estão as letras maiores da obra de Covello (in ob. cit, pág. 92), quando, seguindo as orientações de Orlando Gomes e de Caio Mário da Silva Pereira, o autor magistralmente resume, à luz das lições do primeiro, que tal é o contrato pelo qual "o Banco se obriga a inscrever em partida de débito e crédito os valores monetários retirados ou remetidos pelo cliente", enquanto distingue o seguinte conceito emanado do segundo jurista: "Tomado este contrato como operação bancária, simplifica-se o seu mecanismo, uma vez que as partes somente fazem remessas pecuniárias lançando o Banco a crédito do cliente o que este lhe entregar ou por ele receber de terceiros e a débito os saques, ordens de pagamento, tributos e demais despesas.

Covello ainda nos socorre com maiores detalhes:

A conta corrente bancária é de grande utilidade prática. Por ela, o cliente **pode efetuar pagamentos sem a necessidade de manusear dinheiro**, valendo-se para isso do cheque que é instrumento indispensável na vida moderna; por outro lado, pode receber de terceiros, por intermédio do Banco, valores rigorosamente contabilizados pela empresa bancária, evitando erros e perda de tempo. As grandes empresas valem-se do Banco para proceder à arrecadação de carnês e de outras obrigações num sistema adequado e seguro (...). Os Bancos aceitam, assim, encargos dos mais onerosos, como, por exemplo, o pagamento em outras praças, a realização de operações em divisas estrangeiras ou com títulos e **especialmente a cobrança de quantias vultosas e em massa**, que, se realizadas pelo próprio cliente, acarretar-lhe-iam inúmeros gastos.

M



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15 / 7 / 2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleiza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

O Banco, por sua vez, lucra com o numerário recolhido, aplicando-o em sua atividade de intermediação de crédito.

Para o Banco, a conta corrente além de ser instrumento de coleta de fundos, oferece pelo menos três vantagens de ordem prática: espelha contabilmente as operações realizadas e exprime seu resultado aritmético de maneira eficaz; constitui instrumento normativo, porque regula as relações como a abertura de crédito, o depósito, o empréstimo, o desconto etc; e, finalmente, assume condição de garantia, visto que possibilita ao Banco compensar os créditos que tenha contra o cliente, debitando-os na conta. Assim, por exemplo, o Banco pode debitar na conta do cliente os aluguéis devidos pela locação de caixa, as parcelas referentes a empréstimos realizados, os gastos com a cobrança ou desconto de títulos etc. ... (in. ob. cit. págs. 95/96) Grifamos.

Adiante, continua Covello:

Em definitivo, a conta corrente serve de instrumento contábil a todo contrato bancário de execução repetida, quer dizer, aqueles contratos que implicam uma relação de negócios entre o Banco e o cliente de caráter estável, que se traduz em prestações dinheirárias, bem de uma das partes, bem de ambas as partes, e que dão lugar a variações quantitativas da situação originária ... (pág. 100). Grifamos.

E, avante, Covello aproveita para anunciar o serviço de caixa, a causa da espécie contratual em tela:

Há toda uma relação de mandato entre cliente e Banco que se superpõe a um mero contrato normativo ou cláusula acessória. O Banco se compromete a executar as ordens que o cliente emite (pagamentos, cobranças, transferências, etc), em virtude da relação duradoura criada pelo contrato de conta corrente. Tem o contrato causa própria, que é o serviço de caixa, o conjunto de prestações que o Banco, por intermédio de sua organização, realiza por conta e no interesse do cliente. E nisto a conta corrente se distingue do depósito, da abertura de crédito ou de qualquer outra figura contratual. (pág. 101). Grifos nossos.

Agora, Covello trazendo as lições de Giacomo Molle, em outra edição (in. ob. cit, 4ª ed, pág. 98):

É o contrato em virtude do qual o Banco, contra a prestação de fundos necessários, assume o serviço de caixa do cliente, obrigando-o a cumprir, no interesse do último, pagamentos e cobranças por caixa ou por giro dentro do marco de sua obrigação. (grifos nossos)


E Covello completa (in ob. cit. 4ª ed, pág. 98):

Como se observa, o contrato de conta corrente resume-se na obrigação contraída pelo Banco de realizar uma série de negócios por conta do cliente, desenvolvendo um verdadeiro serviço de caixa: honrar ordens de pagamentos que o cliente lhe transmite por meio de cheques, pagar letras de câmbio, faturas, conta de luz, de água e de esgoto, de telefone, bem como arrecadar fundos do cliente ou de terceiros. (grifos nossos)

Também Nelson Abrão, oportunamente, nos serve para interligar a conta corrente bancária ao serviço de caixa (in Direito Bancário, Saraiva, 7ª ed, pág. 172), igualmente sob a disciplina de Molle:



Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861


Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Assim, “na base da conta corrente bancária, existe indubitavelmente um mandato, ainda que de conteúdo indeterminado, pelo qual o banco, assumindo o serviço de caixa do cliente, se obriga ao cumprimento dos atos e negócios jurídicos solicitados pelo correntista. (grifos nossos).

E, à frente, Abrão dá o arremate (págs. 173 e 174):

Como no contrato de conta corrente bancária é colocado um serviço de caixa à disposição do correntista, pode ele, de várias maneiras, movimentar a conta. No que concerne à alimentação desta, ocorre ela, como vimos, pelas operações ativas que o banco faz a benefício do cliente, tais como cobranças, recebimentos etc. Pode o correntista efetuar o depósito de somas em dinheiro, mas este não possui as características do contrato típico de depósito, que tem natureza real, enquanto a conta corrente é consensual. Ademais, os depósitos feitos pelo correntista são considerados como entrega de dinheiro para a execução do mandato que ele confere ao banco. Quanto ao desfrute pelo cliente dos serviços de caixa, pode dar-se de várias maneiras: seja pelos pagamentos que o banco faz, conforme o contrato, em favor do cliente, seja por meio de cheques. Grifos nossos.

Depois de transcritos os melhores, anote-se que a defesa relaciona os serviços contratados, a teor dos itens 6 e 7, à fl. 5.151, e 13 e 14, à fl. 5.153, *verbis*, os quais se conformam às prestações intrínsecas ao serviço de caixa:

6. Os serviços contratados entre o recorrente e a cliente traduzem práticas bancárias corriqueiras. Trata-se de:

serviço de coleta de valores “a domicílio” (sic), operação usual dos bancos, mediante o qual o cliente contrata o banco para fazer a coleta, no estabelecimento do cliente, de recursos em dinheiro ou em cheques;

serviço de pagamentos, mediante o qual o cliente ordena ao banco que pague obrigações dele, cliente, junto a terceiros, utilizando recursos entregues ao banco pelo cliente ou recursos debitados na “conta-corrente” (sic) do cliente.

7. Alternativamente, caso os bloquetes (papéis que representam as obrigações do cliente) estejam em outro banco, o cliente pode, com os recursos entregues ao banco, comprar cheques administrativos (chamados cheques OP ou cheques ordens de pagamento), com os quais serão pagas suas obrigações representadas pelos aludidos bloquetes.

.....
13. Voltando ao caso concreto (que é anterior à questionada Circular 3001), ao contratar os serviços do banco recorrente, a cliente visou centralizar nele o pagamento de seu principal fornecedor. Optou por orientar o banco para que tais recursos fossem usados no pagamento de suas obrigações junto ao seu fornecedor ou na venda de cheques administrativos (cheques OP) com os quais ela quitava as obrigações junto ao seu fornecedor noutro banco.

14. Conforme contrato celebrado com o banco para a realização dos serviços, foi pactuada uma tarifa, como é usual em contratos bancários ... Grifos nossos.

Ora, o Itaú coletava os valores da Ezzo e utilizava tais recursos para pagar despesas da cliente, depositar o excedente na conta escritural ou nela debitar o que faltava para completar o necessário a emitir os cheques administrativos. Tudo, enfim, que denota o serviço de caixa - inclusive a coleta no domicílio. Completando, o banco providenciava o débito referente



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cláudia Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

ao preço do serviço prestado. Ressalta dessas observações que mantinha um controle contábil em separado, para registro das variações da situação quantitativa, espelhando contabilmente as operações realizadas para a eficaz expressão de seu resultado aritmético. Ou seja, fora da conta-corrente escritural, efetuavam-se créditos e débitos, senão estaria impossibilitada de avaliar o que sobrava da coleta, após o pagamento das dívidas, ou que o estivesse faltando para inteirar o valor dos cheques administrativos a emitir. Diante disso, são precisos os auditores na afirmação da montagem de um esquema que não se distanciou da funcionalidade de uma conta-corrente.

É de se concordar com o entendimento do Exmo. Sr. Juiz Federal da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária no Rio de Janeiro - RJ, Dr. José Antonio Lisboa Neiva, no julgamento do processo nº 99.0023693-1, em que a Esso, no pólo ativo, em face da União, postulou, naquele Juízo, conforme fls. 5.083/5.089, a obtenção de declaração *de inexistência de relação jurídica que obrigue a suplicante a recolher a contribuição impugnada*. Julgando improcedente o pedido, o magistrado assim se pronunciou, em extensas linhas cuja reprodução é imperiosa, porque os fatos levados ao Juízo Cível são exatamente os que estão discutidos aqui, em sede administrativa:

A presente lide é fruto da exigência de CPMF em decorrência de contrato de serviço da autora com o banco Itaú.

O aludido banco recebia cheques em favor da autora, emitidos por terceiros, e realizava crédito mediante lançamento contábil em registro da própria instituição.

Posteriormente, o Itaú pagava a Petrobrás (fornecedora da autora) com a emissão de cheques OP (cheques administrativos). Destacou a Suplicante que houve ligeira alteração, a ensejar ulterior depósito em conta da fornecedora.

Entendo que o pedido formulado merece rejeição pelas seguintes razões.

A uma, entendo que não ficou delimitado o abuso da fiscalização. (....)

A duas, há hipótese de incidência.

A Lei 9.311/96 dispõe:

Art. 1º. É instituída a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF.

Parágrafo único. Considera-se movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira qualquer operação liquidada ou lançamento realizado pelas entidades referidas no art. 2º, que representem circulação física ou escritural de moeda, e de que resulte ou não transferência da titularidade dos mesmos valores, créditos e direitos.

Art. 2º. O fato gerador da contribuição é:

.....
VI – qualquer outra movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira que, por sua finalidade, reunindo características que permitam presumir a existência de sistema organizado para efetivá-la, produza os mesmos efeitos previstos nos incisos anteriores, independentemente da pessoa que a efetue, da denominação que possa ter e da forma jurídica dos instrumentos utilizados.

O princípio da tipicidade não foi violado, contrariamente ao afirmado pela autora.

Justamente para evitar que as pessoas buscassem expediente que não se ajustasse na capitulação dos incisos anteriores do art. 2º, apesar da ocorrência de movimentação nos termos do Parágrafo Único do art. 1º, o legislador editou norma residual e com amplitude suficiente a permitir a adequação típica.

M



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

A norma é muito clara ao dispor que qualquer ato com os contornos de movimentação financeira, com organização suficiente a efetivar a aludida movimentação ou transmissão de valores, créditos e direitos de natureza financeira, sendo irrelevante a pessoa que a efetue, seria fato gerador da CPMF. Como o ressaltado acima, o dispositivo procura impedir que a utilização de mecanismo não enquadrável na literalidade dos incisos anteriores do art. 2º da Lei 9.311/96 viesse a ensejar hipótese de não-incidência tributária.

Vale destacar que, envolvendo outras leis, nas quais inexistia referência quanto aos elementos do fato gerador, a jurisprudência dos Tribunais tem se orientado pela constitucionalidade dos atos normativos.

Ao abordar o salário-educação, a Dra. Mônica Nicida Garcia, Procuradora da República (3ª Região), apud Boletim dos Procuradores da República, ano 1, nº 3, julho de 1998, págs. 26/27, abordou o tema. Vejamos:

Um rápido compulsar dos diplomas legais que instituem outras contribuições sociais – gerais ou previdenciárias – entretanto, revela que nessa menção expressa, realmente, quase nunca é feita. Mas, naqueles diplomas, como neste, a definição do fato gerador é extraída com clareza e decorre logicamente de sua simples leitura, tanto assim que não se tem notícia de se ter declarado a inidoneidade de qualquer daquelas normas, pela ausência de definição de fato gerador, não obstante tenham sido várias delas, senão todas – já submetidas ao crivo dos Tribunais Superiores.

Note-se que, no presente caso, o legislador definiu com precisão o fato gerador e os fatos se ajustaram ao tipo legal.

Existia movimentação financeira nos termos do parágrafo único do art. 1º, com a criação de um mecanismo que evitava a passagem dos recursos em conta corrente, mas que produziria os mesmos efeitos. Há previsão quanto a isso no aludido inciso VI do art. 2º.

Isso sem falar que a legislação prevê o contribuinte (art. 4º, V), o responsável (art. 5º, III) e alíquota (art. 7º), nesse último aspecto alterado pela Emenda Constitucional nº 21/99.

Ademais, a interpretação não pode ser no sentido de que a norma não trataria de ato normativo envolvendo as instituições financeiras, por ausência de menção expressa.

Em função de seu caráter mais amplo, em comparação com os demais dispositivos do art. 2º, o legislador, ao atribuir a qualidade de responsável, fez menção “àqueles que intermediarem operações (inc. III, do art. 5º), ao invés de apenas “instituições” (como nos inc. I e II). Por sua vez, a expressão engloba as instituições financeiras, em função da aludida e pretendida amplitude.

No que se refere ao sistema organizado, a Esso efetivou ajuste com o Itaú no sentido de que a aludida instituição receberia os cheques emitidos em favor da autora, realizando o banco crédito em prol da Esso, mediante lançamento contábil, em conta registro do próprio Itaú.

A posteriori, o banco emitia cheque OP (administrativo) em favor de fornecedor da autora.

Segundo a Receita Federal, a autora sofria débito em sua conta corrente quando os cheques coletados não eram suficientes para o pagamento de suas obrigações, ou crédito, na quantia excedente coletada para o pagamento de seus compromissos.

Ora, fica claro que ambas ajustaram um sistema organizado, no intuito de afastar a incidência de CPMF, ante a ausência de trânsito na conta corrente da Esso. A autora

M



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes

certamente não realizaria o contrato com o Itaú se o sistema fosse precário ou desorganizado, o que não seria condizente com o próprio prestígio da mencionada instituição financeira.

Mister ressaltar que o banco poderia até oferecer o mesmo tipo de serviço a outro cliente, com o mesmo objetivo.

O único problema seria a ocorrência de fato gerador da CPMF.

Assim, entendo que a sistemática utilizada não atingiu a sua finalidade, qual seja, reduzir a carga tributária por falta de adequação típica.

Vale citar parte da decisão da Delegacia da Receita Federal, cuja conclusão transcrita adotamos:

Pelas provas nos autos (cópia das cartas diárias da Esso à interessada informando quais fornecedores seriam pagos, fls. 370 a 761, dos extratos da conta corrente da Esso, fls. 762 a 1431, das listagens dos cheques recebidos pela interessada em favor da Esso, fls 1.432 a 2.211, e dos cheques administrativos ou ordens de pagamento emitidos pela interessada para pagar os credores da Esso, fls. 2.213 a 4.875) concluiu-se que a interessada e a Esso quiseram organizar – e organizaram – um sistema no qual viabilizariam não efetuarem lançamentos, pela integralidade dos valores a débito e a crédito, na conta corrente da Esso junto à interessada. Ressalte-se que o sistema montado mantinha a funcionalidade de uma conta corrente, sem que o nome da Esso aparecesse na movimentação integral dos débitos”. (grifos originais)

Finalmente, a questão envolvendo as circulares nº 2.535/95 e nº 3.001/00, ambas do Banco Central do Brasil (Bacen), não tem repercussão na esfera tributária.

(.....)

ISTO POSTO,

JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, condenando a autora nas custas e em honorários no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais, com fulcro no § 4º do art. 20 do CPC.

Neste voto, adotam-se as judiciosas conclusões do Magistrado, à vista dos meios de prova coligidos ao processo. Nos autos, estão reunidos fatos precisos e incontroversos - embora haja discussão em alguns casos não sobre sua existência real e sim sobre sua qualificação jurídica, de inútil importância, como já relatado - que autorizam o aplicador a concluir que os interessados construíram um sistema organizado para efetivar a movimentação de créditos, produzindo efeitos idênticos aos descritos nos incisos II a V do art. 2º da Lei nº 9.311, de 1999. São eles: a coleta dos valores dos clientes da Esso, diretamente de seus armazéns; as correspondências entre Esso e Itaú, por meio das quais a primeira apresentava ao banco a relação de fornecedores que deveriam ser pagos; os cheques nominiais aos bancos de cobrança, emitidos pelo Itaú; os bloquetes de cobrança que eram pagos no próprio Itaú, sem o débito na conta; o débito ou o crédito na conta-corrente escritural, após a coleta e o pagamento dos fornecedores da Esso. Como bem elucidou o Juiz Federal ao decidir no processo nº 99.0023 693-1, na interpretação da Lei da CPMF, não cabe excluir as instituições financeiras do campo do inciso VI do art. 2º. O legislador textualmente autorizou o intérprete a presumir, conforme os indícios apurados, a existência de sistemas organizados para promover a movimentação ou a transmissão de valores e de créditos que, por sua finalidade, produza os mesmos efeitos relacionados nos incisos anteriores, independentemente da pessoa que efetue a movimentação ou a transmissão. Assim, diga-se, de plano, que o próprio legislador teria promulgado, ele mesmo, a exclusão das

M



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cláudia Takafuji
Secretaria da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

instituições financeiras da compreensão deste inciso, diante da amplitude que se revela com a expressão "independentemente da pessoa que a efetue". Dizer o contrário seria afirmar o que a lei não diz.

Não pode prosperar, portanto, a visão restrita de quem rejeita a configuração típica de "sistemas organizados" aos mecanismos e procedimentos de compensação paralela preparados dentro do próprio banco, onde se promovia o encontro de entradas e saídas de valores, na coleta de créditos e liquidação de dívidas, transferindo-se o saldo excedente para a conta escritural ou nela debitando o que faltasse, com o fim de complementar a importância a ser liquidada.

No momento em que se recusa acolhida à tese que afasta, in concreto, a existência de sistemas organizados, também não se dá guarida aos argumentos dos que defendem, nestes casos, com exclusividade, apenas a inclusão das câmaras de compensação formadas fora dos bancos; ainda merece repúdio, com as devidas vênias, não exatamente as conclusões do parecer de fls. 5.200 a 5.204, emanado da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação - Cosit, mas a trilha que seguiu para a manifestação da decisão. Na peça em lume, ressalta-se, sim, a atipicidade, não em função da existência de um sistema vigente entre instituições financeiras, mas em decorrência da impossibilidade do parecerista, no rumo da análise empreendida, em pronunciar o enquadramento do efeito das operações examinadas às possibilidades discriminadas nos incisos I a V do art. 2º, conforme dispõe o inciso VI, já tratado. Creio mesmo que os fundamentos expendidos no julgamento do processo nº 99.0023693-1 são solidamente convincentes, perfeitamente elaborados, por isso reproduzidos e adotados neste voto.

