



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA TURMA

Processo nº	10768.024454/99-99
Recurso nº	202-123.173 Especial do Procurador
Matéria	CPMF
Acórdão nº	02-02.896
Sessão de	28 de janeiro de 2008
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	BANCO ITAÚ S/A

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

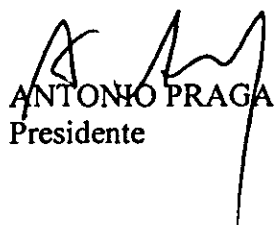
Período de apuração: 21/05/1997 a 21/01/1999

Ementa:

PENALIDADE QUALIFICADA - INOCORRÊNCIA DE VERDADEIRO INTUITO DE FRAUDE - ERRO DE PROIBIÇÃO - ARTIGO 112 DO CTN. Em se tratando de matéria controvertida, tem-se que o resultado final é apenas pela ocorrência de erro na interpretação da lei, mas não de fraude à lei. Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA TURMA do CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso especial nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado, vencidos os conselheiros Antonio Carlos Atulim (Relator), Josefa Maria Coelho Marques, Henrique Pinheiro Torres e Elias Sampaio Freire que deram provimento ao recurso. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Maria Teresa Martinez Lopez.


ANTONIO PRAGA
Presidente

1




MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ
Relatora designada

FORMALIZADO EM 19 MAI 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros LEONARDO
SIADÉ MANZAN, JÚLIO CÉSAR VIEIRA GOMES, ELIAS SAMPAIO FREIRE, MIZUEL
LIMA BARRETO, RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA. AUSENTE
JUSTIFICADAMENTE O CONSELHEIRO DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA,





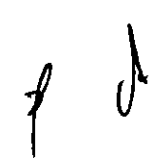
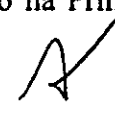
Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado em 08/10/1999 para exigir o crédito tributário relativo à CPMF, multa de ofício qualificada e juros de mora, em razão da falta de recolhimento da contribuição nos períodos de apuração compreendidos entre 21/05/1997 e 22/01/1999.

Segundo o termo de verificação fiscal de fls. 4876/4897, a fiscalização constatou que até 20/05/1997 o Banco Itaú recolhia em todo o país os cheques emitidos em favor da empresa Esso Brasileira de Petróleo e os depositava normalmente em conta corrente, agência 0911 e conta 00001-6. A partir de 20/05/97, sem nenhum propósito negocial 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 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 a Petrobrás, evitando-se, assim, o pagamento da CPMF. Quando havia insuficiência de valores coletados para se efetuar os pagamentos, era realizado um débito em conta corrente da Esso no valor faltante para efetuar a quitação. Já no caso de excesso de valores em relação aos pagamentos, era feito um crédito na conta corrente da Esso 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 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, o Itaú e a Esso 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, a operação foi reiniciada, porém com percentual mais elevado, de 0,07%, ou seja, 35% da CPMF devida, a vigorar até 22/01/1999, data que marcava o fim da incidência da contribuição.

A Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por meio do Acórdão nº 202-15.861, por maioria de votos, deu provimento parcial ao recurso voluntário para afastar o agravamento da multa, mantendo-a no patamar de 75%.

Regularmente notificado daquele Acórdão em 20/04/2005, o Procurador da Fazenda Nacional interpôs o recurso especial de fls. 5376/5390 com base no art. 32, I, do anexo II à Portaria MF nº 55/98, alegando, em síntese, que a desqualificação da multa de ofício contrariou os arts. 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 e o art. 44, II da Lei nº 9.430/96. Isto porque a conduta que culminou na falta de pagamento da CPMF decorreu de fraude e conluio entre a Esso e o Banco Itaú, já que ambos obtiveram benefícios recíprocos em detrimento da Fazenda Pública. Está mais do que comprovado nos autos que o banco organizou um sistema paralelo de liquidação de pagamentos que viabilizou a possibilidade de não efetuar lançamentos, pela integralidade dos valores, na conta-corrente do cliente. Este sistema paralelo de liquidação de pagamentos apresentava as mesmas características de um contrato de conta-corrente, sendo que os pagamentos aos fornecedores da Esso se aperfeiçoaram com procedimentos que conduzem ao mesmo efeito de um débito em conta-corrente, o que caracteriza a conduta fraudulenta das partes. Disse que em processo idêntico julgado na Primeira Câmara do Segundo Conselho a



multa qualificada foi mantida nos moldes em que infligida pela fiscalização, por ter restado caracterizado o evidente intuito doloso. Requereu o acolhimento de seus argumentos para o fim de que seja reformado o acórdão recorrido e, em consequência, restabelecida a decisão de primeira instância.

