Processo nº : 16327.000218/2004-53
Recurso nº : 128.550
Acórdão nº : 201-78.718

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

2.º C C | PUBLICADO NO D. O. U. De 15 / 02 / 2007 Com. Rubrica

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília 09 / 06 / 2006
VISTO

CPMF. SUJEIÇÃO PASSIVA.

A instituição financeira depositária, como substituto tributário, responde perante o Fisco pela contribuição devida sobre as movimentações financeiras e pelas penalidades por falta de retenção e recolhimento da contribuição.

HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. DEPÓSITOS, EM CONTA DE TERCEIRO, DE CRÉDITOS DE CLIENTES DO BANCO. APLICAÇÃO DO ART. 2º, III, DA LEI Nº 9.311, DE 1996.

A operação de lançamento de valores em conta de depósitos de terceiro não representa pagamento ou liquidação de créditos para efeito da incidência da CPMF, a não ser quando os valores arrecadados pelo banco e depositados na conta do terceiro, pertencentes ao credor, não sejam, na operação seguinte, transferidos para conta de sua titularidade, com incidência da CPMF.

ALÍQUOTA ZERO. MOVIMENTAÇÕES EM CONTA DE DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS. NÃO APLICAÇÃO.

A aplicação da alíquota zero às movimentações de contas de instituições financeiras somente alcança os casos previstos em portaria ministerial, o que não inclui a atividade de administração não discricionária de caixa para administração de pagamentos e recebimentos de clientes.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A exigência dos juros de mora, incidente sobre o valor do tributo ou contribuição não pago no vencimento, com base na taxa Selic, tem autorização legal no Código Tributário Nacional.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BANCO CITIBANK S/A.

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 06 / 2006
Visto

Processo nº : 16327.000218/2004-53
Recurso nº : 128.550
Acórdão nº : 201-78.718

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: **I) por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de sujeição passiva; e II) no mérito, pelo voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso para excluir a exigência relativa à primeira infração e afastar os juros sobre a multa.** Vencidos os Conselheiros Antonio Mario de Abreu Pinto, Gustavo Vieira de Melo Monteiro, Cláudia de Souza Arzua (Suplente) e Rogério Gustavo Dreyer, que davam provimento integral. Fez sustentação oral, pela recorrente, o Dr. Ricardo Krakowiak.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2005.

Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

José Antonio Francisco
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva e Maurício Taveira e Silva.

Processo nº : 16327.000218/2004-53
Recurso nº : 128.550
Acórdão nº : 201-78.718

Recorrente : BANCO CITIBANK S/A

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra o Acórdão da DRJ em São Paulo - SP, que manteve integralmente lançamento da CMPF, relativamente aos períodos de apuração de 23 de junho de 1999 a 24 de julho de 2002.

As razões da autuação constaram do Termo de Verificação Fiscal nº 5 (fls. 43 a 62).

A empresa Citibank DTVM S/A, controlada da recorrente, *"contratou com diversos clientes da fiscalizada a execução de serviços de 'administração não discricionária de caixa para administração de pagamentos e recebimentos de vários clientes"*, para cuja execução firmou contrato com a recorrente, *"sob a denominação de 'instrumento particular de assessoria financeira e outras avenças"*.

Por meio do citado contrato, a Citibank DTVM conferiu poderes à recorrente para contratar instituição financeira para prestação dos serviços de cobrança dos recebíveis e pagamento das exigibilidades a que se referiu o contrato.

Na execução dos contratos, relativamente às cobranças, os títulos dos clientes eram encaminhados à recorrente "para que primeiro efetuasse a cobrança dos recebíveis". Os valores cobrados eram creditados diretamente na conta corrente de depósitos à vista da DTVM, mantida no Banco Citibank.

Os recursos dos clientes permaneciam nesta conta até a solicitação dos clientes para que os recursos fossem transferidos para a sua conta de depósitos a vista, mantida no Banco Citibank.

Nesta operação (de transferência da conta da DTVM para a dos clientes) não era debitada e recolhida a CPMF, aplicando a recorrente à operação a alíquota zero.

Relativamente aos pagamentos dos compromissos financeiros dos clientes, estes transferiam recursos de suas contas correntes mantidas no Banco Citibank para a conta corrente da DTVM. Nesta operação, a CPMF era retida e recolhida.

Entretanto, na liquidação (pagamento das contas), que era realizada a partir da conta corrente da DTVM, era aplicada à operação a alíquota zero.

A seguir, a Fiscalização fez algumas considerações sobre os contratos de gestão de caixa de clientes e de assessoria financeira, esclarecendo que foram regulados pela Circular nº 2.535, de 1995, do Banco Central, que determinou a vinculação dos depósitos aos pagamentos futuros.

Fez, também, menção à legislação aplicável, destacando a descrição das hipóteses de incidência da contribuição (art. 2º, I e III, da Lei nº 9.311, de 1996) e condições para incidência da alíquota zero, que seriam "a operação fazer parte do objeto social" das instituições e ser relacionada a operação em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

A seguir, transcreveu a Portaria MF nº 134, de 1999, destacando, em quadro comparativo com as atividades que constituem objeto social das sociedades distribuidoras (DTVM), que as operações de prestação de *"serviços de intermediação e de assessoria ou assistência técnica em operações e atividades nos mercados financeiros e de capitais"* não estavam relacionadas na portaria para efeito da incidência da alíquota zero.

Passou a tratar das três infrações apuradas.