Aqui, também não se acompanha, por inteiro, as opiniões do insigne jurista, Hamilton dias de Sousa, externadas nestes autos. Lendo dito trabalho, percebe-se, todavia, que o parecerista, em linha idêntica a que esposamos, também não exclui as instituições financeiras do rol das entidades em cujo seio podem ser formados os chamados "sistemas organizados". Nas palavras do advogado, fls 5.195/5.196:

O inciso VI refere a qualquer outra movimentação ou transmissão. Chama a atenção a expressão qualquer outra. Aqui há duas possibilidades a considerar: 1) a expressão significaria alguma forma de movimentação diferente das anteriores (inciso I a V), mas produzindo, por sua finalidade, os mesmos efeitos, praticados por qualquer pessoa, inclusive por instituições financeiras; 2) a expressão significaria alguma forma de movimentação diferente das anteriores, porém realizadas por entidades que não são instituições financeiras.

No primeiro caso, a diferença seria objetiva. No segundo, subjetiva.

Se a diferença for subjetiva, o tipo continua cerrado, mas então a entidade não pode ser uma instituição financeira (...).

Se a diferença for objetiva, então a entidade pode ser instituição financeira.

É o que nos parece. Caso a instituição financeira realize qualquer outra movimentação ou transmissão (que não as tipificadas na norma), mediante sistema organizado, com a finalidade de produzir os mesmos efeitos dos incisos I a V (ato de lançar, liquidar ou pagar) de tal modo que ocorra uma circulação física ou escritural de moeda, tal poderá ensejar a incidência do inciso VI, do art. 2º. Grifos nossos.

M



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cláudia Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

5.197/5.198:

Ainda merecem transcrição as seguintes partes de seu parecer, em fls

Sistemas é definido como um complexo de elementos em interação. Portanto, não há sistema se não houver um conjunto de elementos organizados e integrados entre si. Deste modo, para caracterizar a hipótese do inciso VI, deve haver um conjunto de meios suficientes e organizados de modo a permitir a realização de movimentações financeiras, por meio de lançamentos ou liquidações, como atividade fim.

Portanto, se não houver sistema organizado que tenha por finalidade a movimentação ou transmissão financeira que resulte na produção dos mesmos efeitos dispostos nos incisos I a V, não incide o inciso VI.

Assim, por exemplo, o pagamento em dinheiro de uma pessoa a outra não caracteriza a hipótese — não há sistema organizado e nem há entidade intermediária. Do mesmo modo, uma administradora de bens que receba em dinheiro de seu cliente e o utilize no pagamento de débitos dele, também não se enquadra no inciso VI. Assim é porque a finalidade da empresa é administrar bens de terceiros e não realizar movimentação ou transmissão de valores. Contudo, se ela criar um sistema organizado como uma câmara de compensação privada, mantendo cofres e meios adequados de transporte de dinheiro, controle e gerenciamento de contas, mediante lançamentos a crédito e débito e liquidações ou pagamento, contrate pessoas qualificadas para o desenvolvimento dessa atividade, estará caracterizada a criação de um sistema organizado paralelo com o objetivo de efetivar transações financeiras, que produz os mesmos efeitos dos incisos I a V, do art. 2º (lançamentos a débito; a crédito e liquidações ou pagamentos). Destaque não constante do original.

E, por derradeiro, a conclusão, fl. 5.198:

Todavia, da análise dos quesitos que nos foram formulados não vislumbramos a existência de um sub-sistema, que tenha como atividade fim realizar uma movimentação financeira cujo efeito seja o mesmo de um lançamento a débito do cliente, embora em conta corrente. Negritamos.

Assim redigidas estas linhas, penso que é preciso relacionar os fatos aos pensamentos do parecerista, nesta ordem:

- a) as instituições financeiras não estão eliminadas do grupo de entidades que podem compor sistemas organizados;
- b) o Banco Itaú é, notoriamente, instituição financeira;
- c) os sistemas organizados resultam da conjugação de meios suficientes a produzir movimentação financeira, por meio de lançamentos a débito, liquidações ou pagamentos, como atividade fim, ou, por outra, os sistemas organizados pressupõem entidade intermediária dentro da qual se integram recursos materiais, como é o caso da administradora de bens do exemplo escolhido pelo advogado, ao manter cofres e meios adequados de transporte de dinheiro, controlar e gerenciar contas, mediante lançamentos a crédito e débito e liquidações ou pagamentos, bem como contratar pessoas qualificadas para o desenvolvimento dessas atividades, tudo com o objetivo de efetivar transações financeiras,

A



Cláudia Takafuji

Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

- produzindo os mesmos efeitos dos incisos I a V do art. 2º (lançamentos a débito; a crédito e liquidações ou pagamentos);
- d) o Banco Itaú arrecadava valores e executava o seu transporte até as dependências das agências, emitia cheques administrativos, efetuava pagamentos e controlava a conta paralela, mediante apuração dos saldos dos haveres, registrando as variações da situação quantitativa, espelhando contabilmente as operações realizadas, para a eficaz expressão de seu resultado aritmético;
 - e) todos os procedimentos descritos no item anterior se conjugavam para a composição de um sistema organizado, cujo fim, conforme confessa o Itaú, à fl. 5.153, item 13, se resumia em *“centralizar nele o pagamento de seu principal fornecedor”*;
 - f) outros fins também se avistam, na união das prestações que compõem o serviço de caixa pretendido, afora o pagamento do principal fornecedor: a arrecadação de valores dos clientes da Esso e a emissão de cheques administrativos, sendo que a primeira é antecedente lógico da segunda e do pagamento das dívidas (veja-se item 13, pág. 5.153, acima transcrito: *“Optou por orientar o banco para que tais recursos fossem usados no pagamento de suas obrigações junto ao seu fornecedor ou na venda de cheques administrativos”*);
 - g) ao contrário do que concluiu o parecerista, houve, sim, pagamentos, como também houve lançamentos a débito, não na conta escritural, porque tudo se fez para dela fugir, mas na conta paralela; e
 - h) por fim, após a juntada de todo o material doutrinário já exibido em folhas pretéritas, além das valiosas orientações fornecidas pelo bacharel signatário do parecer, a meu sentir, restou plenamente demonstrado que o tal sistema organizado consiste, sem sombra de dúvida, na criação e no funcionamento de uma conta-corrente bancária paralela.

Em outro giro, o inciso VI do art. 2º - sozinho, não – mas acompanhado do parágrafo único do art. 1º, ambos da Lei da CPMF, configuram, sem sombra de dúvida, norma antielisiva, antes invocando-se as precisas diferença entre lei e norma, uma vez que, como é cediço, esta última pode resultar da aliança entre dispositivos legais da mesma lei ou de leis distintas. É o que se constata nesses dispositivos, que se complementam, um deles para estabelecer o conceito jurídico de movimentação ou transmissão de valores, créditos e direitos, e o outro para definir, à luz da conceituação preliminar, as movimentações ou transmissões tributáveis.

A expressão “qualquer outra movimentação ou transmissão”, constante do inciso em referência, realça o caráter antielisivo presente na norma, em face de sua referência genérica. Assim a reconhece Alberto Xavier (in *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva, Dialética*, 2002, pág. 86), a despeito de considerá-la inconstitucional, juízo que não nos compete. O que se deve ter em mira, aqui, é a preocupação do legislador cuidadoso e consciente de que está constantemente defasado em relação à criatividade dos negócios. Não é

M



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15 / 7 / 2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

outra a razão pela qual se criam preceitos tributários funcionais, mais genéricos, que incidem sobre efeitos dos negócios, em vez de se regular a tributação de cada espécie negocial em separado. Esses tipos funcionais, distinguindo-se dos tipos estruturais, no curso das palavras de Alberto Xavier, servem para impor tributação sobre resultados econômicos específicos, independentemente da estrutura do ato ou do negócio jurídico do qual se originam, enquanto os tipos estruturais traduzem a opção por incidências dependentes da estrutura do ato ou do negócio, desprezando-se, portanto, os respectivos efeitos econômicos, na definição do tipo legal.

O imposto de transmissão é um dos exemplos de tipo estrutural e o imposto de renda vale para exemplificar o tipo funcional, bem como a CPMF, tributo cuja exigência pressupõe transmissão ou movimentação, no sistema bancário, de valores, créditos e direitos financeiros, o que acena para a necessidade de uma larga abrangência típica, visando à satisfação do ideal de justiça social. Com esse escopo, o legislador estipulou cláusula genérica, ampla, que, por técnica legislativa, figurou no último inciso, depois da descrição de alguns exemplos, nos incisos anteriores, representativos dos casos mais comuns em que se pode deparar com movimentação ou transmissão tributável. O certo, todavia, é que o legislador não esgotou todas as possibilidades concretas na formulação desses exemplos, e nem seria possível pretender tamanha agilidade. A partir dessa constatação, é justificável que o ente estatal, no exercício pleno do poder conferido pela norma atributiva de competência, podendo tributar uma parcela da realidade e almejando atingi-la totalmente, ao desejar realizar os postulados da isonomia e da solidariedade social, requeira formas mais flexíveis de descrição dessa realidade tributável, e de tal modo adaptável ao mundo dos negócios. Essa é a linha pela qual aqui se caminha e por onde se vislumbra a adequação dos fatos ocorridos ao tipo previsto no inciso VI do art. 2º da Lei da CPMF.

Dissinto do entendimento de que o simples pagamento das dívidas existentes levariam ao enquadramento no inciso III do art. 2º da mencionada lei, como fez a maioria da Turma Julgadora que apreciou o feito em primeira instância. A meu ver, a capitulação correta é no inciso VI, mas sem fechar os olhos à realidade, pois houve, sim, pagamentos efetivos, quando se deu a autenticação nos bloquetos ou quando a Esso entregou os cheques administrativos aos bancos de cobrança. Todavia, é preciso perceber a conta paralela, como já expusemos, pois o sistema organizado pelo banco gira em torno dela. Demais disso, sabe-se que, na emissão dos cheques administrativos, o banco pode aproveitar recursos apresentados pelo cliente no momento de sua aquisição ou os créditos deste em poder da instituição. Contudo, não houve, como quer fazer crer a recorrente, a compra de cheques administrativos em dinheiro. Havia uma fonte – a conta corrente paralela - de onde se debitava o montante a ser emitido, fonte essa proveniente, por sua vez, dos recursos arrecadados e, de antemão, contabilizados em conta específica. Comprova o débito em tela a existência das diferenças, para mais ou para menos, entre as coletas de valores e os cheques administrativos emitidos, diferenças, ao seu turno, debitadas ou creditadas na conta escritural. Em outras palavras, havia débitos também na conta paralela, que se criou para fugir dos débitos na primeira. Por isso, antes do pagamento das dívidas, toma o débito na conta paralela o lugar que lhe é próprio, isto é, o inciso VI reclama pela presença de um dos efeitos constantes dos incisos anteriores, e um deles, exatamente o do primeiro inciso, é o débito em conta-corrente. Este fenômeno foi igualmente anotado pelos fiscais autuantes, fl. 4.895, *verbis*;

M



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10768.024454/99-99
Recurso n° : 123.173
Acórdão n° : 202-15.861

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15 / 7 / 2005

2º CC-MF
Fl.

Cléusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Melhor afirmação é a de que o banco quis organizar – e organizou - um sistema interno pelo qual se viabilizou a possibilidade de não efetuar lançamentos, pela integralidade dos valores, a crédito e a débito na conta corrente escritural. Ressalte-se que o esquema montado, todavia, mantinha a funcionalidade de uma conta corrente, como leva a crer a vontade das partes, sem que o nome da ESO aparecesse na movimentação integral dos créditos e dos débitos. Assim, embora sem conseguir impedir a circulação escritural do crédito financeiro – daí o fato gerador - o banco responsável, em conluio com o contribuinte, praticou condutas reiteradas cuja intenção foi a de excluir ou modificar as características essenciais desta circulação, não promovendo o registro do crédito total recolhido para não ter que registrar o débito por inteiro, fazendo-o tão-somente pelo saldo remanescente, sem abandonar a tipicidade da conta corrente, e estipulando benefícios para ambos, sendo um desses ganhos pretendidos a economia indevida da contribuição. Negritou-se.

Também é admissível que se veja no pagamento das dívidas outro efeito, dentro do rol para o qual o inciso VI remete. E, seguramente conforme a confissão da recorrente à fl. 5.153, os pagamentos em referência aconteceram dentro do desdobramento das prestações finais desejadas, a partir da montagem de um sistema organizado. Mas, quando se emitiram cheques administrativos para pagar, ou ainda que não se utilizando desse meio, valendo-se, contudo, da autenticação direta nos bloquitos de cobrança em posse do Itaú, o certo é que o banco contabilizava a débito na conta “fantasma”. Por isso, à perfeição, a incidência do inciso VI do art. 2º, caminho que também se atinge quando se entende que os pagamentos configuravam os fins intentados.

Neste voto, a linha que se adota, como já explicado, não é a do não-débito na conta escritural, e sim a do débito na conta paralela, efeito este que, além de desejado, quando as partes fugiram dos lançamentos na conta escritural, foi plenamente consumado, antes da entrega dos cheques administrativos ao banco de cobrança. Ou então simultâneo ao pagamento da dívida, quando da autenticação direta nos bloquitos. De qualquer forma, resulta desta análise a certeza de que a emissão de cheques administrativos e os pagamentos em bloquitos implicam débito na conta paralela.

Ademais, impende separar, definitivamente, a incidência pelo débito na conta corrente fantasma, relativa à emissão dos cheques administrativos, da incidência no pagamento dos cheques administrativos. São, pois, incidências distintas. A este propósito, leia-se a IN SRF, n° 3, de 15 de janeiro de 1997, em seu art. 3º, § 4º, II, a, que trata da última, malgrado se relacione, indiretamente, à primeira:

Art. 3º Constitui fato gerador da CPMF:

III - a liquidação ou pagamento, por instituição financeira, de quaisquer créditos, direitos ou valores, por conta e ordem de terceiros, que não tenham sido creditados, em nome do beneficiário, nas contas referidas nos incisos anteriores;
§ 4º Inclui-se na hipótese de ocorrência do fato gerador prevista no inciso III do caput:

II - a liquidação ou pagamento de cheques, emitidos por instituição financeira, que sejam registrados na rubrica “Ordem de Pagamento” do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - COSIF, cujo valor não tenha sido:

4



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15 / 7 / 2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Clévia Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

- a) debitado diretamente na conta do tomador; ou
b) creditado em nome do beneficiário nas contas referidas no inciso I do caput; Grifou-se.

Conforme interpretação a *contrario sensu*, não há incidência de CPMF no pagamento da obrigação cambial, isto é, na liquidação do cheque administrativo, se o crédito incorporado no título resulta de débito na conta do tomador, porque, ao debitá-la, o banco providencia, na forma do art. 2º, I, da Lei da CPMF, a retenção da referida exação em nome do titular da conta. Se, por outro lado, o cheque administrativo não decorre do débito na conta do tomador, isto é, se provém de importância apresentada diretamente ao banco onde é adquirido, aí não há débito em conta e, conseqüentemente, não há que se falar em CPMF. A contribuição, todavia, neste caso, agora em nome do beneficiário, deve ser retida no banco que pagar o cheque administrativo, exceto se o favorecido preferir creditar o valor em conta, o que posterga a incidência para ocasião de futuro débito, como se deduz do art. 3º, § 4º, II, b, da IN SRF nº 3/97. A não-incidência da CPMF sobre o débito na conta paralela, portanto, condiciona a incidência da contribuição, quando do pagamento do cheque, assim como a incidência na primeira situação condiciona a não-incidência na segunda. Parece-me claro que as partes pretenderam ajustar que não se efetuasse o crédito na conta escritural para evitar que nela se debitassem quaisquer valores. Assim, imaginavam que a incidência da CPMF seria diferida integralmente ao beneficiário dos cheques administrativos, como se depreende da resposta do Itaú às fls. 26 e 27 e do item 55 da peça recursal, às fls. 5.161/5.162. No entanto, não lograram êxito, pois os procedimentos de que se valeram não possibilitaram o afastamento da modalidade de uma conta corrente, planejada em comum acordo, com características específicas, constituída de modo marginal.

Valho-me, no mais, das proveitosas lições de Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, a respeito do cheque bancário, bem lembrada pelo Ministro Xavier de Albuquerque do STF, no voto proferido, como relator, no RE 77.167:

[...] O Banco é seu verdadeiro emitente, sendo, portanto, responsável pelo seu pagamento. A pessoa que entregou o dinheiro ao Banco e pediu que fosse emitido um cheque a favor de terceiro, nada mais tem com o título, que corre sob a responsabilidade do Banco emitente. Daí concluir-se que a agência sacada não pode atender a contra-ordem de quem extraiu o cheque, porque a contra-ordem, só pode ser dada pelo emitente e este é o próprio Banco. Desta maneira, o cancelamento destes cheques, a pedido de quem solicitou a emissão, só é possível se eles estiverem em seu poder. Do contrário, o Banco será obrigado a pagar o cheque, se lhe for apresentado pelo portador de boa fé, não podendo, sob pena de protesto, recusar o pagamento do cheque apresentado por endossatário que o adquiriu de boa-fé. (grifos nossos)

Já nos referimos a Luiz Emygdio F. da Rosa (in. ob. cit. Págs. 572/573), que completa a informação sobre a visão jurisprudencial do STF:

Se, no entanto, a pessoa solicitante do cheque administrativo nele também figurar como seu beneficiário e ainda estiver com o título em seu poder, poderá dar contra-ordem. (grifos nossos)

Também Covello, que finaliza o tema (ob. cit. Pág 146):

M



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7 2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Equiparado à nota promissória, o cheque bancário traz como consequência lógica a impossibilidade de sua revogação, a não ser por meios judiciais. (grifos nossos)

Enfim, de tudo o que foi colhido, da doutrina e da jurisprudência, pode-se construir a certeza de que, sob a ordem da cliente, ao emitir os cheques administrativos, nominativos à Petrobras, a recorrente, no exercício do mandato implícito ao negócio, estava emitindo, ela mesma, uma promessa de pagamento à estatal, e uma promessa que não poderia ser descumprida, porque inaceitável pelo Direito, a não ser em situação excepcional, fora de seu arbítrio, bem como, praticamente, fora do comando da Esso. Em outras palavras, se não recebeu contra-ordem desta cliente, admitindo-a nos casos extremos, consoante a jurisprudência pacífica, e se efetuou a compensação do cheque administrativo emitido, é óbvio que, para o Itaú, restou confirmada a movimentação, porque, indo mais longe, não lhe era possível desconhecer que, além de emitido, o cheque foi efetivamente transferido a outrem. E se transferido foi o cheque, cuja compensação acompanhou, e, além disso, se coube ao banco a autenticação dos bloquitos de cobrança em seu poder, jamais poderia alegar que o crédito financeiro não se movimentou, com sua intermediação.

Pelos contratos, às fls. 156 a 175, entre o Itaú e a Esso, datados de 18 de abril de 1996, não resta dúvida de que o Banco deveria creditar os valores recolhidos em conta-corrente, conforme a cláusula 5.1 dos referidos acordos, o que confirma que as partes não conseguiram fugir da funcionalidade de uma conta-corrente bancária. Com efeito, os contratantes pretenderam esconder os débitos e os créditos que faziam em secreto, para não deixar visível a conta-corrente bancária paralela, o que não ofereceu opção menos onerosa, ao contrário do que afirma a defesa, pois o sujeito passivo se depara com a incidência da CPMF, seja por esse caminho ou pelo outro, o da conta escritural.