Regularmente intimado, o Banco Itaú apresentou contra-razões de fls. 5400/5406, alegando, em síntese, que não é possível a inflição da multa agravada porque não ficaram caracterizados o dolo, a fraude e o conluio. Disse que na época existia a opção de utilizar a conta-corrente ou a conta de depósitos vinculados. Esta conta é uma conta autorizada pelo Banco Central e não foi criada de forma "paralela" para omitir o nome do correntista e sonegar a CPMF. A adoção de procedimento que estava de acordo com as normas do Banco Central afasta a alegação de conluio para a organização de um sistema paralelo ou "fantasma". Se no entender do acórdão a instituição financeira praticou o fato gerador do inciso III, então é um contra-senso afirmar que houve dolo, fraude, sonegação e conluio. Alegou que não existe nexo de causalidade entre o elemento subjetivo e elemento objetivo. Acrescentou que todas as intimações foram respondidas e todos os documentos foram apresentados à fiscalização, o que significa que todas suas operações foram executadas de maneira clara, explícita e delas a fiscalização teve fácil conhecimento, sem nenhuma tentativa de embaraço ou ocultação. Requereu a manutenção do acórdão recorrido.

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheiro ANTONIO CARLOS ATULIM, Relator

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

Controverte-se exclusivamente quanto à presença de circunstância qualificadora da multa de ofício, que foi mantida em primeira instância no patamar de 150% do imposto devido, mas que foi reduzida para 75% pela Segunda Câmara do Segundo Conselho por ter a maioria de seus membros entendido que não houve o intuito de fraude.

Nas palavras do saudoso Conselheiro Antônio Carlos Bueno Ribeiro, designado para redigir o voto vencedor do acórdão recorrido:

"(...) 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 A VISTA, código 4.1.1.00.00-0, induz a incidência prevista no inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311/96.

(...)

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 da art. 2º da Lei nº 9.311/96, que se fez presente justamente pelo não crédito na conta de depósito à vista. (...)"

Inicialmente é preciso salientar que em momento algum os exatores utilizaram a expressão "conta fantasma" no termo de verificação fiscal. A referência a esta expressão feita pelo Relator designado para o voto vencedor foi feita para se contrapor às razões de decidir do Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Relator originário, que utilizou a referida expressão para se referir ao sistema paralelo montado pelo banco e pela Esso. A fiscalização em momento algum disse que foi debitada uma conta "fantasma". Ao contrário, as referências no termo de verificação fiscal são sempre no sentido da existência de um sistema paralelo de pagamentos cujo objetivo era o de não depositar todos os cheques emitidos em favor da Esso em sua conta-corrente para fugir da CPMF, conforme se depreende da narrativa fiscal no item 1.3 de fl. 4878, que se encontra devidamente suportada pelos documentos de fls. 41/43 e 151.



Conforme se depreende do excerto do voto vencedor acima transcrito, o Conselheiro Antônio Carlos Bueno Ribeiro se convenceu de que não houve o intuito de fraude porque o ajuste entre a Esso e o Itaú, consistente em não depositar os cheques na conta-corrente, configurava o fato gerador da CPMF previsto no art. 2º, III, da Lei nº 9.311/96, sendo uma incoerência sustentar que as duas entidades haviam conspirado para praticar uma das hipóteses de incidência da contribuição. O normal, na visão do Relator designado e também da ilustre Advogada que subscreveu as contra-razões, seria que as partes entrassem em conluio para não praticar o fato gerador ou então para ocultá-lo, mas nunca para praticá-lo.

Entretanto a conclusão à qual chegou o saudoso Conselheiro decorreu da análise isolada do procedimento adotado pelo banco na liquidação das obrigações da Esso por meio do uso da conta "depósitos vinculados". Do simples fato de o banco ter utilizado uma conta prevista no plano de contas das instituições financeiras preconizado pelo Banco Central, não decorre logicamente a conclusão de que as partes não entraram em conluio para fraudar o Fisco.

No caso concreto, o dolo é inferido da seqüência de atos praticados pela Esso e pelo Itaú que conduzem ao fim deliberado de não recolher a CPMF, independentemente da qualificação jurídica do fato dar-se no inciso III ou no inciso VI.

Vejamos.

A CPMF começou a ser exigida a partir de 22/01/1997 e vigoraria até 22/01/1999, por força do disposto no art. 20 da Lei nº 9.311/96, publicada no DOU de 25/10/1996.

É incontroverso nos autos que até 20/05/1997 o Itaú recolhia os cheques emitidos e os depositava normalmente na conta-corrente da Esso, e, após esta data, as duas entidades avençaram que aqueles cheques não mais seriam depositados em conta-corrente e que este serviço seria remunerado por um valor que resultava da aplicação da alíquota de 0,03% sobre o total dos cheques não depositados em conta-corrente. Em um segundo momento foi repactuada uma remuneração mais elevada, que chegou a 0,07% sobre a base de cálculo da CPMF, a qual vigoraria até 22/01/1999, coincidentemente a data em que o tributo se extinguiria pelo decurso do prazo da lei temporária.

Portanto, até agora estamos em que: 1) a mudança da conta em que eram depositados os cheques ocorreu após a entrada em vigor da CPMF; 2) as partes avençaram uma remuneração pela mudança no procedimento, a qual tinha como base de cálculo exatamente a mesma base de cálculo do tributo que deixaria de ser recolhido; 3) houve vantagem mútua entre os contraentes, pois o negócio significou na prática que as partes repartiram entre si o valor da CPMF em detrimento da Fazenda Pública, que era sua legítima destinatária; 4) o final da prestação do serviço coincidia exatamente com o fim da vigência da lei da CPMF em 22/01/1999.

Ora, se ao celebrar o referido negócio as partes sabiam que estavam praticando o fato gerador do inciso III, como asseveraram o Conselheiro Antônio Carlos e a ilustre Advogada nas contra-razões, então qual seria o interesse da Esso em participar desse ajuste? Apenas para ajudar o banco pagando mais uma tarifa?

Sim, porque se os cheques fossem depositados diretamente na conta-corrente, como vinha acontecendo até então, a Esso pagaria apenas a CPMF. Mas ao pactuar com o Itaú



o depósito dos cheques na conta interna de depósitos vinculados, a Esso passaria a pagar não só a CPMF, mas também os 0,03% sobre os cheques não depositados em conta-corrente, percentual este que depois foi elevado para 0,07%.

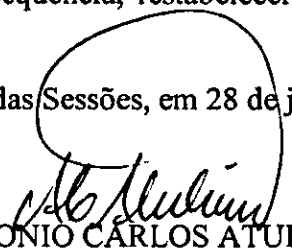
Então volto à pergunta que não quer calar: qual a vantagem que a Esso levaria no negócio? Ela estaria pagando a CPMF e mais um "adicional de CPMF" que seria o preço do serviço cobrado pelo banco.

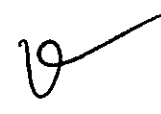
Desse modo, são totalmente inconsistentes as teses sustentadas no voto vencedor e nas contra-razões, pois ninguém em sã consciência celebra um ajuste nos termos postos à fl. 151, se não for para obter alguma vantagem. E a vantagem aqui foi clara: a Esso e o Itaú dividiram o valor da CPMF entre si em detrimento da legítima senhora e proprietária daquele valor, que era a Fazenda Pública, pois sabiam que a CPMF seria devida de qualquer forma e usaram a conta de depósitos vinculados como forma de ocultar os depósitos da conta-corrente, que os tornariam muito mais evidentes.

No mais, invoco o art. 50, § 1º da Lei nº 9.784/99 para adotar como razões de decidir deste voto, as mesmas razões que foram lançadas pelo Conselheiro Henrique Pinheiro Torres no voto vencido do acórdão recorrido, as quais leio em sessão e submeto à votação do Colegiado.

Em face do exposto, oriento meu voto no sentido de dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional para reformar o acórdão recorrido, na parte em que foi objeto de recurso, e, em consequência, restabelecer a multa qualificada no patamar de 150% sobre o imposto devido.

Sala das Sessões, em 28 de janeiro de 2008.


ANTONIO CARLOS ATULIM



Voto Vencedor

Conselheira MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ, Redatora designada

Ouso divergir do respeitável relator, bem como do i. Procurador da Fazenda Nacional, conforme considerações a seguir explicitadas.

A Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por meio do Acórdão nº 202-15.861, por maioria de votos, deu provimento parcial ao recurso voluntário para afastar o agravamento da multa, mantendo-a no patamar de 75%.

O i. Procurador da Fazenda Nacional interpôs recurso especial, alegando, em síntese, que a desqualificação da multa de ofício contrariou os arts. 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 e o art. 44, II da Lei nº 9.430/96. Isto porque, no seu entender, a conduta que culminou na falta de pagamento da CPMF decorreu de fraude e conluio entre a Esso e o Banco Itaú, já que ambos obtiveram benefícios recíprocos em detrimento da Fazenda Pública.

A questão, como bem exposta pelo Relator é essencialmente e fundamentalmente, restrita ao afastamento do agravamento da multa, mantendo-a no patamar de 75%.