Não obstante a aparente licitude dessas condutas, sob a roupagem de que se realizaram dentro do âmbito legal, configuram, sim, marcante postura egoística. Ser titular de um direito não significa que o seu exercício seja ilimitado. O mundo moderno já consagrou a idéia de que não há direito absoluto, sob pena de se instaurar uma concepção absolutamente individualista, contrária à tendência socializante do Direito. Na época atual, deseja-se ultrapassar o exame da estrutura da relação jurídica criada, levando-se a perquirir, também, quais as funções dessa relação. Caio Mário da Silva Pereira (in Instituições de Direito Civil, vol. III, Forense, 2004, págs. 13 e 14) esclarece que a função social do contrato, em sua acepção mais moderna,

não é a de exclusivamente atender aos interesses das partes contratantes, como se ele tivesse existência autônoma, fora do mundo que o cerca. Hoje o contrato é visto como parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros que não são propriamente partes do contrato possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente atingidos. A função social do contrato, na acepção mais moderna, desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. O reconhecimento da inserção do contrato no meio social e de sua função como instrumento na vida das pessoas, possibilita um maior controle das atividades das partes. Em nome do princípio da força social do contrato se pode, v.g., evitar a inserção de cláusulas que venham injustificadamente prejudicar terceiros ou mesmo proibir a contratação tendo por objeto determinado bem, em razão do interesse maior da realidade. Assim, pode-se dizer que a



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7 2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Clévia Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

significação do ato ou do negócio dentro do contexto social requer que se considere a valorização de sua função.

Não é outra a determinação do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, base normativa de onde se retira a observância aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

Sob a inspiração ideológica que ilumina o ordenamento pátrio, o planejamento tributário deve ser encarado e analisado não apenas sob a perspectiva das formas jurídicas permitidas. O Estado já superou a antiga concepção liberal-burguesa, do chamado Estado de Direito, em que se assinalavam a postura individualista abstrata, o primado da liberdade no sentido negativo, a segurança formal e a propriedade privada, como ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior (in Legitimidade na Constituição de 1988, Constituição de 1988, legitimidade, vigência e eficácia, Atlas, 1989, pág. 55), para chegar ao atual Estado Democrático de Direito, que incorpora valores próprios do Estado Social, isto é, um Estado onde a aplicação do ordenamento deve conjugar e harmonizar liberdade negativa, liberdade formal e proteção à propriedade com vetores norteadores do Estado Social, como igualdade, liberdade positiva e solidariedade. Isto quer dizer que a Carta Magna de 1988 impôs, nas matérias relativas ao planejamento tributário, o devido destaque, ao lado dos valores da propriedade e da segurança, também à igualdade (art 5º, *caput*), à solidariedade (art. 3º, I) e à justiça (art. 3º, I).

O abuso de direito, dentre outros, constitui instrumento para inibir práticas que, não obstante a aparência de sua ocorrência dentro da esfera da lei, caracterizam-se pelos danos aos interesses sociais, pelos resultados que gera, à luz dos valores básicos da igualdade, solidariedade social e justiça. Marco Aurélio Greco (in Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária, Dialética, 1998, pág. 129), recordando Serpa Lopes, repete as palavras do Mestre, proferidas em 1962:

Em que consiste essa noção de abuso de direitos?

O direito deve ser exercido em conformidade com o seu destino social e na proposição do interesse do seu titular (...)

A teoria do abuso de direito surgiu, então, com a finalidade de corrigir esse absolutismo. Quando examinamos o problema do direito subjetivo, vimos que, em regra, a um direito corresponde uma obrigação: *ius et obligatio sunt correlata*. A sociedade é, a mais das vezes, credora dessa obrigação.

E a principal obrigação que pode exsurgir de um direito é a que concerne ao seu exercício, de modo a ser ele conduzido sem causar um prejuízo à coletividade. Tal é o destino de um direito subjetivo relativo. Baseia-se precipuamente na concepção filosófica, consoante a qual o direito individual é limitado pela sociedade na proporção do interesse geral, e o conhecimento de abuso do direito não faz mais do que confirmar esta doutrina. (grifos nossos)

A patologia que constitui o abuso de direito se situa no exercício desse direito fora daquilo para o qual existe; quando agente utiliza o direito fora de sua função objetiva, fugindo de uma diretriz de boa conduta normal dentro de uma convivência sadia. E tendo-se em mira a função social, o modo de exercer os direitos estão ligados ao interesse alheio. Greco (ob.cita, pág. 73) menciona que a análise das funções serve para detectar eventuais disfunções, que se verificam quando o ato ou o negócio frustra as expectativas legalmente consagradas. O ilustre autor assevera que essa ótica, no Direito Tributário, atinge o denominado direito de auto-



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15 / 7 / 2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cláudia Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

organização, que existe, mas deve ser exercido dentro do contexto social, pelos efeitos que pode produzir no meio social. Hermes Marcelo Huck (in Evasão e Elisão: rotas nacionais e internacionais, Saraiva, 2001, pág. 138) nos informa que algumas estruturas negociais configuram abuso de direito quando o agente se utiliza de formas anormais, insólitas ou inadequadas, com o fito exclusivo de escapar ao tributo. Greco acrescenta, ainda, ao seu tempo, no mesmo rumo delineado por Huck:

a auto-organização corresponde a um direito que se apóia na liberdade garantida constitucionalmente. Ou seja, cada um poderá realizar os negócios que bem entender. Com isto, fica afastada, parece-me, a objeção de Ricardo Marzi em seu último texto citado, quando diz que o planejamento tributário corresponde a um direito inerente à liberdade de escolha que cada um possui. A liberdade existe e é garantida.

O que se diz é que o exercício dessa liberdade deve decorrer de circunstâncias ou eventos ligados à conveniência pessoal, a interesses de ordem familiar, a questões de natureza econômica ou ligadas ao desenvolvimento da empresa, ao seu aprimoramento ou à melhoria de sua eficiência etc. Sempre que assim for, o direito estará sendo utilizado na finalidade que lhe é própria e sem qualquer abuso. Portanto, nestes casos, não cabe a desqualificação com a inibição dos efeitos fiscais.

Ou seja, sempre que o exercício da auto-organização se apoiar em causas reais e não unicamente fiscais, a atividade do contribuinte será irrepreensível e contra ela o Fisco nada poderá objetar devendo aceitar os efeitos jurídicos dos negócios realizados (...).

No entanto, os negócios jurídicos que não tiverem nenhuma causa real, a não ser conduzir a um menor imposto, terão sido realizados em desacordo com o perfil objetivo do negócio e, como tal, assumem um caráter abusivo; neste caso, o Fisco a eles pode se opor, desqualificando-os fiscalmente para requalificá-los segundo a descrição normativo-tributária pertinente à situação que foi encoberta pelo desnaturamento da função objetiva do ato.

Em outros termos, defende-se que, se o exercício do direito de auto-organização não corresponder ao desenvolvimento da empresa, ao seu aperfeiçoamento, à necessidade de capital de giro, à reorganização societária para uma gestão economicamente mais eficiente, o direito estará sendo destinado a finalidades que descumprem a formulação de uma função social mais efetiva. Não se sustenta que a empresa tenha que optar pelo caminho mais oneroso, e sim, que a organização não procure fazer da liberdade um meio exclusivo de provocar prejuízos ao Fisco.

Sob o manto dos princípios contidos no ordenamento e em conformidade com as regras do Código Civil de 1916, o abuso de direito não chega a ferir a validade do ato ou negócio abusivo. O Fisco, como tal, não há de lhe reconhecer eficácia a partir do ponto em que as partes se excederam, quando se intentou prejudicá-lo. Se fosse na vigência do Código Civil de 2002, a consequência seria a invalidade, de acordo com os arts. 166, VI e VII, e 187. Ocorridos os fatos em 1997 e 1998, sob a égide da codificação anterior, resta ao Fisco, como exigência do Direito, qualificar os fatos jurídicos sem a eficácia do ato abusivo, assim entendido aquele que, sem finalidade comercial séria, não se prende a considerações de ordem estritamente econômicas ou negociais, com características estratégicas, e sim a razões egoísticas.

Dúvida não há de que houve abuso de direito por parte de Esso e Itaú, na contratação do que a defesa designa por prestação de serviços de coleta de valores e de pagamentos. Onde está o prejuízo ao Fisco? As partes foram além da intenção de evitar o fato



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

gerador (e nisso fracassaram), porque, em verdade, mais longe, agiram de forma a esconder a incidência da lei da CPMF, por meio de negócios jurídicos, cobertos pela capa da licitude, os quais se vinculam entre si pela mesma causa, formando um negócio unitário ou complexo. Para clarear os sentidos, identifique-se o contrato de conta-corrente bancária dentre os negócios complexos, por reunir vários atos ou negócios distintos que têm uma causa única, o serviço de caixa, consoante o pronunciamento de Covello (in ob. cit. 4º ed. pág. 106): *tem o contrato causa própria, que é o serviço de caixa, o conjunto de prestações que o Banco, por intermédio de sua organização, realiza por conta e no interesse do cliente. E nisto a conta corrente se distingue do depósito, da abertura de crédito ou de qualquer outra finalidade contratual.*

Do relatado, tem-se que os contratantes, de modo abusivo, com propósitos egoísticos, quiseram provocar a impressão de que os referidos atos ou negócios eram independentes e desconexos entre si, para gerar a falsa idéia de que não se executava um contrato de conta-corrente bancária. Agiram com indiferença em relação às funções sociais que deveriam nortear os interessados, pelas repercussões de seus atos sobre os interesses coletivos, afinal trata-se de contribuição social, que recebe os influxos da solidariedade entre os membros da sociedade. Como é cediço, a movimentação financeira pelos bancos, pelas formas instituídas em lei, descreve a capacidade contributiva dos clientes que fazem uso dos serviços oferecidos, indicando o volume de determinada riqueza mensurável para a determinação da contribuição de cada indivíduo. E capacidade contributiva é, sobretudo, manifestação da aptidão de cada um para participar das despesas públicas, um instrumento para implementação de uma sociedade mais justa, como bem traduz Mestre Greco, cujas considerações encerram a mensagem de que somente haverá isonomia tributária se todos aqueles que estão em igualdade de condições contribuírem, efetivamente, com a mesma carga fiscal.

Em outras palavras, repetindo o que disse em parágrafos anteriores: o serviço de coleta, os pagamentos nos bloquitos e a emissão de cheques administrativos perfazem a execução das obrigações do serviço de caixa que as partes intentaram. Os demais procedimentos operacionais, já relatados, apenas confirmam a configuração da conta-corrente, ainda que, intencionalmente, mantida de modo marginal. O passo seguinte a tal constatação é a subsunção: conta-corrente paralela + débitos (ou pagamentos) provenientes de recursos na conta paralela = movimentação de créditos financeiros, o que corresponde ao modelo hipotético do art. 2º, VI, da Lei da CPMF. Portanto, a qualificação jurídica dos fatos, vistos em conjunto, como reclama as orientações doutrinárias respeitantes ao abuso de direito, conduz o intérprete à serena conclusão de que se está diante de um contrato de conta-corrente camuflado. Como consequência, o Fisco deve tomar os lançamentos a débito, se havidos, para a adequação típica, na forma da lei.

Quanto ao negócio jurídico indireto, seguindo o magistério de Moreira Alves, é preciso observar a presença de dois requisitos: o primeiro se refere à utilização de um negócio típico, regulado por lei para as finalidades e efeitos que ela prevê; o segundo está relacionado ao uso do negócio típico para fim diverso daquele para o qual foi criado e regulado em lei. A defesa menciona um serviço de coleta, um negócio jurídico sob a regulação da autoridade do Banco Central, pela Resolução nº 2.301, de 25 de julho de 1996, e um serviço de pagamentos. Da conjugação instrumental de ambos, conforme a melhor doutrina, resulta um negócio jurídico complexo, aquele que se obtém pela fusão de vários atos com eficácia independente, composto de várias declarações de vontade, emitidos pelo mesmo sujeito, ou diferentes sujeitos, para a obtenção dos efeitos pretendidos em sua unidade. No entanto, é evidente que carece de previsão

M



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Secretária de Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

típica, em termos estritamente legais. A Resolução do Banco Central apenas autoriza o serviço, e nada mais. Isso já bastaria para não caracterizar o negócio indireto. Mas há que se recordar, ademais, que a incidência em tela, do tipo funcional, não aproveita a forma jurídica, segundo os ensinamentos de Alberto Xavier, valorizando, tão-somente, o resultado econômico atingido. Em síntese, a constituição de negócios indiretos é irrelevante para o tipo de incidência discutida neste processo, que recai sobre movimentação de créditos financeiros.

Por outra, não se está aplicando a lei por analogia, ou seja, não se está tributando o fato A com a norma que incide sobre o fato B, e sim tributando o fato A que estava disfarçado, escondido. Há uma conta-corrente fantasma, que foi debitada, e débito em conta-corrente é fato gerador de CPMF. Se oculta a conta, oculto está o débito. O Fisco retirou o véu que ocultava a conta e o débito em conta. A lei incide sobre certa situação de fato – o lançamento a débito – e ele aconteceu. Não se está neste voto adotando a interpretação econômica para fins de tributação, seguindo as luzes do Mestre Luciano Amaro, no trecho de sua obra onde se sublinha a aversão à interpretação econômica no Direito Tributário (in Direito Tributário Brasileiro, Saraiva, 2000, pág. 218), *verbis*:

Ademais, se o intérprete pudesse pesquisar o conteúdo econômico deste ou daquele negócio, para, à vista de sua similitude com o conteúdo econômico de outro negócio, estender para o primeiro a regra de incidência do segundo, o fato gerador do tributo deixaria de corresponder à previsão abstrata posta na lei (princípio da reserva de lei); o campo estaria aberto para criação de tributo por analogia (já que a “razão econômica” seria a mesma para as duas hipóteses, assim como para a aplicação da isenção por analogia (sempre a pretexto de que, onde o conteúdo econômico fosse o mesmo, a norma a aplicar seria também a mesma). (Grifos nossos).

Atendendo ao disposto no art. 85 do Código Civil de 1916, recompondo-se a *mens declarantis*, que se pode ocultar, no esteio da orientação apresentada por Orlando Gomes, ofertando-nos o socorro de Betti (in Introdução ao Direito Civil, Forense, 1998, págs.358/359), perquirindo-se, pois, a finalidade visada, percebe-se, pelas provas, que as partes realizaram um acordo de vontades para a celebração de um contrato unitário, tal o vínculo das declarações de vontade em torno de um fim, conforme se depreende das prestações isoladas do serviço de caixa – coleta de valores, emissão de cheques administrativos, pagamentos de fornecedores – aliadas à existência de débitos ou créditos, na conta escritural, das diferenças diárias entre o total arrecadado e o total de cheques emitidos, o que acena para os débitos e créditos não escriturados. Então, dessa análise resulta a sólida conclusão de que se está diante de um contrato de conta-corrente bancária, tendo como causa, a função prática que o contrato tende a efetivar, nos dizeres de Heleno Torres (in Direito Tributário e Direito Privado - Autonomia Privada, Simulação e Elusão Tributária, Revista dos Tribunais, 2003, pág. 142), o serviço de caixa, o que afasta a recusa por identificação analógica, já que é o próprio fato previsto em lei que é detectado, e não outro. Para tal mister, não se está desnaturando institutos do direito privado, nem levando a incidência a outro negócio que revela igual capacidade contributiva, até porque lançamento a débito em conta-corrente somente pode ocorrer – como é óbvio – se há conta corrente, e não outro negócio.

Não se dá atenção aqui às alusões feitas ao abuso de forma. Em teoria, sabe-se esta figura requer divergência entre a *intentio facti* e a *intentio juris*. Sacha Calmon (in O Planejamento Tributário e a Lei Complementar nº 104, Dialética, 2001, pág. 300) preleciona que



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cláudia Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

este recurso *consiste em se usar, mas só de fachada, uma forma jurídica permitida pelo ordenamento, não tributada, ou menormente tributada, para alcançar o mesmo resultado que se alcançaria usando a forma jurídica tributada.* Nesse tema, ganham importância a *intentio facti*, a vontade empírica, a relação levada a cabo, e a *intentio juris*, a finalidade do negócio conforme a lei. Aqui se situa a dificuldade do intérprete, tal e qual a opinião proferida, linhas atrás, no tocante ao negócio indireto, uma vez que o negócio contratado não é típico. Sem isso, não se pode afirmar o ponto sobre o qual se firmou a vontade de uma lei, se ela não existe. No entanto, deparo-me com fraude à lei, ou fraude ao espírito da lei, porque os atos jurídicos de coleta, de pagamento e de emissão de cheques administrativos, em si lícitos, foram constituídos, da forma como o foram - não para evitar o fato gerador - mas para impedir que se conhecesse a conta-corrente e, conseqüentemente, o débito nela efetuado. Em casos atingidos pela fraude à lei, o agente intenta contornar a aplicação de uma lei, violando-a indiretamente. A despeito das opiniões doutrinárias contrárias ao acolhimento da fraude à lei em Direito Tributário, há precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal que confirmam a possibilidade de se verificarem condutas com fraude à lei tributária, a exemplo dos seguintes: RMS nº 16.105, Rext nº 60.287, Rext nº 23.246.

Antes de adentrar na questão da multa agravada, deve ser analisada a controvérsia trazida pela defesa no tocante as Circulares Bacen nºs 2.535/95 e 3.001/00.

A recorrente parece olvidar que o objeto dessa contenda administrativa centra-se na ocorrência ou não de fatos geradores de obrigação tributária, mais especificamente de Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF). Em assim sendo, a discussão em torno do conteúdo de um ato administrativo emanado do Banco Central do Brasil torna-se completamente irrelevante pela simples razão de que as normas expedidas pelo BACEN não geram quaisquer efeitos tributários.

Ora, os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas, descritos no art. 100 do Código Tributário Nacional entre as normas complementares da legislação tributária, são aqueles emanados da Administração Tributária (na esfera federal, Ministério da Fazenda, Receita Federal, INSS, etc.), na qual, evidentemente, o Banco Central do Brasil não se inclui. As atribuições normativas desta autarquia relacionam-se ao mercado financeiro, aos meios circulantes, ao câmbio, à política monetária, enfim, às competências da instituição delimitadas pela Carta de 1988 e definidas na lei que estruturou o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964). **Jamais à matéria tributária!**

Conclusão inexorável: ainda que a Circular BACEN nº 2.535/95 permitisse à instituição financeira decidir acerca do registro em conta-corrente do beneficiário da operação de pagamento, o que - como será demonstrado a seguir - não é o caso, os fatos geradores da obrigação não deixariam de ocorrer, qualquer que fosse a sistemática adotada. A menos que se pretenda corroborar a possibilidade de existência de um tributo devido ou não em função somente do livre arbítrio do contribuinte, tudo com fulcro em norma emanada do Banco Central do Brasil.

Entretanto, a tese defendida pela autuada é tão absurda que não se sustentaria mesmo na hipótese de ser desconsiderado o cabal argumento acima expendido. Isto porque, da análise acurada dos diplomas reguladores expedidos pelo BC, de forma alguma se depreende a faculdade de registro das operações imaginadas pela autuada.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15 / 7 / 2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cláudia Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

O cotejo do art. 3º da Circular BACEN nº 2.535/95 (redação original), coincidentemente, com o art. 3º da Circular nº 3.001/00 permite elucidação cristalina da questão do registro dos créditos em conta corrente do beneficiário:

CIRCULAR Nº 2.535/95

Art. 3º. Os avisos de crédito decorrentes de cobrança de títulos, recebimento de carnês, consórcios, faturas de concessionárias de serviços públicos, lançamentos interdependenciais, e outros assemelhados, devem ser registrados na conta corrente do beneficiário ou correspondidos no dia de seu recebimento. (grifo não original)

CIRCULAR Nº 3.001/00

Art. 3º. As disposições desta Circular também se aplicam aos serviços prestados por meio de correspondentes. (grifo não original).