Para uma melhor análise da matéria oportuno reproduzir os artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Já, a redação antiga do art. 44, II da Lei nº 9430/96 dispunha a seguinte redação:

"II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502. de 30 de

A

f j

novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis." (grifos, não do original)

Atualmente, por força do artigo 14 da Lei nº 11.488 de 15.06.2007, conversão da Medida Provisória nº 351 de 22.01.2007, vige outra disposição legal, inserida no art. 44 da Lei nº 9430/96:

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Pois bem, percebe-se que a figura da sonegação é definida, segundo os artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964, acima reproduzidos como a *"ação ou omissão dolosa, tendente a impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador do tributo". A fraude, por sua vez, é definida como a "ação ou omissão dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador do tributo". E o conluio é o "ajuste doloso entre duas ou mais pessoas, visando a obter qualquer dos efeitos próprios da sonegação ou da fraude".*

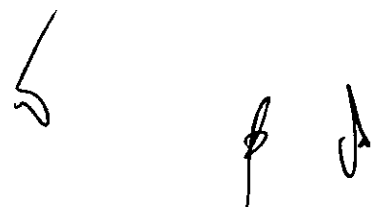
Interessa-nos adentrar na análise da figura da fraude, isso porque a figura do "conluio" a que o i. relator se apóia, nos remete à esta. Já, a figura da sonegação – conforme definido na lei, tem por objetivo ocultar da fiscalização os negócios jurídicos praticados. Neste caso, compulsando os autos, nitidamente pode se perceber que a autuada sempre procedeu de forma transparente, às claras, com registro (crédito) de todos os cheques coletados, consoante as normas do BACEN vigentes à época. Não houve, inclusive, embaraço à fiscalização, na apresentação da documentação solicitada.

Fraude é o vocábulo derivado do latim *fraus, fraudis* (engano, má-fé, logro), que vem a caracterizar o engano malicioso ou a ação astuciosa, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever. É a intenção dolosa de causar prejuízo a terceiros.

Por certo, tenho comigo que quando nos referimos a dolo, devemos partir do conceito extraído do direito penal. Assim, presente na definição de fraude como sendo a vontade ou a intenção do agente de praticar o ato definido como crime. É, no meu sentir, ter a plena consciência de que o ato praticado irá ocasionar o resultado delituoso. No conceito material, crime é uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui ofensa (dano ou perigo) a um bem jurídico individual ou coletivo.

Não nos olvidemos estar a fraude fiscal caracterizada pela prática de uma ação ou omissão, intencionalmente criminosa, tendente a impedir a ocorrência do fato gerador do tributo. Exemplos desse tipo se mostram quando nos deparamos, por exemplo, com uma falsificação de documentos ou de livros fiscais/contábeis. Ou, diante da comprovação da existência de Notas fiscais calçadas.

Não é realmente a hipótese descrita nos autos, em que se discutiu, primeiramente se houve ou não incidência da CPMF, com manifestações não unânimes sobre a polêmica matéria, e a dois, a de se as normas do Banco Central, a qual está a interessada obrigada a cumprir, poderiam justificar, não a forma de proceder da interessada, mas sim a não incidência da CPMF pretendida pela fiscalização. Ora, se a forma de proceder da interessada



não encontra obstáculos perante a fiscalização do Banco Central, não há em princípio, de se falar conseqüentemente em fraude, no sentido definido na lei nº 4.502, de 1964.

Não nos olvidemos que a interessada efetuou operações com base na liberdade de contratar, na liberdade de iniciativa econômica, na livre concorrência, e essencialmente, sem a objeção do Banco Central, à época dos fatos. Vale dizer, o ponto de partida da análise é uma liberdade de escolha, de uma ou outra opção, e até mesmo, por que não, na possível escolha de poder pagar menos tributo, se permitido for a opção lícita de escolha. Sem entrar no mérito da incidência ou não da CPMF, até porque a decisão recorrida já se manifestou sobre a matéria, o fato é que sobre a operação, no meu sentir lícita, entendeu a interessada que de fato era lícita. Cabe lembrar que o chamado direito de se auto-organizar, para pagar menos impostos, é sobretudo emanção de uma liberdade individual. Não há e nem pode haver crime nisso. Houve, no sentir da decisão recorrida, erro na interpretação da lei, ao não recolher a CPMF.

O que quero dizer, em palavras simples, é que diante da complexidade e controvertida análise das matérias envolvidas (enquadramento legal, hipótese de incidência da CPMF, implicações das normas do Banco Central), culminando em votação não unânime, resta claro para esta Conselheira que difícil é a sustentação da multa em percentual agravado, como se o procedimento adotado (amparado em Circular do Banco Central) de fraude conclusivamente se tratasse.

Ora, se a matéria mostrou-se controvertida, tem-se que o resultado final revela apenas erro na interpretação da lei, mas não de fraude à lei.

Como suporte das conclusões aqui expostas dispõe o art. 112 do Código Tributário Nacional que: "*A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: (...) IV – à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.*" É o assim chamado princípio *in dubio pro reo*, consagrado pelo art. 112 do CTN.

Enfim, são essas as razões pela qual entendo que acertadamente deve ser mantida a decisão recorrida que muito bem afastou a multa agravada.

CONCLUSÃO

Diante do acima exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto pela Procuradoria.

Sala das Sessões – DF, em 28 de janeiro de 2008

MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