Os termos acima grifados são utilizados no sistema interbancário para definir situações nas quais duas instituições financeiras firmam convênio para realização de cobranças em localidades onde uma delas não possua ponto de atendimento. Por meio deste procedimento, é possível ao banco A efetuar a cobrança ou o recebimento de títulos e valores, em favor de seus correntistas, utilizando-se de seu correspondente - o banco B. Este, por sua vez, está obrigado - e sempre esteve, nos termos de ambas as circulares - a fazer o lançamento contábil (repasso ao banco A) no mesmo dia do recebimento.

Desta forma, o texto se utiliza da conjunção "ou" para tratar de situações diferentes, eis que o beneficiário pode ser correntista do próprio banco em que se efetuou o pagamento ou a operação pode ter sido realizada por meio de instituição financeira correspondente. Dependendo da operação, o registro - obrigatório - será efetuado na conta do beneficiário ou do correspondente (outro banco). Não há, em momento algum autorização para contabilização em outras contas (conta paralela) como quer fazer crer a recorrente. Se assim não fosse, incompreensível e inexplicável seria o art. 3º da Circular nº 3.001/00.

Salta aos olhos, portanto, que as determinações do art. 3º da Circular BACEN nº 2.535/95, na redação original, são imperativas ("devem ser registradas"), não existindo qualquer alternativa para as instituições financeiras, no que tange ao registro dos créditos em conta-corrente. A nova redação do dispositivo, dada pelo art. 1º da Circular nº 3.001/00, apenas explicitou uma situação preexistente, apresentando as diversas espécies de operações de recebimento de créditos.

Por fim, resta enfrentar a questão da multa agravada. A situação fática trazida aos autos leva a inexorável conclusão de que a conduta adotada pela reclamante e sua cliente Esso percorreu todos os caminhos dos tipos da fraude, da sonegação e do conluio, previstos nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964. Esses tipos são dolosos e admitem condutas comissivas e omissivas. O conluio só se configura se restar caracterizado o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas, visando à prática da fraude e da sonegação. Por isso, começo com os tipos dos arts. 71 e 72.

Pois bem. Na fraude, os núcleos verbais são "impedir", "retardar", "excluir", "modificar. Além desses, completam o tipo objetivo outros elementos, de valoração jurídica. Vemos que "impedir" e "retardar" estão ligados a "ocorrência do fato gerador", e "excluir" e "modificar", ao seu turno, ligados a "características essenciais do fato gerador". No tipo



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

subjetivo, por sua vez, a lei requer o dolo, composto de um elemento cognitivo ou intelectual - a consciência da realização dos elementos objetivos do tipo - e de um elemento volitivo - a vontade de realização também dos elementos do tipo objetivo. No tipo subjetivo, ainda, está compreendido, no dispositivo em análise, o que em doutrina se conhece por "elemento subjetivo especial do tipo", pois a lei descreve algo mais que o dolo, no campo subjetivo do autor. De tudo isso que se obtém com o auxílio de Luiz Regis Prado (in Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. I, Parte Geral, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed. págs. 295 a 299), é possível conceber que, para a adequação típica, é necessário, além do dolo, que intentem os agentes a consumação de um resultado proibido, que se insere como elemento subjetivo especial, consistente na redução, na supressão ou no diferimento do tributo devido.

O fato gerador se realizou. As partes camuflaram a conta-corrente para esconder o fato gerador, mas este ocorreu. E havia uma conta-corrente, até pelo teor do item 5.1 dos contratos de coleta, às fls 156 a 175, que obrigava o crédito em conta-corrente. E disso se verifica que os valores recolhidos na coleta deveriam ser lançados a crédito da conta-corrente bancária. No mais, é pacífico que a autonomia contratual sofre limitação imposta pelos fins, quando estes não condizem com o Direito.

As provas acostadas aos autos não deixam dúvida de que o Banco Itaú, na elaboração de um sistema organizado, para esconder a incidência da CPMF, agiu de forma a modificar as características essenciais do fato gerador da CPMF. A lei da CPMF, em seu art. 5º, dispõe no sentido de que à instituição financeira incumbe reter e recolher a referida exação. Vale dizer que o ordenamento conferiu ao Banco o dever de garantidor do bem jurídico, que é o tributo em tela. Tal dispositivo, associado aos incisos do art. 2º, é preponderante ao deslinde da questão, não se podendo admitir que normas do Bacen tivessem o poder de afastar a incidência da exação, mais ainda se tais normas são anteriores à Lei da CPMF. Por outro lado, a autoridade monetária com tal antecedência jamais poderia imaginar que estaria regulando conduta que possibilitasse a fuga à norma de incidência, se essa norma nem existia a esta época.

Desta feita, resta claro que a conduta da recorrente é mesmo a omissiva típica do dispositivo em lume, certo de que o Itaú não efetuou lançamentos a crédito e a débito, na conta escritural, visando a ocultar a contribuição ou, então, a diferi-la ao beneficiário do pagamento dos cheques administrativos. Expeço este entendimento ao observar a previsão do elemento subjetivo especial - supressão, redução ou diferimento do tributo. As condutas realizadas são adequadas ao tipo objetivo e puníveis, porque dirigidas à consecução de um daqueles fins, inscritos no elemento subjetivo especial.

A norma do Banco Central que regulava a coleta (Circular Bacen nº 2.535), como dito anteriormente, é indiferente para fins tributários, afinal bastava a retenção e o recolhimento da contribuição, quando da utilização dos recursos coletados. O magistrado, nos fundamentos da sentença proferida no processo nº 99.0023693-1, seguiu o mesmo caminho que defendemos neste voto, declarando que *a questão envolvendo as circulares nº 2.535/95 e nº 3.001/00, ambas do Banco Central do Brasil (Bacen), não tem repercussão na esfera tributária.*

São, pois, procedentes as afirmações dos agentes fiscais, quando pronunciaram, à fl. 4.895, que *"o banco quis organizar - e organizou - um sistema interno pelo qual viabilizou a possibilidade de não efetuar lançamentos, pela integralidade dos valores, a crédito e a débito na conta escritural, ressaltando-se, em razão disso, que o esquema mantinha a funcionalidade de*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/17/2005

2º CC-MF
Fl.

Cláudia Takafuji

Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

uma conta corrente". A omissão do lançamento escritural dos valores recolhidos e dos cheques administrativos emitidos ajusta-se ao tipo objetivo descrito no art. 72 da Lei nº 4.502/64, pela exclusão de uma característica essencial da movimentação de créditos (o fato gerador da CPMF): a escrituração em conta-corrente. A escrituração, portanto, é característica essencial do lançamento a débito. Também se pode afirmar, vendo-se por outro prisma, que os lançamentos a débito na conta fantasma são modificações daquelas mesmas características.

Por decorrência lógica, repare-se, antes, que era preciso ocultar os créditos, o que para fins tributários-penais se mostra como antefato não-punível, embora aí se revele o ato preparatório.

Marcante o dolo, com seus elementos cognitivo e volitivo, porquanto os agentes tinham consciência da realização da omissão típica, acima mencionada, e bem demonstram as provas de que agiram inspirados pela vontade de realizar esta omissão: a coleta dos valores dos clientes da Esso, diretamente de seus armazéns; as correspondências entre Esso e Itaú, por meio das quais a primeira apresentava ao banco a relação de fornecedores que deveriam ser pagos; os cheques nominais aos bancos de cobrança, emitidos pelo Itaú; os bloquitos de cobrança que eram pagos no próprio Itaú, sem o débito na conta; o débito ou o crédito remanescente na conta-corrente escritural, após o pagamento dos fornecedores da Esso. Tudo isso tendo como meta a supressão da contribuição, ou o diferimento desta exação.

O "desaparecimento" do nome da Esso é outra evidência inquestionável. A constituição da conta fantasma serviu para impedir que o nome da Esso viesse à tona na movimentação dos créditos, bem assim a utilização dos cheques administrativos nominais à Petrobras, configurando procedimentos que se ajustam ao modelo do art. 71 da Lei nº 4.502/64. O tipo objetivo descrito neste dispositivo é o de impedir ou retardar o conhecimento da autoridade fazendária, acerca da ocorrência do fato gerador, de sua natureza ou circunstâncias materiais e, ainda, da condição pessoal de contribuinte". Outrossim, exigem-se o dolo, isto é, consciência e vontade de realização dos elementos objetivos do tipo, e um elemento subjetivo especial, uma tendência subjetiva da realização da conduta típica, que lhe é intrínseca, a ser vislumbrada no art. 44, II, da Lei nº 9.430/96: a supressão ou a redução do tributo. Em outros termos, de modo semelhante ao que foi dito no caso da fraude, a conduta descrita no tipo objetivo não basta, para a perfeita adequação típica, se os agentes não tiverem em mira a realização dos fins contidos no elemento subjetivo especial.

Todavia, não resta menor dúvida de que os agentes estavam conscientes da omissão típica, descrita no art. 71 da Lei nº 4.502/64, e que tudo fizeram para realizá-la. O ilícito se consuma, em face da figura típica, na ocultação dos lançamentos a débito, bem como na ocultação do nome da Esso em tudo que pudesse revelar sua condição de contribuinte e sua capacidade contributiva. Anotem-se os fatos que deixam esta evidência: a coleta dos valores dos clientes da Esso, diretamente de seus armazéns; as correspondências entre Esso e Itaú, por meio das quais a primeira apresentava ao banco a relação de fornecedores que deveriam ser pagos; os cheques nominais aos bancos de cobrança, emitidos pelo Itaú; os bloquitos de cobrança que eram pagos no próprio Itaú, sem o débito na conta escritural; o débito ou o crédito remanescente na conta-corrente escritural, após o pagamento dos fornecedores da Esso. Este conjunto denota o impedimento do Fisco, e de qualquer outra pessoa que não participasse do esquema, de tomar conhecimento do fato gerador e de que a Esso era a contribuinte da CPMF sonegada.

M



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/9/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Caracterizadas a fraude e a sonegação, à luz dos que se expôs, e comprovada a participação de Itaú e da Esso na realização dos tipos objetivo e subjetivo das infrações referidas, em ajuste doloso de condutas, tais as vantagens para ambos os participantes - o banco auferiu um ganho na "tarifa" cobrada e a cliente não sofreu a retenção da CPMF devida - resulta, de tudo, a plena configuração do conluio, conforme o tipo do art. 73 da Lei nº 4.502/64.

Por todas essas razões, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2004.

Henrique Pinheiro Torres
HENRIQUE PINHEIRO TORRÉS



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Cleusa Takafuji

Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

VOTO DO CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS BUENO RIBEIRO
RELATOR-DESIGNADO

De forma semelhante e na mesma linha do entendimento adotado no julgamento de primeira instância do presente litígio pelo ilustre Presidente da 8ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo (DRJ/SPO – I), Cesar Leony Fonseca da Cunha, ousou divergir da qualificação jurídica adotada pelo conselheiro-relator, em face dos fatos apurados no curso do exemplar e complexo procedimento de fiscalização, desenvolvido com elevado apuro técnico pelo grupo responsável da Delegacia Especial de Instituições Financeiras no Rio de Janeiro, conquanto concorde em parte com a conclusão do voto proferido com a costumeira competência pelo ilustre Presidente Henrique Pinheiro Torres.

De pronto merece assinalar a relevância da indigitada qualificação jurídica, até mesmo pelo seu desdobramento no que pertine à aplicação da multa qualificada. A capitulação legal dos fatos, em relação aos quais não existem controvérsias, vem suscitando divergências no julgamento deste caso e semelhantes. Neste os autuantes consideraram ocorrido o fato gerador previsto no art. 2º, inciso VI, da Lei nº 9.311/96, enquanto a maioria da Turma de Julgamento de Primeira Instância requalificou o enquadramento dos fatos no art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.311/96, embora mantendo a multa qualificada, vencido neste particular o julgador Cesar Leony Fonseca da Cunha. Já neste Colegiado, a minoria que acompanhou o conselheiro-relator votou pelo restabelecimento da capitulação no art. 2º, inciso VI, da Lei nº 9.311/96 no mesmo diapasão dos autuantes, o que acarretaria logicamente a manutenção da multa qualificada de que trata o art. 44, inciso II, e § 1º, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

Como já adiantado, tendo em vista a minha identificação com as bem articuladas razões de decidir do julgador de Primeira instância Cesar Leony Fonseca da Cunha, inicio a fundamentação deste voto delas me socorrendo:

DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DA CPMF E SEU ENQUADRAMENTO LEGAL

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

2. Os fatos geradores da CPMF eleitos pela lei estão taxativamente relacionados nos incisos I a VI do artigo 2º da Lei nº 9.311/96, e refletem, cada um ao seu modo, os conceitos de movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de qualquer natureza, definidos no parágrafo único do artigo 1º da lei como campo de incidência da contribuição em apreço, que seria qualquer operação liquidada, ou lançamento realizado pelas entidades ali referidas que representem circulação escritural ou física de moeda, resultando ou não em transferência de titularidade dos mesmos valores, créditos e direitos.

3. Assim é que o inciso I alcança o lançamento a débito em conta corrente de depósito e outras especificadas, efetuado por instituição financeira; o inciso II contempla o lançamento a crédito em conta corrente que apresente saldo negativo, igualmente efetuado por instituição financeira; o inciso III prevê a incidência da CPMF na liquidação ou pagamento, por instituição financeira, de quaisquer créditos, direitos ou valores, por conta e ordem de terceiros, que não tenham sido creditados [em nome do beneficiário] nas contas já mencionadas; o inciso IV alcança qualquer lançamento ou outra forma de movimentação ou transmissão de valores e de créditos de natureza financeira, não relacionados nos incisos anteriores, efetuados



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/17/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

por bancos comerciais, bancos múltiplos com carteira comercial e caixas econômicas; o inciso V identifica a liquidação das operações contratadas nos mercados futuros; e o inciso VI estabelece a incidência em qualquer outra movimentação ou transmissão de valores, créditos ou direitos de natureza financeira que, por sua finalidade, reunindo características que permitam presumir a existência de sistema organizado para efetivá-la, produza os mesmos efeitos previstos nos incisos anteriores, independentemente da pessoa que a efetue, da denominação que possa ter e da forma jurídica ou dos instrumentos utilizados para realizá-la.

4. Da interpretação minuciosa dos dispositivos legais acima descritos pode-se chegar a algumas conclusões:

a) os fatos geradores descritos nos incisos I a V do artigo 2º da Lei nº 9.311/96, necessariamente, ocorrem com a participação de instituições financeiras, quer como responsáveis pela retenção e recolhimento da CPMF, na medida em que são os agentes promotores dos lançamentos a débito (inciso I, com o inc. I do art. 5º) e a crédito (inciso II, com o inc. I do art. 5º), da liquidação ou pagamento (inciso III, com o inc. I do art. 5º), da liquidação das operações nos mercados futuros organizados (inciso V, combinado com o inciso II do art. 5º), quer como efetivos contribuintes, quando efetuam o lançamento ou qualquer outra forma de movimentação financeira não relacionada nos incisos I, II e III (inciso IV, com o inc. III do art. 4º).

b) o fato gerador previsto no inciso VI não exige a participação ou intervenção de instituições financeiras para a sua ocorrência, mas, contrariamente ao que alegou a impugnante, também não a exclui de plano, apesar de ser digno de reconhecimento que sua ocorrência tende muito mais a ser observada entre os agentes alheios ao sistema financeiro, pois a maioria das operações ensejadoras do fato gerador praticadas pelas instituições financeiras já estão descritas e previstas nos cinco incisos anteriores.

5. A conclusão última acima se justifica pela análise dos pressupostos de validade desta norma, que seriam os seguintes: ter ocorrido uma outra movimentação ainda não descrita nos incisos anteriores; que tal movimentação tenha características que permitam presumir a existência de um sistema organizado para efetivá-la e que tal movimentação, por sua finalidade, produza os mesmos efeitos previstos nos incisos anteriores. Possuindo tais características, o fato econômico tributável estaria abraçado por este inciso VI, a despeito de qualquer outra consideração, já que a própria norma prescreve que esse fato gerador se caracteriza independentemente da pessoa que a efetue, da denominação que possa ter e da forma jurídica ou dos instrumentos utilizados para realizá-la.

6. Constata-se que essa regra positivada do inciso VI não permite excluir de seu contexto as instituições financeiras que tenham praticado os fatos econômicos nela previstos em abstrato, pois é nítida esta intenção quando assevera "independentemente da pessoa que a efetue".

7. Superada esta etapa, onde se procurou demonstrar que o inciso VI não exclui, necessariamente, as instituições financeiras, passarei a analisar as razões pelas quais a infração descrita não se amolda ao seu tipo legal.

DO INCISO VI DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 9.311/96 ELEITO PELA FISCALIZAÇÃO

8. A infração descrita no Auto de Infração foi capitulada no inciso VI do artigo 2º da Lei nº 9.311/96, por entenderem os autuantes que o pagamento, por parte do impugnante, das obrigações de sua cliente ESSO junto ao seu principal fornecedor, feito com a utilização dos recursos possuídos pela ESSO (os cheques), fazia parte de



Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cláudia Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

um sistema organizado pelas partes que tinha a finalidade de uma conta corrente, tanto é que “os saldos provenientes das diferenças entre as importâncias coletadas e as dívidas pagas, ao final de cada operação articulada, eram debitados ou creditados, conforme o caso, na conta de referência...”. Continuando, a fiscalização destaca que a “Melhor afirmação é a de que o banco quis organizar – e organizou – um sistema interno pelo qual se viabilizou a possibilidade de não efetuar lançamentos, pela integralidade dos valores, a crédito e a débito na conta corrente escritural.”

9. Neste ponto, peço vênia para discordar deste entendimento da fiscalização e da D. relatora, que o acolheu. Sobre o assunto entendo que a hipótese de incidência da CPMF prevista no inciso VI do artigo 2º da Lei nº 9.311/96 apenas pode vir a ocorrer se nenhuma das anteriores, destacadas nos incisos I a V do citado artigo, tiver ocorrido. Esta interpretação decorre da própria exegese do texto legal, sem deixar de ser sistemática e harmônica com o restante das normas que cuidam dessa contribuição.

10. No caso presente, como tentarei demonstrar no tópico seguinte, houve a liquidação ou pagamento, por parte da impugnante, de obrigações da ESSO com a utilização dos cheques de que era titular, sem que tivessem sido creditados em sua conta corrente junto ao banco. Entendo que tal hipótese está capitulada no inciso III do mencionado artigo 2º da lei, e como disse acima e melhor explicarei no parágrafo seguinte, impediria a aplicação do inciso VI.

11. Com efeito, o inciso VI se refere a “qualquer outra movimentação ou transmissão... que... produza os mesmos efeitos previstos nos incisos anteriores”, e a meu ver quer dizer que apenas se aplica se a dita movimentação ou transmissão não estiver descrita nos incisos anteriores, estando presente ou não o sistema organizado a que alude o texto legal. Se assim não fosse, como se poderia admitir que uma movimentação ou transmissão financeira plenamente caracterizada nos incisos I a V, pudesse, com a simples existência de um sistema organizado para efetivá-la, deixar de ser ela própria, para se transformar numa outra movimentação ou transmissão financeira que produzisse os mesmos efeitos que lhe são característicos? Traduzindo para o caso presente, se houve a liquidação ou pagamento das obrigações da ESSO pelo impugnante, nas condições abrangidas pelo inciso III, então, mesmo que tenha havido uma organização previamente estruturada visando justamente a efetivação desses pagamentos sem que os créditos (cheques) fossem depositados em conta corrente, repita-se, mesmo assim, as liquidações ou pagamentos nestas condições não deixariam de ser elas mesmas para se transformarem em outras movimentações com os seus mesmos efeitos. Assim, a alegada existência, por parte da fiscalização, de um sistema organizado que evitava o crédito dos cheques em conta corrente da ESSO e permitia o pagamento ou liquidação de suas obrigações para com seu principal fornecedor, não teria o condão de alterar a natureza jurídica desses pagamentos ou liquidações, que por sua vez já estão expressamente previstos no inciso III.

DA CARACTERIZAÇÃO DO FATO GERADOR NO INCISO III DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 9.311/96

12. O impugnante utilizou boa parte da sua Impugnação para afirmar que não houve a ocorrência do fato gerador da CPMF, em qualquer ângulo em que se analise a questão, ou seja, em quaisquer dos incisos do artigo 2º da lei.

13. Neste particular, discutirei apenas os seus argumentos contrários ao enquadramento do fato gerador no inciso III, posto que é nesse inciso que entendo ter o mesmo se caracterizado. Em apertada síntese, pode-se dizer que a defesa



Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cláudia Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

desconsiderou a ocorrência, *in casu*, de qualquer movimentação escritural ou física da moeda, afirmando “Dessa forma, onde não houver moeda circulando, escritural ou fisicamente, não há possibilidade de fato gerador.”

14. Discorreu, também, sobre conceitos de circulação escritural de moeda, para concluir que “a mera emissão do cheque, com sua entrega ao beneficiário (quer se trate do próprio credor da obrigação a cujo adimplemento o cheque objetiva, quer se trate de terceiro, em cujo nome o credor peça que o cheque seja emitido), não é fato gerador de CPMF, diante da absoluta falta de previsão legal.”

15. Finalizando, o impugnante empresta aos cheques Ordem de Pagamento (OP), que foram largamente utilizados por ele neste procedimento objeto da autuação, a mesma caracterização citada acima, quando diz “Com o cheque OP, é exatamente essa a situação. Se um cliente solicita ao banco a emissão de um cheque OP (cheque emitido pelo banco contra seu próprio caixa, alimentado, nessa hipótese, pelos recursos entregues pelo cliente ou debitados na sua conta), não corre (sic) fato gerador nem na emissão nem na entrega do cheque ao próprio cliente ou a terceiro por ele indicado. Assim, *in casu*, a entrega do cheque OP pelo banco impugnante a credor da sua cliente não é fato gerador da CPMF por não configurar circulação nem física nem escritural de moeda.”

16. Entendo não ter logrado êxito a tentativa do impugnante em descaracterizar a ocorrência do fato gerador pela ausência de circulação física ou escritural de moeda, nem na emissão nem na entrega do cheque OP ao próprio cliente ou a terceiro por ele indicado. As alegações feitas pela defesa, baseadas exclusivamente na prática bancária usual, a propósito de como ocorre operacionalmente negócios desse tipo, não tem o condão de alterar ou limitar a aplicação de qualquer norma constante na legislação de regência da CPMF.

17. Com efeito, não se pode deixar de considerar o amplo espectro de incidência dessa contribuição, abordada no § único do artigo 1º da lei, que dá o norte para a definição das hipóteses de incidência no artigo 2º, que por sua vez, no inciso III, define como fato gerador, ao meu ver claramente, a situação descrita nos autos em que o impugnante [Itaú], de posse dos cheques pertencentes ao seu cliente [Eso] e coletados por ele [Itaú], emite cheques OP para o principal fornecedor desse seu cliente [Petrobras], quitando obrigações por ele [Eso] assumidas, e, obviamente, fazendo ingressar em seu caixa os valores neles consignados, sem que os tais cheques, representativos, indubitavelmente, de créditos, valores ou direitos de seu cliente [Eso], tenham sido creditados em sua conta corrente. Não se trata, como chegou a dizer o impugnante, de que não há a obrigação legal de depositar esses cheques na conta corrente do seu cliente, e que as situações em que a lei pretende forçar o trânsito por conta corrente de determinadas operações estão expressamente determinadas no artigo 16. Com isso eu concordo. O que ocorreu foi uma operação bancária, aparentemente não proibida, que ensejava o recolhimento da CPMF pelo banco, justamente porque não houve o trânsito em conta corrente dos valores.

18. Ainda que não bastassem os argumentos até aqui expostos, baseados exclusivamente na interpretação da Lei nº 9.311/96, e também na Instrução Normativa SRF nº 66/98 (art. 1º) que conduzem à conclusão de que ocorreu o fato gerador na hipótese prevista no inciso III do artigo 2º, com o advento do Ato Declaratório (AD) SRF nº 33, de 17.05.2000, a meu ver, não mais pairam dúvidas sobre qual o enquadramento legal que a Administração Tributária entende ser aplicável ao caso sob comento. Estabelece o citado AD:

“1 – a utilização, pelas instituições financeiras, de créditos, direitos ou valores, inclusive os decorrentes de cobrança bancária, não creditados na conta de depósito, quando houver, do respectivo titular, na liquidação, compensação ou pagamento de obrigações.”



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15 / 7 / 2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

do mesmo titular ou não, constitui infração ao disposto no inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311, de 1.996, quando não houver cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos de Natureza Financeira - CPMF". (realce)

19. Face ao exposto, considero que o pagamento das obrigações do cliente do banco, realizados através dos cheques OP e/ou da quitação dos boletos bancários representativos dessas obrigações, utilizando-se dos direitos constantes nesses mesmos cheques, sem que houvesse o correspondente crédito desses valores em sua conta corrente, caracterizam infração ao inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311/96.

De fato, como salientado pelo atilado julgador, é extrema de dúvida que a Administração Tributária, a partir da edição do Ato Declaratório (AD) SRF nº 33, de 17/05/2000, acima transcrito, deixou explícito o seu entendimento de que as operações aqui examinadas se subsumem a hipótese de incidência da CPMF prevista no inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311/96, o que já poderia ser intuído do disposto no art. 1º da Instrução Normativa SRF nº 66, de 08/07/98, e no § 7º do art. 3º da Instrução Normativa SRF nº 66, de 14/06/99, a saber:

Instrução Normativa SRF nº 66, de 08/07/98:

Art. 1º Nas hipóteses em que a instituição financeira utiliza recursos provenientes de créditos, direitos ou valores, inclusive decorrentes de cobrança bancária, não creditados na conta de depósito de seu titular, para efetuar qualquer pagamento por sua conta e ordem, a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF será calculada sobre o montante dos referidos créditos, direitos e valores.

Instrução Normativa SRF nº 66, de 14/06/99:

Fato Gerador

Art. 3º Constitui fato gerador da CPMF:

(...)

§ 7º Caso a instituição financeira utilizar recursos provenientes de créditos, direitos ou valores, inclusive decorrentes de cobrança bancária, não creditados na conta de depósito de seu titular, para efetuar qualquer pagamento por conta e ordem deste, a CPMF será calculada sobre o montante dos referidos créditos, direitos ou valores.

De se notar que essas normas complementares da legislação tributária (CTN, art. 100, inciso I), que subordinam os agentes da administração às suas disposições, já vigiam por ocasião da lavratura do auto de infração em tela (08/10/99). Inclusive o art. 1º da Instrução Normativa SRF nº 66, de 14/06/98, foi invocado pelos autuantes no Termo de Verificação Fiscal (fls. 4.892) como "recurso de integração, no tocante à definição da incidência ora em análise". Todavia, o fato de a capitulação legal ter sido no inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311/96, não pode ser visto como desatenção ao nelas disposto, considerando que tais normas somente declararam que haveria incidência da CPMF nas circunstâncias relatadas (coincidente com a hipótese dos autos), sem explicitar a qualificação legal, e dilucidaram qual seria a base de cálculo (montante dos créditos, direitos e valores, não creditados na conta de depósito de seu titular, utilizados pela instituição financeira para efetuar qualquer pagamento por sua conta e ordem), que foi exatamente a adotada no auto de infração, sendo, portanto, indiferente neste particular a capitulação, seja no inciso III ou no inciso VI.



Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Clévia Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

É ainda oportuno trazer à colação o disposto nos incisos I e II do Ato Declaratório SRF nº 045, de 13/06/2000, que aponta também pelo enquadramento da hipótese dos autos no inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311/96:

I - A instituição financeira deve cobrar a CPMF quando liquidar ou pagar quaisquer créditos, direitos ou valores, inclusive os decorrentes de cobrança bancária, por conta e ordem de terceiros, que não tenham sido creditados na conta do beneficiário, em conformidade com o disposto no inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311, de 1996;

II - O disposto no inciso anterior aplica-se inclusive quando o beneficiário dos créditos, direitos ou valores não possuir conta de depósito na instituição financeira, observado que a adoção de procedimentos diversos implica infração ao disposto no citado inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311, de 1996;

Enfim, a posição adotada neste voto, assim como a que prevaleceu na decisão recorrida, estão em perfeita sintonia com o entendimento até hoje vigente da Administração Tributária no que diz respeito à hipótese de incidência na qual os fatos apurados neste processo se subsumem, qual seja, o inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311/96.

Examinemos agora os argumentos da Recorrente no sentido de refutar a interpretação externada nos atos administrativos acima nomeados, acusando-os de desbordarem os limites do dispositivo legal pretensamente regulamentado: o inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311/96. Para isso reproduzo excerto do Memorial da Recorrente, datado de 30/06/2004, em que o assunto, versado no item 59 do recurso¹, mirando o Ato Declaratório (AD) SRF nº 33/00 (fls. 5.162), mereceu um maior detalhamento:

43. Instrução Normativa nº 66/98² possui redação que parece ter sido montada a partir do citado item III, com alguns “ajustes” que invertem totalmente o sentido da norma legal.
44. De um lado, a lei fala de “créditos, direitos e valores” que são liquidados ou pagos pelo banco, por conta e ordem de terceiro, que só pode ser o devedor desses créditos, direitos ou valores, pois o beneficiário é a pessoa em proveito de quem será feita a liquidação ou o pagamento.
45. Já a instrução normativa fala em “créditos, direitos e valores” de que seja titular o dador da ordem de pagamento, deslocando em 180º o que diz a lei (pois o devedor passa, sem maiores explicações, a ser credor dos créditos, direitos e valores que ele quer pagar).
46. Na lei, a inexistência de crédito em conta (pressuposto que integra o fato gerador) se refere ao beneficiário do pagamento realizado pelo banco (ou seja, ao credor), por conta e ordem do devedor. Na instrução, a inexistência de crédito em conta é referida ao devedor (por cuja conta e ordem o banco faz o pagamento).

¹ 59. De outra parte, o Ato Declaratório SRF nº 33/00 referido no acórdão, ao prever o trânsito dos créditos, direitos e valores utilizados para pagamentos pela conta do titular, desbordou os limites do dispositivo legal pretensamente regulamentado: o inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311/96 previa o crédito na conta corrente do beneficiário do pagamento, e não do titular do crédito. Patente, portanto, a ilegalidade do Ato que, ademais, é posterior aos fatos tratados no presente processo.

² Art. 1º Nas hipóteses em que a instituição financeira utiliza recursos provenientes de créditos, direitos ou valores, inclusive decorrentes de cobrança bancária, não creditados na conta de depósito de seu titular, para efetuar qualquer pagamento por sua conta e ordem, a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF será calculada sobre o montante dos referidos créditos, direitos e valores.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleiza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

47. Como se vê, não obstante a presença de palavras e locuções comuns a ambos os textos (o da lei e o da instrução), tem-se a impressão de que o ato da Receita Federal teria querido **criar nova hipótese de incidência**.
48. Essa interpretação, porém, é afastada pelo **princípio da estrita legalidade**, que resultaria ferido se se admitisse a criação de **novo fato gerador** por instrução da Receita Federal.
49. Justamente porque os recursos do devedor, utilizados para cumprir ordem de pagamento que ele dê ao banco, não precisam estar em conta (nem ser previamente creditados em conta) é que, para algumas situações, o art. 16, § 2º, da Lei nº 9.311/96 criou a obrigação do depósito na conta do devedor. Se fosse admitida a aventada interpretação (ilegal) da instrução normativa, o citado preceito legal seria **inócuo**, pois, em todo e qualquer caso, os recursos usados por alguém para efetuar um pagamento ou seriam tributados por transitarem pela conta do cliente ou seriam tributados apesar de não transitarem por essa conta.
50. Isso basta para desautorizar por completo o enquadramento dos fatos no item III.

Em primeiro lugar, correta a percepção da Recorrente de que a Instrução Normativa nº 66/98 possui redação que foi montada a partir do multicitado inciso III. Só que os denominados "ajustes", como procurarei demonstrar, não invertem o sentido dessa norma legal, mas simplesmente ilustram uma das situações em que o fato jurídico tributário previsto nesta norma geral e abstrata ocorre, que vem a ser justamente a hipótese dos autos.

Também sem reparo as assertivas de que a lei fala de "créditos, direitos e valores" que são liquidados ou pagos pelo banco, por conta e ordem de terceiro, que só pode ser o devedor desses créditos, direitos ou valores, pois o beneficiário é a pessoa em proveito de quem será feita a liquidação ou o pagamento.

O fato de a instrução normativa falar em "créditos, direitos e valores" de que seja titular o **dador da ordem de pagamento**, devidamente contextualizado, não implica um deslocamento de 180º do que diz a lei, pois necessariamente o "devedor" de obrigações terá que se valer de "créditos, direitos e valores" de que seja titular para ordenar ao banco a quitação de suas obrigações, seja mediante a emissão de ordens de pagamentos, seja por outros instrumentos bancários. Portanto, não há necessidade de maiores explicações para saber que um "devedor" necessita de recursos para quitar suas obrigações e é a forma da utilização desses recursos que é salientada nos atos normativos em comento, pois dela decorre o fato gerador previsto no inciso III (utilização, por instituição financeira, de créditos, direitos ou valores, não creditados na conta de depósito de seu titular).

A utilização de recursos aportados a um banco por seu beneficiário, sem o depósito na sua conta corrente, para pagamentos de obrigações do beneficiário, traduz na "liquidação", pelo Banco, desses recursos, concretizando o elemento temporal previsto na hipótese de incidência tributária de que cuida o inciso III. É esta "liquidação" de um direito de natureza "cartular" (os cheques emitidos pelos clientes da Esso e recolhidos pelo Itaú) é que se refere, *in casu*, o inciso III. A outra "liquidação" do negócio de feição fundamental celebrado entre a Esso e seus fornecedores, no caso a Petrobras, somente se presta e interessa para caracterizar em virtude de seu *modus operandi* a ocorrência daquela outra primitiva "liquidação" de direito de natureza cartular, esta sim deflagradora da incidência do inciso III no que respeita à Esso e, conseqüentemente, ao Itaú na qualidade de responsável por este recolhimento.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cláudia Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Assim, não há nenhum paradoxo no fato de a inexistência de crédito em conta (pressuposto que integra o fato gerador) se referir na lei ao beneficiário do pagamento realizado pelo banco (ou seja, ao credor), por conta e ordem do devedor, enquanto na instrução, a inexistência de crédito em conta é referida ao devedor (por cuja conta e ordem o banco faz o pagamento).

Na lógica desta norma geral e abstrata (inciso III) os "terceiros" são aqueles que determinam por sua conta e ordem que créditos, direitos ou valores sejam pagos a um "beneficiário". Logo, na fase da coleta dos cheques emitidos pelos clientes da Esso (Postos), aqueles são os "terceiros" e esta (Esso) é o beneficiário. Portanto, no momento em que o Itaú utiliza os cheques emitidos pelos clientes (Postos) da Esso para quitar obrigações desta com seus fornecedores (Petrobras) está "liquidando" tais cheques, sem que eles tenham sido creditados na conta do beneficiário (Esso), realizando o fato jurídico tributário previsto na norma (inciso III), fazendo com que inapelavelmente incida a CPMF na hipótese. É a isto que se reportam os atos normativos em comento.

Por outro lado, também é certo que quando a Esso dá ordem ao Itaú para efetuar pagamentos em seu nome, utilizando daqueles recursos não advindos de sua conta corrente, se coloca como um dos terceiros a que alude a norma, em face dos beneficiários desses pagamentos, no caso a Petrobras. Temos que, caso o Banco que liquide a ordem de pagamento emitida pelo Itaú (por conta e ordem da Esso), sem depositar (os valores resultantes dessa liquidação) na conta corrente da Petrobras, faz incidir novamente o comando do inciso III. Só que agora o contribuinte é a Petrobras e o responsável é o banco que liquidou a OP sem creditar o valor correspondente na conta da Petrobras. Ou seja, estamos numa outra fase da incidência deste imposto multifásico. Por sinal foi nesta fase que a defesa situa a hipótese dos autos, restringindo-a tão-somente à de pagamento ou liquidação de ordens de pagamento ou cheques administrativos emitidos em nome da Esso, olvidando de sua responsabilidade que decorre da fase anterior.

Como se vê, ao contrário do alegado pela Recorrente, a presença de palavras e locuções comuns a ambos os textos (o da lei e o da instrução) não leva à impressão de que o ato da Receita Federal teria querido criar nova hipótese de incidência, mas a de tão-somente ter cumprido o seu escopo regulamentar de aclarar modalidades de operações previstas como tributadas na lei. É, pois, ato de natureza meramente interpretativa, daí até mesmo não se colocar a questão de o ato ser retroativo ou não. Nenhuma lesão, portanto, ao princípio da estrita legalidade restou por aí configurada.

Também é de se concordar com a Recorrente que nem todos os recursos do devedor, utilizados para cumprir ordem de pagamento que ele dê ao banco, precisam estar em conta (nem ser previamente creditados em conta), a exemplo da moeda em espécie (numerário), e certo também que, para algumas situações, o art. 16, § 2º, da Lei nº 9.311/96 criou a obrigação do depósito na conta do devedor (aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável e a liquidação de operações de mútuo).

Porém, a admissão da interpretação (legal) da instrução normativa não torna inócua o citado preceito legal, pois nem todos os recursos usados por alguém para efetuar um pagamento são tributados por não transitarem por sua conta corrente. Destes são tributados somente aqueles recursos cuja utilização implica "liquidação", por instituição financeira, de



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleiza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

quaisquer créditos, direitos ou valores, por conta e ordem de terceiros, como ocorrido, repita-se, na hipótese dos autos com os “cheques” emitidos pelos clientes da Esso a seu favor.

Assim, não são onerados com a incidência da CPMF os recursos representados por “numerário” (exceto nas situações previstas no art. 16, § 2º, da Lei nº 9.311/96), não suscetíveis de “pagamento” ou “liquidação”, e os representados por “cheques” (ordem de pagamento à vista) na situação prevista no inciso V do art. 8º da Lei nº 9.311/96, que corresponde a uma exceção de fato à incidência prevista no inciso III do art. 2º, pois contempla com alíquota zero a hipótese nele prevista (pagamento de cheque, efetuado por instituição financeira, cujos valores não tenham sido creditados em nome do beneficiário nas contas referidas no inciso I do art. 2º).

Aqui o legislador usou a expressão “pagamento” no sentido restrito de “entrega física do dinheiro”, que corresponde à popular situação de saque de cheque “na boca do caixa” (obviamente no Banco no qual o emitente possui conta corrente com fundos disponíveis em poder do Banco). O legislador não quis tributar o pagamento do cheque em dinheiro. Daí a corriqueira utilização de cheque emitido por terceiros para pagamento de nossas obrigações (contas de luz, telefone, etc.) no banco no qual este “terceiro” possui conta corrente com o recebimento em espécie da diferença ou complemento da parte restante, sem sofrermos o ônus da incidência da CPMF sobre o valor desse cheque, o que ocorreria caso o mesmo tivesse sido depositado na nossa conta corrente.

Esta “exceção” não socorre a Recorrente, porquanto os cheques recolhidos pelo Itaú não foram pagos em dinheiro na “boca do caixa” (no banco sacado), mas sim “liquidados” internamente pelo Itaú ao adiantar o uso do valor neles incorporados para quitação de obrigações da Esso, antes das respectivas compensações e sem que esses valores tenham transitado na conta corrente da Esso.

Arrematando, o que os atos normativos comentados fizeram foi nada mais do que nomear uma das formas de “liquidação” dos *créditos, direitos ou valores* a que alude o inciso III, que, por coincidência, propicia a “liquidação” de negócio de outra natureza (fundamental), deixando às escâncaras que a hipótese dos autos subsume em todas as suas notas ao pressuposto de incidência da CPMF previsto no inciso III do art. 2º.

A seguir prossigo no exame de outros argumentos deduzidos pela Recorrente, desconectados da interpretação do conteúdo dos atos administrativos supra, também no sentido de afastar o enquadramento das operações em tela no inciso III do art. 2º, inclusive se valendo da opinião do acatado consultor José Antonio Schontag, consoante Memorial distribuído em 18/10/2004.

Antes de mais nada é relevante nos termos na parte em que a Recorrente advoga que as práticas envolvendo as operações questionadas nestes autos são legítimas e usuais e que:

[...] Nenhuma norma obrigava, na época dos fatos, que os valores coletados de um cliente fossem creditados em conta corrente (nem dele nem de terceiro). Não se adotou, portanto, forma jurídica “contrária à lei”. Só a partir da vigência da Circular BACEN nº 3001/00 (supra referida), o produto da coleta passou a ser obrigatoriamente



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cléuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

creditado na conta do cliente, por força da nova redação dada ao art. 3º da Circular 2.535/95³ (item 10 do recurso, com a redação do Memorial de 30/06/04).

Segundo a Recorrente:

Quando um cliente entrega recursos ao banco (em dinheiro ou em cheques), esses recursos podem ter diversos destinos, conforme a instrução dada ao banco: (a) depósito na própria conta corrente; (b) depósito na conta corrente de terceiro; (c) pagamento de uma obrigação do cliente junto a terceiro; (d) compra de um cheque OP etc (item 9 do recurso, com a redação do Memorial de 30/06/04).

Conforme já exposto, no nosso entendimento, sem nenhuma incursão ainda na questão da legitimidade e de ser ou não práticas bancárias usuais, a utilização por instituição financeira (Itaú) de cheques emitidos por terceiros, antes de cobrados junto aos respectivos bancos sacados, em atendimento à instrução dada pelo beneficiário (Eso), nas situações descritas nas alíneas "(b)", "(c)" e "(d)", importa na "liquidação" deste título de crédito (impróprio) em face de seu beneficiário (Eso), sem o crédito nas contas previstas em lei, e, portanto, faz incidir o inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311/96.

A condição de "título de crédito" do cheque em face de seu beneficiário foi abordada no item 3.4 do Termo de Início de Fiscalização (fl. 4.885). De qualquer maneira é oportuno transcrever a preciosa síntese oferecida por Fran Martins⁴ sobre o assunto ao tratar da natureza jurídica do cheque:

O cheque é uma ordem de pagamento, à vista, dada por quem possui provisão em mãos do sacado, em favor próprio ou de terceiros. Pode o beneficiário do cheque estar designado no mesmo ou o título ser ao portador [Não mais]. O sacado, depositário da provisão do sacador, ao pagar o cheque, apenas cumpre a obrigação de devolver as importâncias que lhe foram confiadas, atendendo, assim, à determinação do depositante.

Não deve, desse modo, em princípio, o cheque ser considerado um verdadeiro título de crédito, já que o fator crédito não existe de modo abstrato e sim está ligado à circunstância de possuir o sacado, a quem a ordem de pagamento é dada, importâncias que na realidade pertencem ao depositante. No entanto, o cheque se beneficia de princípios e institutos próprios dos títulos de crédito, podendo circular através do endosso. Havendo circulação, aparece o elemento crédito, ficando o endossante vinculado à responsabilidade do pagamento da importância mencionada no documento. Por essa razão, o cheque tem sido considerado um título de crédito impróprio, isto é, um documento que, embora não ateste, originariamente, uma pura operação de crédito, com a sua circulação faz uso desse elemento, sujeitando os que participam dessa circulação ao direito próprio, garantidor da obrigação decorrente do título.

³ Mesmo com essa norma, não é obrigatório o trânsito pela conta do cliente se a coleta não é feita por meio de serviço especializado: "Art. 3º. Devem ser registrados em conta de depósitos a vista do beneficiário os valores correspondentes às seguintes operações: (...)

III - coleta de numerário, inclusive cheques, realizada por meio de serviço especializado mantido ou contratado pela instituição financeira ou pelo próprio interessado."

⁴ *Títulos de Crédito*, Volume II, 11ª ed., Rio de Janeiro, 1999, Ed. Forense, p. 11



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Cláudia Takafuji

Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Igualmente vale transcrever excerto do título “O que é o cheque?”, colhido no site do BACEN:

Características do cheque

1. O que é o cheque?

O cheque é uma *ordem de pagamento a vista*, devendo ser pago no momento de sua apresentação ao banco sacado, descontando-se o valor do seu saldo em depósito.

2. Qual a natureza jurídica do cheque?

O cheque é, ao mesmo tempo, ordem de pagamento à vista (para o banco onde o dinheiro está depositado) e título de crédito (para o beneficiário que o recebe). Nele estão presentes dois tipos de relação jurídica:

- uma entre você e o banco (baseada na conta bancária); e
- outra entre você e o beneficiário, pela qual o cheque se torna um documento capaz de gerar protesto ou execução em juízo.


Em seguida reproduzo o “Sumário das operações e procedimentos” apresentado no já citado parecer sobre a incidência da CPMF de José Antonio Schontag, pois é necessário fazer alguns reparos acerca da situação fática relatada, tendo em vista a sua relevância para a qualificação jurídica das operações e procedimentos em exame:

- a) o Bco Itaú, por si ou por empresa especializada, promoveu a coleta do numerário e dos cheques;
- b) o Bco Itaú fez o registro contábil dos valores coletados, utilizando-se da conta interna “Depósitos Vinculados”, conforme disposto na Circular nº 2.535, de 19/01/95, do Banco Central (essa Circular “estabelece procedimentos para o registro contábil de recebimentos e pagamentos por conta de terceiros”);
- c) os valores coletados (cheques e numerário) não foram lançados em conta corrente da Cia Esso;
- d) o numerário e o produto da cobrança dos cheques constituíram recursos que foram utilizados para pagar credores da Cia. Esso. Se houvesse mais recursos do que pagamentos a fazer, a diferença era creditada na conta corrente da Cia Esso; se fossem insuficientes, os recursos faltantes eram sacados da conta corrente da Cia Esso;
- e) o valor dos cheques sacados contra outros bancos, eventualmente devolvidos, era debitado na conta corrente da Cia. Esso;
- f) os pagamentos, cujos beneficiários eram credores da Cia Esso, eram feitos ou mediante quitação de boletos bancários ou por meio de cheques administrativos OP (cheques ordem de pagamento), de emissão do Bco. Itaú;
- g) essas operações foram feitas anteriormente à edição da Circular nº 3.001, de 24.08.2000, do Banco Central. (grifei)

Tenho como desconforme com a realidade dos autos a afirmativa de que “o produto da cobrança dos cheques constituíram recursos que foram utilizados para pagar credores da Cia. Esso”, já que os cheques emitidos pelos clientes da Esso e recolhidos pelo Itaú foram utilizados para quitar obrigações da Esso antes de submetidos à compensação para cobrança junto aos respectivos bancos sacados. Se essa afirmativa fosse correta, estaria em contradição com o relatado na alínea “e”. Ora, se o Itaú tivesse utilizado o “produto da cobrança dos cheques”, já abatido, portanto, do valor dos cheques devolvidos sob qualquer motivo, não



Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861


Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

haveria porque debitar na conta corrente da Esso "o valor dos cheques sacados contra outros bancos, eventualmente devolvidos".

Ademais é inconteste nos autos que os cheques recolhidos num dia eram utilizados para quitar as obrigações vencidas neste mesmo dia, razão pela qual é dito na alínea "d" supra: "[...] se houvesse mais recursos do que pagamentos a fazer, a diferença era creditada na conta corrente da Cia. Esso; se fossem insuficientes, os recursos faltantes eram sacados da conta corrente da Cia. Esso".

Portanto, considerando que a liberação dos recursos provenientes de cheques, mesmo hoje, após a evolução ocorrida recentemente no Sistema Brasileiro de Pagamentos, se dá no mínimo no dia posterior ao acolhimento do cheque (D+1)⁵, resta mais uma vez confirmado que a liberação antecipada dos recursos dos cheques só foi possível *in casu* pela "liquidação" desses títulos de crédito (impróprios) propiciada pelo Itaú.

O Itaú a partir desse evento (liquidação) deixa efetivamente de atuar na qualidade de "mandatário" (endosso-mandato) da Esso em face desses cheques, já que os créditos neles encartados, conforme avençado, passam a ser de sua propriedade em contraprestação, num primeiro momento, à venda dos cheques administrativos (chamados cheques OP ou cheques ordem de pagamento) utilizados para a quitação de obrigações da Esso em cobrança em outros bancos e, num segundo momento, pela quitação dos bloquetes de cobrança (fichas de compensação, ou seja, papéis que representam obrigações do cliente) emitidos pela Petrobras.

Tanto é que os recursos posteriormente liberados pelos bancos sacados na compensação ingressaram no caixa do Itaú como recursos de sua titularidade e aqueles cheques, porventura devolvidos, tiveram os valores correspondentes debitados na conta corrente da Esso.

Examinemos agora a percuciente análise de José Antonio Schontag acerca do enquadramento no inciso III, que confirma uma boa parte das conclusões já externadas neste voto. Porém, em algumas, há colisão, o que levou o ilustre parecerista a opinar pelo não enquadramento das operações em tela no indigitado inciso III. Destarte, reproduzo a referida análise, destacando as partes em que discordo, intercalando minhas razões no sentido de reafirmar que há sim incidência do inciso III:

III - enquadramento no inciso III:

Este inciso trata do "pagamento ou liquidação" de ordens de pagamento (e deve ser interpretado em conjunto ao disposto no inciso V e no § 6º, ambos do art. 8º). *É importante ter presente que a cobrança da CPMF prevista nesse inciso ocorre somente na "boca do caixa".* O inciso está redigido com o objetivo de evitar que operações de pagamentos entre um "terceiro" (devedor, na operação) e um "beneficiário" (credor, na operação) sejam cursadas por meio de ordens de pagamento em instituição financeira sem que o credor (beneficiário) sofra a incidência da CPMF. Em outras palavras: ou bem os recursos transitam pela conta do beneficiário - hipótese

⁵ Nas contas dos clientes, tomando-se como data-base a de acolhimento do documento, os lançamentos são normalmente feitos:

• a crédito (liberação efetiva dos recursos): (i) no caso de documento de crédito, na noite de D; (ii) no caso de "cheque acima", na noite de D+1; e (iii) no caso de "cheque abaixo", na noite de D+2; e [...].

Fonte: BACEN: *Sistema Brasileiro de Pagamentos*, p. 16.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
FI.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Clévia Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

em que ele pagará CPMF quando sacar os recursos - ou não transitam pela sua conta - hipótese em que ele sofre a retenção da CPMF, *no próprio ato em que o banco efetua o pagamento*. Mas, entre as operações contidas nesse inciso, uma teve tratamento especial, de alíquota zero: a ordem de pagamento representada por cheque. (realcei)

Não concordo com a afirmativa categórica de que "a cobrança da CPMF prevista nesse inciso ocorre somente na 'boca do caixa'", pois na "liquidação de cheques emitidos por terceiros" realizada internamente pelo banco liquidante (que geralmente não é o sacado), como na hipótese dos autos, a cobrança da CPMF não se dá na "boca do caixa".

Ademais, tenho como reducionista colocar como sendo o único objetivo do inciso prevenir a não incidência da CPMF no ato do pagamento (na "boca do caixa") de ordens de pagamento, o que, à evidência, contraria a literalidade do dispositivo que fala em "liquidação ou pagamento". Aliás, aí está a espinha dorsal da defesa que procura atrair o foco da questão somente para a fase posterior à da liquidação interna pelo Itaú dos cheques emitidos por terceiros (clientes da Esso), sem o depósito na conta corrente do beneficiário (Esso).

É ilustrativo mencionar que a alíquota zero aos cheques (inciso V do art. 8º) resultou de emenda congressual, quando da tramitação da Lei Complementar do IPMF. O legislador, no caso, teve duas justificativas muito fortes: a) a dificuldade que o sistema bancário teria para cobrar o IPMF na "boca do caixa" nas incontáveis operações diárias de pagamento de cheques, e b) a impropriedade que ocorreria quando o próprio correntista fosse sacar um cheque, ficando sujeito a duas incidências do imposto. Mas, com a redação da lei do IPMF, a alíquota zero alcançava também os cheques emitidos pelos bancos (cheque ordem de pagamento), que podiam ser comprados com dinheiro e utilizados para pagamento a terceiros, os quais, por sua vez, podiam sacá-los com alíquota zero. Esse lapso foi corrigido somente com a lei da CPMF, que dispôs (§ 6º, art. 8º) que a alíquota zero "não se aplica a cheques que, emitidos por instituição financeira, tenham sido adquiridos em dinheiro". Quanto a cheques, portanto, o legislador disciplinou o fato gerador do inciso III seletivamente, ou seja, não permitiu a dupla dispensa nem exigiu a dupla incidência.

Voltando à análise das operações, os recursos empregados para efetivá-las, como vimos, podem provir de dinheiro ou de cheques, aportados à instituição financeira por um "terceiro" (que dá ao banco a ordem para pagar ao credor, beneficiário dessa ordem). Se tais recursos são representados por cheques, é necessário distinguir as duas operações adiante descritas (se os recursos são em dinheiro, inexistente, obviamente, a primeira dessas operações):

1ª operação: pagamento de cheque, de que a Cia Esso é beneficiária, sem que o valor seja depositado na sua conta corrente.

Nesta operação ocorre o fato gerador previsto no inciso III, pois o cheque configura uma ordem de pagamento à vista (dada pelo emitente, na condição de "terceiro", ao seu banco), sendo que o dinheiro resultante do pagamento do cheque, neste caso, não é destinado à conta corrente do beneficiário (a Cia Esso). Os cheques da Cia Esso aportados ao Bco Itaú provieram tanto de emitentes correntistas do próprio banco como de correntista de outra instituição financeira; Mas, tratando-se de pagamento de cheque (que dá origem à cobrança da CPMF no débito em conta do respectivo emitente, que é o "terceiro" na relação prevista no inciso III), a alíquota aplicável ao "beneficiário" é zero (art. 8º, inciso V), sendo irrelevante que a própria Cia Esso vá ao banco sacado receber o valor do cheque, que o faça mediante um preposto ou que contrate um banco para receber o valor. Em qualquer hipótese terá ocorrido o



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2ª CC-MF
FI.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

"pagamento de um cheque", em conformidade ao citado art. 8º. Ou seja, o disposto no art. 8º, inciso V (alíquota zero ao beneficiário do pagamento de cheques), é um comando genérico, irrestrito, que independe de o banco sacado ser procurado diretamente pelo credor ("beneficiário") ou por um preposto, ou por um banco contratado para fazer a cobrança do cheque. Observe-se que a alíquota zero é aplicável aos pagamentos de cheques que não sejam creditados na conta do beneficiário e que, por esse motivo, estão no inciso III. E é exatamente por estarem no inciso III que o legislador precisou estabelecer a alíquota zero, pois quis evitar a retenção na "boca do caixa" no momento do pagamento de cheques. Ademais, o "não-crédito" na conta do credor beneficiário do cheque (Cia Esso) tanto ocorre em relação ao valor que ele receba diretamente do banco sacado como ao valor pago a seu preposto ou mandatário (no caso, o banco que apresenta o cheque para pagamento, via compensação). Em ambos os casos, há uma ordem de pagamento (dada pelo emitente do cheque ao banco sacado), sendo que o valor pago não é creditado na conta do beneficiário do cheque (Cia Esso). Portanto, ocorre o fato gerador do inciso III, mas com a alíquota zero (art. 8º, V). (realcei)

De pronto, discordo, pelas razões já expostas exaustivamente, da caracterização da "1ª operação" como sendo de "pagamento de cheque" ao invés de "liquidação de cheque, de que a Cia. Esso é beneficiária, sem que o valor seja depositado na sua conta corrente". Na hipótese dos autos, não há que se falar a rigor em "pagamento de cheque", nem mesmo em relação ao momento em que são apresentados pela compensação aos respectivos bancos sacados, pois o que aí ocorre é também "liquidação" na acepção da Lei nº 9.311/96.

Sem dúvida que o legislador, no contexto da Lei nº 9.311/96, à vista da integração do disposto nos artigos 2º, inciso III, e 8º, inciso V, reservou a expressão "pagamento de cheque" em face do banco sacado, como reconhece o parecerista, mas digo ainda que foi além, ou seja, especificou "pagamento de cheque" para a situação em que o beneficiário do cheque ("possuidor legitimado") saca o seu valor na "boca do caixa" do banco sacado.

Nesse diapasão, discordo frontalmente da assertiva de ser irrelevante que a própria Cia. Esso vá ao banco sacado receber o valor do cheque, que o faça mediante um preposto ou que contrate um banco para receber o valor. Aqui há sim caminhos distintos que levam ou não à incidência da CPMF, sendo que a Esso, *in casu*, no exercício de sua autonomia de vontade, optou por um que atraiu a incidência da CPMF.

Por oportuno, aproveito para abrir um parêntese para refutar um argumento que volta e meia é brandido, inclusive na imprensa, na tentativa de caracterizarem as operações em tela como livre da CPMF, já que traduziriam o exercício da faculdade legal prevista no inciso I do art. 17 da Lei nº 9.311/96 (permissão de um único endosso nos cheques pagáveis no País).

De fato, se a Esso tivesse optado por endossar cada cheque que recebeu de seus clientes a favor de seus fornecedores em contrapartida às obrigações com eles contraídas e os mesmos acolhessem tais cheques (o que notoriamente é problemático) não haveria falar-se em incidência da CPMF em face da Esso. Outro aspecto que merece ser salientado: esta operação, se e quando realizada, é executada no primeiro momento sem a ingerência de instituição financeira, ou seja, os cheques ou conjunto de cheques, perfazendo o montante da obrigação, seriam entregues pelo "devedor" diretamente ao "credor" para quitá-la. Este, por sua vez, é que teria que cuidar do recebimento dos indigitados cheques, aí sim, forçosamente, com a intervenção de



Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

instituições financeiras, arrostando com o risco e os ônus decorrentes da eventual falta de fundos de alguns desses títulos.

Definitivamente, esta não é a hipótese dos autos e nem, faça-se justiça, dela se socorreu a Recorrente de forma peremptória, já que as referências que a defesa faz ao inciso I do art. 17 da Lei nº 9.311/96 são sempre tangenciais, no sentido de reforço de argumentação, especialmente para explicar o que entende por circulação escritural e física de moeda (itens 81 e 82 da impugnação) e de situações em que não há ocorrência do fato gerador (item 45 do recurso), caso contrário, estaria afrontando a realidade fática dos autos.

Ademais, é perceptível a inviabilidade da montagem de uma sistemática de pagamentos, via endosso de cheques recebidos de terceiros, por uma empresa do porte da Esso e de sua aceitação pelos seus fornecedores, notadamente por um do porte da Petrobras, como no caso dos autos⁶.

Outra não foi a razão de a Esso ter buscado o amparo do Itaú, ou foi por este atraída, para operacionalizar com esses cheques uma outra forma de utilizá-los, antes das respectivas compensações, para pagamentos a seus fornecedores, no que foram bem sucedidos, sem, contudo, afastar a incidência da CPMF, pois, no dizer de Drummond: "no meio do caminho tinha uma pedra, tinha uma pedra no meio do caminho", qual seja, o inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311/96.

À guisa de ilustração, vale registrar que esta "pedra" foi inserida na lei brasileira justamente para prevenir que operações que tais grassassem no mercado (sempre muito criativo), com prejuízo para arrecadação desta contribuição de elevado propósito social e em benefício justamente de contribuintes detentores de elevada capacidade contributiva, únicos capazes de atrair o interesse de instituições financeiras para implementá-las, a exemplo do observado na Argentina, cuja lei análoga não dispunha de um dispositivo semelhante.

Fechando o parêntese, prossigo na exposição e análise dos argumentos do ilustre parecerista acerca do inciso III:

Tenha-se em conta, finalmente, que a expressão "pagamento de cheque" aplica-se somente ao banco sacado; como a ordem de pagamento (via cheque) é dada ao banco sacado, é ele que, para cumprir a ordem, efetua o pagamento. O Bco. Itaú, ao cobrar um cheque para seu cliente, perante um outro banco, atua na condição de mandatário; o credor ou beneficiário do cheque continua sendo a Cia Esso. No caso, o banco sacado paga o cheque ao Bco. Itaú via compensação bancária. E o Bco Itaú, ao apresentar o resultado da cobrança do cheque para a Cia Esso, não está fazendo o "pagamento de um cheque", mas prestando contas do mandato. Essa operação, portanto, não se enquadra no inciso III (pois o Bco Itaú não está cumprindo nenhuma ordem que lhe tenha sido dada por um terceiro), nem, por consequência, se enquadra na alíquota zero. Observe-se que essa é uma operação com apenas dois intervenientes: a Cia. Esso e o Bco. Itaú. O enquadramento no inciso III, porém, exige a existência de um "terceiro" interveniente, que seria o devedor de um pagamento à Cia Esso. No momento em que o Bco Itaú presta contas à Cia Esso da cobrança que para ela efetuou

⁶ 13. Voltando ao caso concreto (que é anterior à questionada Circular 3001), ao contratar os serviços do banco recorrente, a cliente visou centralizar nele o pagamento ao seu principal fornecedor. Optou por orientar o Banco para que tais recursos fossem usados no pagamento de suas obrigações junto ao seu fornecedor ou na venda de cheques administrativos (Cheques OP) com os quais ela quitava as obrigações junto ao seu fornecedor em outro banco [Recurso, fls. 5.153].



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

junto ao banco sacado, não existe nenhum terceiro interveniente. Esse terceiro, devedor, emitente do cheque, tinha dado ordem ao banco sacado, que a cumpriu, pagando à Cia Esso, representada por seu mandatário (Bco. Itaú).

Caso o Itaú tivesse se mantido exclusivamente na condição de mandatário da Esso, para efetuar a cobrança de cheques de sua titularidade sacados contra outros bancos, esse enredo não mereceria reparos, mas, no momento em que realizou os valores encartados nestes cheques, antes das respectivas compensações, nada mais fez senão "liquidar" esses cheques e, assim, propiciar o preenchimento de todas as notas da incidência prevista no inciso III, inclusive no que respeita à "trindade" reclamada pelo parecerista, sem encaixar na exceção de fato (alíquota zero) prevista no inciso V do art. 8º.

Com esse pagamento, esgotou-se a incidência do inciso III (fato gerador) com alíquota zero (art. 8º, V). O devedor não intervém na prestação de contas da cobrança feita pelo Bco Itaú, que se dá em etapa posterior. Portanto, na prestação de contas feita pelo Bco Itaú à Cia Esso - repita-se - não ocorre o fato gerador da CPMF previsto no inciso III, primeiro porque ele, Bco. Itaú, ao prestar contas do mandato, não está cumprindo nenhuma ordem de pagamento; segundo, porque inexistente terceiro nessa prestação de contas.

Aqui já não há mais necessidade de maiores comentários, pois a incidência ocorreu na etapa da liquidação dos cheques pelo Itaú, anterior à apresentação dos mesmos para cobrança junto aos respectivos bancos sacados, mediante compensação, cujos resultados obviamente se destinaram ao patrimônio do Itaú, não havendo nem mesmo, na hipótese, em se falar em "prestação de contas do mandato".

Adiante o parecerista cuida do que classificou de "2ª operação" envolvendo operações de pagamentos entre "terceiro" (devedor, na operação) e beneficiário (credor, na operação), na situação em que os recursos aportados à instituição financeira pelo "terceiro" para efetivá-las são representados por cheques, denominando-a de "o pagamento de dívidas da Cia Esso perante seus credores", em contraponto com a "1ª operação", que, recapitulando, denominou de "pagamento de cheque, de que a Cia. Esso é beneficiária, sem que o valor seja depositado na sua conta corrente".

De imediato saliento que estas "duas operações", conforme descritas, estão imbricadas no contexto do pagamento de dívidas da Esso perante seu principal credor, daí porque não considero feliz utilizar esta denominação para a 2ª operação, pois estaria confundindo a parte com o todo, até do ponto de vista de um corte epistemológico didático.

A despeito disso, reconheço que o conteúdo como descrito dessas operações, com as ressalvas já feitas e as que se seguirão, apontam para duas fases da incidência da CPMF, moduladas pelo inciso III: a primeira, na qual a "liquidação" pelo Itaú dos cheques aportados pela Esso realiza o fato jurídico tributário, estando a Esso na condição de contribuinte e o Itaú como responsável; a segunda, na qual o credor da Esso (Petrobras na situação destes autos) poderá se ver na condição de contribuinte, conforme a forma de realização dos seus créditos pelas instituições financeiras envolvidas, que, assim, se qualificarão como responsáveis (dentre elas podendo estar o próprio Itaú).

Dito isto, fica evidente o desinteresse de debruçar sobre as situações analisadas nesta parte do parecer em comento, pois, inclusive, já foram objeto de exaustivas considerações



Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes

com o propósito de refutar a intenção da defesa de, denodadamente, valendo-se do brilho de seus patronos e pareceristas contratados, aí situar a hipótese dos autos.

Não obstante, abaixo, as apresento, aduzindo outra ressalva:

2ª operação: o pagamento de dívidas da Cia Esso perante seus credores.

Nesta operação o Bco Itaú, por conta e ordem da Cia Esso (com recursos que agora estão representados apenas por dinheiro) paga obrigações desta perante seus credores. Nesse caso, pode ocorrer, ou não, o fato gerador previsto no inciso III, sendo que a Cia Esso, a partir de agora, reveste a condição de "terceiro", por conta e ordem de quem será efetuado pagamento a um "beneficiário" qualquer (credor da Cia Esso). Há três hipóteses possíveis para a efetivação dessa 2ª operação, sendo que, em todas elas, a Cia Esso é o "terceiro" (devedor) referido no inciso III (que define como contribuinte da CPMF o beneficiário da operação, quando esta for devida):

a) o pagamento é feito em numerário ao beneficiário (credor da Esso): ocorre o fato gerador, a CPMF deve ser retida na "boca do caixa";

b) o pagamento é feito por meio de crédito em conta do beneficiário: não ocorre o fato gerador;

c) o pagamento é feito por cheque ordem de pagamento, emitido pelo Bco. Itaú, e comprado com os recursos coletados da Cia Esso: a exigência da CPMF dependerá da forma de pagamento do cheque OP:

c.1) se for sacado na "boca do caixa" (no Bco Itaú ou em qualquer outro banco), deverá ser retida a CPMF (art. 8º, § 6º, da Lei nº 9.311) [Só se o "tomador" adquirir a "OP" em "dinheiro": é a hipótese dos autos, considerando que os cheques de terceiros foram monetizados pelo Itaú e esses recursos foram imediatamente utilizados para adquirir as OPs];

c.2) se for depositado em conta corrente do beneficiário, não ocorre o fato gerador. Quando há o fato gerador do inciso III, nas hipóteses "a" e "c1" acima, a Cia. Esso não é a contribuinte da CPMF, porque não é a beneficiária do pagamento. Como norma geral do inciso III, o banco liquidante deverá reter o tributo na "boca do caixa", se o valor não for depositado na conta do beneficiário, credor da Cia. Esso.

Como já sinalizado, cabe mais uma vez o alerta de que na hipótese dos autos o Itaú utilizou tão e somente cheques emitidos pelos clientes da Esso, antes das respectivas compensações, para quitar obrigações desta junto a seu principal credor (Petrobras). Portanto, a colocação de que na "2ª operação" foram pagas obrigações "com recursos que agora estão representados apenas por dinheiro" só pode ser aceita considerando que este "numerário" adveio da liquidação daqueles cheques ordinários promovida pelo Itaú, realizando o fato jurídico tributário que exsurge da situação descrita na "1ª operação".

No que toca às três hipóteses possíveis para a efetivação dessa 2ª operação, considerando a situação dos autos, não há que se falar na descrita na alínea "a", pois em momento algum a Petrobras compareceu na "boca do caixa" do Itaú para receber em numerário obrigações devidas pela Esso.

Pois bem, uma vez firmado o entendimento de que os fatos apurados pela fiscalização se enquadram no inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311/96, considero, por um imperativo lógico, descartada *in casu* a hipótese de incidência prevista no inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311/96.



Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Segundo o ilustre relator:

o inciso VI do art. 2º - sozinho, não – mas acompanhado do parágrafo único do art. 1º, ambos da Lei da CPMF, configuram, sem sombra de dúvida, norma antielisiva [...] o legislador estipulou cláusula genérica, ampla, que, por técnica legislativa, figurou no último inciso, depois da descrição de alguns *exemplos*, nos incisos anteriores, representativos dos casos mais comuns em que se pode deparar com movimentação ou transmissão tributável. O certo, todavia, é que o legislador não esgotou todas as possibilidades concretas na formulação desses *exemplos*, e nem seria possível pretender tamanha agilidade. (destaquei)

D.m.v., não posso concordar que as disposições estipuladas nos incisos I a V do art. 2º da Lei nº 9.311/96 tratar-se-iam de meros exemplos de movimentação ou transmissão tributável, já que nitidamente são arquétipos da hipótese de incidência da CPMF, jungidos ao princípio da tipicidade cerrada.

Por outro lado, o inciso VI, cuja feição de cláusula antielisiva é indiscutível, que completa o *numerus clausus* das hipóteses previstas para a incidência da CPMF e tão e somente elas (aqui é de ser concordar com a Recorrente que nem todas as movimentações e transmissões financeiras são tributáveis), ao estabelecer como uma de suas notas que “qualquer outra movimentação (...) produza os mesmos efeitos previstos nos incisos anteriores”, deixa evidente que havendo o encaixe direto dos fatos ocorridos no mundo fenomenológico a qualquer um dos tipos precedentes, não há que se cogitar da incidência residual prevista no inciso VI, mesmo na hipótese das circunstâncias apontarem para a existência de um sistema organizado que produz os mesmos efeitos do lançamento a débito em conta corrente de depósito (inciso I).

Seria de todo extravagante que, verificada a incidência num dispositivo específico, fosse buscar a incidência noutro de maior amplitude em virtude de os fatos permitirem a inferência de que teria havido uma movimentação que produziria os mesmos efeitos de outro dispositivo específico e, seja lá qual fosse a razão, que ficasse ao alvedrio do intérprete optar por uma ou outra incidência.

Enfim, estando a hipótese enquadrada no inciso III, a lei considerou que houve movimentação financeira tributável e ponto final!

Aliás, também de nítida a natureza antielisiva deste dispositivo que, a despeito de seu elevado grau de abstração prejudicar a apreensão imediata da norma nele contida, possui a grande vantagem de ser desprovido de conotação analógica, já que a conduta nele prevista está perfeitamente tipificada. Vale lembrar que a inspiração do inciso III nasceu da verificação de que na Argentina os contribuintes lançavam mão de operações idênticas às descritas nos autos para se furtarem da CPMF portenha e que, na ausência de norma similar, logravam êxito.

Esta norma, a propósito, tendo em vista o magistério de Alberto Xavier⁷, se aproxima, com vantagens, das chamadas cláusulas especiais antielisivas (*Special Anti-Avoidance Rules – SAAR*) em contraponto com as cláusulas gerais antielisivas (*General Anti-Avoidance Rules – GAAR*):

⁷ *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*, São Paulo, Dialética, 2002, p. 85.



Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Um as e outras não se colocam, porém, no mesmo plano. As chamadas cláusulas especiais antielisivas não passam da tipificação a posteriori, por lei, de certos atos ou negócios jurídicos que a experiência revelou serem utilizados como forma anteriormente não prevista em lei de obter resultados equivalentes aos dos atos tributados, socorrendo-se frequentemente de presunções ou ficções legais [que não ocorre no caso].

Em tais normas "tailor made" o ato ou negócio "elisivo" passou a ficar incluído no tipo legal por via de lei, casuisticamente [também não é o caso], é certo, mas com observância do princípio da legalidade.

Como visto, a norma do inciso III não abre ensanchas a ataques da corrente tradicional (dita positivista) quanto à sua validade, a exemplo do desfechado por Alberto Xavier⁸, no que pertine ao inciso VI, hospedeiro da decantada "conta-paralela":

Além das cláusulas gerais e das cláusulas especiais, existem ainda as cláusulas setoriais antielisivas. Estas cláusulas distinguem-se das especiais, pois as condutas por elas abrangidas não são objeto de tipificação, antes são objeto de referência genérica e indeterminada autorizativa de aplicação analógica. A diferença em relação às cláusulas gerais propriamente ditas está em que enquanto estas alcançam o universo do Direito Tributário, as cláusulas setoriais respeitam exclusivamente a um tributo determinado.

Exemplo típico (aliás manifestamente inconstitucional por ofensa ao princípio da tipicidade) é dado pelo inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, que considera fato gerador da CPMF (contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira), *para além de outros casuisticamente tipificados*: "VI qualquer outra movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira que, por sua finalidade, reunindo características que permitam presumir a existência de sistema organizado para efetivá-la, produza os mesmos efeitos previstos nos incisos anteriores, independentemente da pessoa que a efetue, da denominação que possa ter e da forma jurídica ou dos instrumentos utilizados para realizá-la". (destaquei)

Como corolário, tenho como prejudicado todo o esforço realizado no sentido de demonstrar, valendo-se cumulativamente de quase todo o arsenal das teorias que visam coibir práticas elisivas, inclusive a mais combatida de todas e sempre com a lembrança de ter vicejado na Alemanha nazista (interpretação econômica), para justificar a eventual adequação típica de atos e negócios extratípicos.

Em verdade esse esforço articulado, demonstrando elevada cultura jurídica daqueles que o empreenderam, *in casu*, nem mesmo seria necessário em face de a lei já ter cuidado de incorporar normas de feição antielisivas (incisos III e VI), resumindo, assim, o trabalho do aplicador da lei ao tradicional processo subsuntivo, que necessariamente implica uma relação unívoca entre um determinado fato jurídico tributário e uma hipótese de incidência.

Todavia, ao fim e ao cabo, tanto os operosos autuantes, como o ilustre relator, concluíram que o Itaú, em conluio com a Esso, organizou um sistema que, pelas características descritas, entenderam como um débito numa conta corrente paralela ("fantasma"), produzindo, de forma fraudulenta, os mesmos efeitos previstos no inciso I do art. 2º da Lei nº 9.311/96, ou

⁸ Op. Cit., p. 86.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/17/2005

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

2º CC-MF
Fl.

seja, o caso não situaria no campo da elisão fiscal e sim no da evasão fiscal, induzindo a imposição da multa agravada.

Em resumo, a Recorrente está sendo acusada de ter simulado a não ocorrência do fato gerador, como deixa claro o seguinte excerto do voto do ilustre relator:

Por outra, não se está aplicando a lei por analogia, ou seja, não se está tributando o fato A com a norma que incide sobre o fato B, e sim tributando o fato A que estava disfarçado, escondido. Há uma conta corrente fantasma, que foi debitada, e débito em conta corrente é fato gerador de CPMF. Se oculta a conta, oculto está o débito. O Fisco retirou o véu que ocultava a conta e o débito em conta. A lei incide sobre certa situação de fato – o lançamento a débito – e ele aconteceu.

Nesta construção assume especial relevo a tese da existência de uma conta corrente paralela ou conta “fantasma” na qual ocorreriam os débitos descortinados pelo Fisco, o que é contraposto pela defesa com a alegação de que o sistema que acordou com a Esso para efetuar pagamentos ao seu principal cliente (Petrobras), utilizando-se dos recursos coletados junto aos “armazéns” da Esso [cheques emitidos por clientes da Esso (terceiros) a seu favor] estava conforme com as normas da espécie emanada do Banco Central do Brasil, à época Resolução BACEN nº 2.535/95, que possibilitava o crédito dos recursos coletados numa conta específica para aquela finalidade, prevista no plano de contas das instituições financeiras (DEPÓSITOS VINCULADOS, código 4.1.1.85.00-1), que era debitada na medida em que os recursos eram utilizados para a quitação das obrigações da cliente.

Por certo que nestes termos, segundo a Recorrente, tais débitos e créditos teriam sido regularmente realizados e às claras, representando tão-somente uma opção por um caminho livre da incidência da contribuição permitido pelo ordenamento jurídico pátrio (elisão fiscal).

Por sua vez, o ilustre relator afastou peremptoriamente essa linha de defesa, nos seguintes termos:

Antes de adentrar-se na questão da multa agravada, deve ser analisada a controvérsia trazida pela defesa no tocante as Circulares Bacen nº 2.535/95 e 3.001/00.

A recorrente parece olvidar que o objeto dessa contenda administrativa centra-se na ocorrência ou não de fatos geradores de obrigação tributária, mais especificamente de Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF). Em assim sendo, a discussão em torno do conteúdo de um ato administrativo emanado do Banco Central do Brasil torna-se completamente irrelevante pela simples razão de que as normas expedidas pelo BACEN não geram quaisquer efeitos tributários.

Ora, os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas, descritos no art. 100 do Código Tributário Nacional entre as normas complementares da legislação tributária, são aqueles emanados da Administração Tributária (na esfera federal, Ministério da Fazenda, Receita Federal, INSS, etc.), na qual, evidentemente, o Banco Central do Brasil não se inclui. As atribuições normativas desta autarquia relacionam-se ao mercado financeiro, aos meios circulantes, ao câmbio, à política monetária, enfim, às competências da instituição delimitadas pela Carta de 1988 e definidas na lei que estruturou o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964). Jamais à matéria tributária!



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15/7/2001

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cláudia Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Conclusão inexorável: ainda que a Circular BACEN nº 2.535/95 permitisse à instituição financeira decidir acerca do registro em conta corrente do beneficiário da operação de pagamento, o que - como será demonstrado a seguir - não é o caso, os fatos geradores da obrigação não deixariam de ocorrer, qualquer que fosse a sistemática adotada. A menos que se pretenda corroborar a possibilidade de existência de um tributo devido ou não em função somente do livre arbítrio do contribuinte, tudo com fulcro em norma emanada do Banco Central do Brasil.

Entretanto, a tese defendida pela autuada é tão absurda que não se sustentaria mesmo na hipótese de ser desconsiderado o cabal argumento acima expendido. Isto porque, da análise acurada dos diplomas reguladores expedidos pelo BC, de forma alguma se depreende a faculdade de registro das operações imaginadas pela autuada.

O cotejo do art. 3º da Circular BACEN nº 2.535/95 (redação original), coincidentemente, com o art. 3º da Circular nº 3.001/00 permite elucidação cristalina da questão do registro dos créditos em conta corrente do beneficiário:

Circular nº 2.535/95

Art. 3º. Os avisos de crédito decorrentes de cobrança de títulos, recebimento de carnês, consórcios, faturas de concessionárias de serviços públicos, lançamentos interdependenciais, e outros semelhantes, devem ser registrados na conta corrente do beneficiário ou correspondidos no dia de seu recebimento. (grifo não original)

Circular nº 3.001/00

Art. 3º. As disposições desta Circular também se aplicam aos serviços prestados por meio de correspondentes." (grifo não original).

Os termos acima grifados são utilizados no sistema interbancário para definir situações nas quais duas instituições financeiras firmam convênio para realização de cobranças em localidades onde uma delas não possua ponto de atendimento. Por meio deste procedimento, é possível ao banco A efetuar a cobrança ou o recebimento de títulos e valores, em favor de seus correntistas, utilizando-se de seu correspondente - o banco B. Este, por sua vez, está obrigado - e sempre esteve, nos termos de ambas as circulares - a fazer o lançamento contábil (repassa ao banco A) no mesmo dia do recebimento.

Desta forma, o texto se utiliza da conjunção "ou" para tratar de situações diferentes, eis que o beneficiário pode ser correntista do próprio banco em que se efetuou o pagamento ou a operação pode ter sido realizada por meio de instituição financeira correspondente. Dependendo da operação, o registro - obrigatório - será efetuado na conta do beneficiário ou do correspondente (outro banco). Não há, em momento algum autorização para contabilização em outras contas (conta paralela) como quer fazer crer a recorrente. Se assim não fosse, incompreensível e inexplicável seria o art. 3º da Circular nº 3.001/00.

Salta aos olhos, portanto, que as determinações do art. 3º da Circular BACEN nº 2.535/95, na redação original, são imperativas ("devem ser registradas"), não existindo qualquer alternativa para as instituições financeiras, no que tange ao registro dos créditos em conta corrente. A nova redação do dispositivo, dada pelo art. 1º da Circular nº 3.001/00, apenas explicitou uma situação preexistente, apresentando as diversas espécies de operações de recebimento de créditos.

De início, em face dessas considerações, tenho que cabe temperar a incisiva afirmativa de que o "conteúdo de um ato administrativo emanado do Banco Central do Brasil"



Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cláudia Takafuji
Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

torna-se completamente irrelevante pela simples razão de que as normas expedidas pelo BACEN não geram quaisquer efeitos tributários”, levando-se em conta que o direito tributário é um direito de superposição, que se vale de institutos e categorias jurídicas de outros ramos do direito.

Nesse diapasão, é óbvio que a legislação instituidora da CPMF teria que absorver, como de fato absorveu, vários conceitos e categorias do direito bancário, sujeitos à competência reguladora do Conselho Monetário Nacional e, por delegação, do Banco Central do Brasil, conforme se verifica em vários dispositivos da Lei nº 9.311/96, cabendo destacar o fato, que interessa particularmente ao presente litígio, que a lei elegeu como fato gerador da incidência prevista no inciso I do art. 2º o débito, por instituição financeira, tão e somente “em contas correntes de depósitos, em contas correntes de empréstimo, em contas de depósito e poupança, de depósito judicial e de depósitos em consignação de pagamentos de que tratam os parágrafos do art. 890 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, introduzido pelos art. 1º da Lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994, junto a ela mantidas”.

Logo, se existir a possibilidade aventada pela Recorrente, a alegada não incidência da contribuição não poderia ser atribuída à norma emanada do Banco Central do Brasil correspondente, mas à própria lei, que não incluiu a conta utilizada pelo contribuinte (depósito vinculado), na sua função, no elenco daquelas ensejadoras da incidência prevista no inciso I do art. 2º da Lei nº 9.311/96, conta essa que, por sinal, já integrava o plano de contas das instituições financeiras muito antes da edição da lei, como veremos adiante.

Enfim, em se tratando de CPMF, não se pode desprezar a relevância das normas emanadas do Banco Central do Brasil, o que é reconhecido pela própria lei. Confira o disposto no seu art. 19:

Art. 19. A Secretaria da Receita Federal e o Banco Central do Brasil, no âmbito das respectivas competências, baixarão as normas necessárias à execução desta Lei.

Uma vez que a irrelevância de um ato administrativo emanado do Banco Central do Brasil, em face da CPMF, não se mostrou assim tão cabal, vejamos, agora, se a tese defendida pela autuada não se sustentaria, mesmo na hipótese de ser desconsiderado o argumento acima expendido, que já considero afastado.

É notório que quando os bancos conseguem os recursos (disponibilidades numerárias), além do capital próprio, eles se tornam *devedores*. Quando aplicam esses recursos se tornam *credores*.

Daí decorre serem denominadas de *passivas* as operações por meio das quais os bancos conseguem os recursos em moeda para suas transações com terceiros, ao passo que as operações em que os bancos empregam suas disponibilidades são chamadas de *ativas*.

Ao par dessas, se colocam as denominadas operações acessórias nas quais os bancos desempenham apenas a função de mandatários ou depositários de valores de terceiros ao prestarem serviços a seus clientes ou ao público em geral.

É de duas dessas operações acessórias que trata a indigitada Resolução BACEN nº 2.535, de 19/01/95, ao estabelecer procedimentos para o registro contábil de *recebimentos* e *pagamentos* por conta de terceiros. Para a análise da faculdade de registro das



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília - DF, em 15 / 7 / 2005

2º CC-MF
Fl.

Cleide Takafuji

Secretária da Segunda Câmara
Segundo Conselho de Contribuintes/MF

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

operações em tela como “imaginada pela autuada”, no dizer do ilustre relator, faz-se necessário visão integral deste normativo:

Art. 1º. Estabelecer que os valores relativos a recebimentos por conta de terceiros devem ser registrados, na dependência detentora da conta corrente de depósitos do beneficiário, no título contábil DEPÓSITOS VINCULADOS, código 4.1.1.85.00-1, do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - COSIF, pelo período de tempo em que tais recursos estiverem indisponíveis, para movimentação pelo titular, por força de convênio.

Parágrafo 1º Os valores relativos a recebimentos por conta de terceiros não detentores de conta corrente devem ser Registrados na dependência encarregada do pagamento ou repasse ao beneficiário pelo período de tempo em que tais recursos estiverem indisponíveis, por força do convênio, no título contábil DEPÓSITOS VINCULADOS.

Parágrafo 2º. Eventuais recebimentos não caracterizados nos termos do caput deste artigo devem ser registrados, na mesma data, diretamente na conta corrente do favorecido, no desdobramento do subgrupo DEPÓSITOS À VISTA, código 4.1.1.00.00-0, do COSIF.

Art. 2º. *Os recursos colocados à disposição da instituição pelos correntistas para, nos termos de convênio específico, efetuar pagamentos em seu nome, devem ser registrados no título contábil DEPÓSITOS VINCULADOS, até a execução da ordem.*

Parágrafo único. No caso de ser a liquidação finalizada em outra dependência, a transferência deve ser efetuada em contrapartida ao título contábil ORDENS DE PAGAMENTO, código 4.5.1.40.00-4, do COSIF.

Art. 3º. Os avisos de crédito decorrentes de cobrança de títulos, recebimento de carnês, consórcios, faturas de concessionárias de serviços públicos, lançamentos interdependenciais, e outros assemelhados, devem ser registrados na conta corrente do beneficiário ou correspondidos no dia de seu recebimento. (realcei)

Em primeiro lugar, chamo a atenção para a confusão freqüente e compreensível em relação a qual “beneficiário” estamos no referindo, lembrando que a Esso é beneficiária em face dos cheques recebidos de seus clientes e que a Petrobras é a beneficiária dos pagamentos realizados com estes recursos pelo Itaú, por conta e ordem da Esso.

Dito isso, tenho que o raciocínio desenvolvido pelo ilustre relator, com fulcro no art. 3º da Resolução nº 2.535/95, em si impecável, não se presta para infirmar o amparo deste ato ao registro dos cheques dos clientes da Esso, coletados pelo Itaú, no título contábil DEPÓSITOS VINCULADOS.

Com efeito, *in casu*, a Esso não acordou com o Itaú *cobranças* (recebimentos) a que se referem os artigos 1º e 3º da Resolução nº 2.535/95, mas sim que o Itaú, utilizando recursos representados por aqueles cheques de titularidade da Esso, efetuasse *pagamentos em seu nome* (para a Petrobras), tudo segundo o procedimento estabelecido no art. 2º, que, nestes termos, representava um caminho alternativo ao da conta DEPÓSITOS À VISTA, código 4.1.1.00.00-0, do COSIF, para o registro dos cheques de titularidade da Esso.

Aqui consigno que não vejo a cláusula contida no item 5.1 do Contrato de Recolhimento de fls. 156/175, firmado entre a Esso e o Itaú, conforme facultado pelo inciso II do



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 15/7/2005

2º CC-MF
Fl.

Cleuza Takafuji
Secretária de Segunda Câmara

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

art. 5º da Resolução BACEN nº 2.301, de 25/07/96⁹, como impeditiva desse procedimento Nada obstava às partes, posteriormente, disporem de forma diversa no tocante ao destino dos cheques recolhidos, como de fato o fizeram, consoante apurado nos autos.

Curioso notar, inclusive, que os cheques recolhidos, cujos valores excediam aos necessários para quitar as obrigações da Esso no dia, eram creditados neste mesmo dia na conta depósitos à vista, em observância à dita cláusula do Contrato de Recolhimento.

Conforme já havia antecipado, a conta *Depósitos Vinculados* há muito integra o COSIF, o que se pode ver na transcrição abaixo de obra datada de 1986¹⁰:

Depósitos à vista:

Depósitos de Pessoas Físicas - 4.0101: Esta conta destina-se ao registro, em contas individuadas, dos depósitos de livre movimentação de pessoas físicas ou naturais.

Depósitos de Pessoas Jurídicas - 4.0102: Destina-se ao registro, em contas individuadas, dos depósitos de livre movimentação de pessoas jurídicas, incluindo as firmas individuais e excluindo as instituições financeiras e os órgãos de administração pública.

Depósitos de Instituições Financeiras - 4.0103: Destina-se ao registro, em contas individuadas e, conforme a natureza da instituição, nas subcontas, dos depósitos de livre movimentação, quando autorizados pelo Banco Central.

Depósitos de Domiciliados no Exterior - 4.0104: Destina-se ao registro, com valor em cruzados, em contas individuadas, dos depósitos de livre movimentação de pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas ou com sede no exterior.

Depósitos do Governo - 4.0105: Destina-se ao registro, em subcontas específicas e individuadas, dos depósitos a vista dos órgãos de administração direta e indireta, de serviços públicos e atividades empresariais governamentais.

Depósitos Vinculados - 4.0106: Destina-se ao registro de depósitos feitos com fim determinado ou especial, incluindo-se entre eles as garantias prestadas em dinheiro e os vinculados à liquidação de operações. Cada depositante terá sua conta individuada e em subcontas próprias para definir o vínculo.

Cheques Marcados - 4.0107: Destina-se ao registro de cheques para os quais o banco aprazou, com seus portadores, a data de pagamento.

Cheques de Viagem - 4.0108: Destina-se ao registro da emissão e liquidação de cheques de viagem. Se, no balanço ou balancete, houver saldo devedor nessa conta, tal saldo deverá ser transferido, para efeito de balanço ou balancete, para a conta 1.03, com a titulação de Cheques de Viagem; no balanço de abertura do próximo período, deverá ser transferido para esta conta 4.0108.

Depósitos Judiciais - 4.0109: Destina-se ao registro, em contas individuadas, de depósitos sujeitos a custódia judicial ou à prévia autorização de Juízos ou Tribunais para sua movimentação, com indicação da autoridade judicial subordinante.

⁹ Art. 5. Permanece facultada às instituições financeiras a prestação dos seguintes serviços:
I - atendimento bancário por meio de estruturas especiais instaladas em área contígua a de agência em funcionamento;
II - recolhimento e entrega, a domicílio, de numerário, cheques e outros documentos compensáveis.
Parágrafo único. Relativamente aos serviços mencionados no inciso I, deve ser observado:
I - os registros dos serviços executados devem ser incorporados à contabilidade da respectiva agência;
II - sua implantação deve ser comunicada ao Banco Central do Brasil.

¹⁰ Jacintho, Roque. *Contabilidade Bancária*. Ática, 1986, p. 93.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 15/17/2005

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Depósitos Obrigatórios - 4.0110: Destina-se ao registro dos depósitos que estejam sob condições legais ou regulamentares para sua movimentação, em subcontas de importação de mercadorias e outros depósitos.

Depósitos para Investimentos - 4.0111: Destina-se ao registro, em nome das entidades indicadas, dos valores destinados a investimentos, oriundos dos incentivos fiscais.

Depósitos Especiais do Tesouro Nacional - 4.0112: Destina-se ao registro, exclusivamente no Banco do Nordeste do Brasil e no Banco da Amazônia, dos recursos fornecidos pelo Tesouro Nacional.

Cotejando as funções das contas *Depósitos de Pessoas Jurídicas* - 4.0102 e *Depósitos Vinculados* - 4.0106, percebe-se que uma é destinada a depósitos de livre movimentação de pessoas jurídicas e, outra, a depósitos feitos com fim determinado ou especial, conceito este que, a meu ver, já compreendia os recebimentos e pagamentos por conta de terceiros, mediante convênio, já que, sem dúvida, estabelecem um vínculo entre os depósitos e um fim determinado ou especial, o que, afinal, veio a ser explicitado pela Resolução nº 2.535/95, com algumas amarras e exceções.

Antes ainda da Resolução nº 2.535/95, tratou do assunto, por exemplo, a Carta-Circular BACEN nº 2.242, de 23/12/91, que só veio a confirmar o acima exposto e pouco acrescentou:

CARTA-CIRCULAR Nº 002242, DE 23 DE DEZEMBRO DE 1991.

(...)

Esclarece a função das contas depósitos vinculados e recursos de garantias realizadas.

Em decorrência do disposto na Circular nº. 1.952, de 10.05.91, e com fundamento no item 4º da Circular nº. 1.540, de 06.10.89, esclarecemos que:

Art. 1. No título contábil depósitos vinculados, código 4.1.1.85.00-1, do plano contábil das instituições do sistema financeiro nacional - COSIF, devem ser registradas as *importâncias recebidas para um fim predeterminado ou especial*, bem como o valor do produto da cobrança de duplicatas ou outros títulos recebidos em garantia de operações, inclusive garantias prestadas em dinheiro.

(...) (realcei)

Em razão de tudo isso é que me convenci que tendo o Itaú adotado o procedimento de registrar (creditar) os cheques coletados junto aos armazéns da Esso na conta DEPÓSITOS VINCULADOS, código 4.1.1.85.00-1, do COSIF, formalmente de acordo com a sua função, consoante norma do BACEN vigente à época, não se pode admitir a grave acusação de que esses registros teriam sido efetuados numa conta paralela ou "fantasma", com o objetivo de simular a não ocorrência do fato gerador (débito na conta "fantasma"), ainda mais quando justamente o não registro na conta DEPÓSITOS À VISTA, código 4.1.1.00.00-0, induz a incidência prevista no inciso III do artigo 2º da Lei nº 9.311/96.

Por outro lado, não me convenci de que o procedimento adotado tenha implicado numa ocultação fraudulenta do nome da Esso nessas operações, por mais que a fiscalização o tenha entendido com o propósito de obnubilar a sua visão neste particular, pois não ficou demonstrado nos autos a adoção de nenhum meio fraudulento na consecução desses negócios (falsidades ideológicas e/ou materiais), que foram realizados de acordo com a praxe



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 15/1/2002

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

bancária e, segundo a Recorrente, sem contestação nos autos, que não mereceram em si nenhuma reprovação da autoridade monetária encarregada da fiscalização das operações bancárias.

De mais a mais entendo que a profusão de elementos de prova carreadas aos autos colhidas junto ao Itaú, sem nenhum embaraço, demonstrando com minudência a seqüência dos negócios realizados e as suas características, fixando nitidamente a participação de cada protagonista, pelo – nunca é demais repetir – excelente trabalho de fiscalização da DEINF/RJ, em verdade, militam contra esta tese.

Com isso não quero dizer que o trabalho não seria mais fácil se a questão tratasse única e exclusivamente da incidência prevista no inciso I, para a qual basta verificar se houve ou não recolhimento da CPMF correspondente aos débitos realizados nas contas a que se refere o inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.311/96. Em se tratando da incidência do inciso III, por certo que a metodologia é outra, assim como o grau de dificuldade na sua apuração, mas nada capaz de tolhê-la devido à excelência dos quadros que as delegacias especializadas da SRF na fiscalização de instituições financeiras hoje dispõem, conforme de forma eloqüente demonstram estes autos.

Não tenho a menor dúvida de que a coligação de negócios que o Itaú entabulou com a Esso foi realizada na firme convicção de que haviam descoberto um caminho legal para elidir a CPMF (Planejamento Fiscal) que, como já vimos, a despeito de terem conseguido contornar a conta de depósito à vista, malograram no seu principal intento, já que, *d. m. v.*, se equivocaram na avaliação do alcance da cláusula especial antielisiva (“tailor made”), incorporada no inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311/96, que se fez presente justamente pelo não crédito na conta de depósito à vista.

Aliás, esta disposição deixa evidente que o legislador, em verdade, tinha pleno conhecimento das possibilidades legais de valores não serem creditados nas contas relacionadas no inciso I do art. 2º da Lei nº 9.311/96, cuidando de fechar a brecha, nas situações que considerou adequadas, no inciso III do art. 2º.

Por outro lado, se o legislador não tivesse tido este cuidado, reconheço que a situação comportaria trilhar o caminho do “abuso de direito” (com apoio na corrente doutrinária que privilegia os princípios da igualdade, solidariedade e da capacidade contributiva, iminentes ao Estado de Direito social e com a ferrenha oposição daquela que vê nessa formulação agressão aos princípios da legalidade e da tipicidade, garantidores da propriedade e da liberdade de contratar com as únicas conseqüências fiscais previstas na lei), tendo em vista a permanência fugaz dos recursos coletados na conta depósitos vinculados, porquanto não ultrapassava 1 (um) dia, já que as entradas diárias de recursos eram exauridas no mesmo dia para a liquidação de obrigações do cliente vencidas neste mesmo dia e, caso suplantassem o valor destas, era realizado o depósito na conta corrente da Esso, ou vice-versa, denotaria um uso desrazoável e oportunístico da função desta conta e sem nenhum outro propósito que não de forma egoística possibilitar ao seu cliente de elevada capacidade contributiva um ganho, do qual o Itaú ficaria com um naco, em detrimento de uma contribuição de suma relevância social.

Não obstante, mesmo assim, não haveria de se falar em conta “paralela” ou “fantasma” em face de os negócios terem sido realizados formalmente segundo sua função típica e sem o emprego de nenhum dos meios qualificadores da fraude.

4 61



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 15/10/2004

Cleuza Takafuji
Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.024454/99-99
Recurso nº : 123.173
Acórdão nº : 202-15.861

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso para afastar o agravamento da multa de ofício.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2004

~~ANTÔNIO CARLOS BUENO RIBEIRO.~~ *M*