A primeira operação seria o crédito dos recursos de cobrança dos clientes, efetuado na conta corrente da Citibank DTVM S/A (créditos nas operações de cobrança). Trata-se do montante objeto da cobrança dos clientes que era depositado na conta da DTVM, conforme já descrito anteriormente (contrato de "administração não discricionária de caixa para administração de pagamentos e recebimentos de vários clientes").

Segundo a Fiscalização, a referida operação seria hipótese de incidência da CPMF, de acordo com o inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311, de 1996 (*"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"*).

Nas referidas operações, a liquidação ocorreria por conta e ordem da DTVM e os valores cobrados deveriam, em princípio, serem creditados nas contas dos clientes.

As segunda e terceira infrações foram descritas conjuntamente no item III.2 do termo, referindo-se a débitos na conta corrente da DTVM, para as quais a recorrente deu o tratamento de operações sujeitas à alíquota zero.

A segunda infração referiu-se aos débitos efetuados na conta da DTVM, com crédito na conta dos clientes, relativamente aos valores cobrados para os clientes, na forma descrita na infração de nº 1.

A terceira infração referiu-se aos débitos efetuados na conta da DTVM, para a realização dos pagamentos de obrigações dos clientes.

Ressaltou a Fiscalização a conclusão de que as operações não se sujeitariam à alíquota zero, em face da falta de previsão em portaria ministerial.

Ademais, enfatizou que *"a alegação apresentada para aplicação da alíquota zero, de que as transferências (débitos na conta corrente da Citibank DTVM) estavam intrinsecamente ligadas às operações e atividades de pagamentos, cobranças e demais serviços correlatos prestados por instituição financeira, não é aceitável, visto que as atividades de pagamentos, cobranças e demais serviços correlatos prestados por instituição financeira foram realizados pelo Banco Citibank S/A e não pela Citibank DTVM S/A"*.

Concluiu a Fiscalização que, *"Na prática, os serviços prestados pela Citibank DTVM S/A restringiram-se apenas ao repasse de todas as atividades financeiras ao próprio banco controlador, Banco Citibank S/A, que efetivamente realizava os serviços de cobranças e pagamentos"*, e que *"a Citibank DTVM S/A limitou-se a indicar o banco controlador, para realizar as cobranças e pagamentos, reservando para si tão-somente o encargo do pagamento do chamado 'prêmio por preferência', não consubstanciando qualquer prestação de serviços típicos de instituição financeira"*.

Por fim, ressaltou a Fiscalização que a recorrente seria parte integrante das operações, em função de os clientes da operação serem seus correntistas; haver contrato entre a DTVM e a recorrente para realização das cobranças; conhecer as características das operações; os representantes das duas empresas serem as mesmas pessoas; ser controlador da DTVM; os valores creditados na conta da DTVM serem *"exclusivamente oriundos da operação de 'administração não discricionária de caixa para administração de pagamentos e recebimentos de vários clientes"*; realizar pagamentos das obrigações de seus clientes com recursos da conta da DTVM; E disponibilizar um conjunto de aplicações de informática de sua propriedade para a digitação *off line* de todas as instruções das transações.

Contra a autuação, a interessada apresentou a impugnação de fls. 256 a 307, juntamente com a documentação de fls. 309 a 328.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo - SP manteve integralmente o lançamento (fls. 333 a 357), nos seguintes termos (ementa):

> *"Assunto: Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF*
>
> *Período de apuração: 23/06/1999 a 24/07/2002*
>
> *Ementa: CPMF. FATO GERADOR.*
>
> *Ocorre o fato gerador da CPMF quando a instituição financeira deixa de creditar os recursos provenientes de cobrança bancária de recebíveis, em conta bancária de seus clientes beneficiários da cobrança, creditando-os em conta corrente de Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários (DTVM) com quem este mesmo cliente firmara acordo de prestação de serviço.*
>
> *CPMF. FATO GERADOR.*
>
> *Constitui fato gerador da CPMF, nos termos da legislação de regência, o lançamento a débito, por instituição financeira, em contas correntes de depósito junto a ela mantida.*
>
> *CPMF. ALÍQUOTA ZERO. APLICAÇÃO.*
>
> *A aplicação da alíquota zero prevista no artigo 8º, inciso III, da Lei nº 9.311/1996 restringe-se às atividades e operações relacionadas em ato do Ministro da Fazenda, dentre as que constituam objeto social da instituição contribuinte. In casu, os lançamentos a débito havidos na conta corrente da DTVM, por não atenderem tais requisitos, não gozam do benefício da 'alíquota zero'.*
>
> *TAXA SELIC. APLICABILIDADE.*
>
> *A utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, sobre cuja aplicação não cabe aos órgãos do Poder Executivo deliberar.*
>
> *Lançamento Procedente".*

Contra o Acórdão apresentou a interessada o recurso voluntário de fls. 369 a 426, acompanhado da relação de bens para arrolamento de fls. 431 a 1231 (substituído, posteriormente, pela de fls. 1.251 a 1.598, que foi complementada pela de fls. 1.599 a 1.637).

Após reproduzir o Termo de Constatação nº 5 e fazer algumas considerações sobre a autuação, resumiu as razões apresentadas na impugnação:

"a) a CPMF no caso jamais poderia ser exigida do responsável porque as movimentações financeiras eram feitas pela DTVM em conta aberta especificamente para operações sujeitas à alíquota zero, não cabendo ao banco fiscalizar a origem e natureza dos valores nela depositados;

b) os contratos firmados efetivamente fazem parte do objeto social da Citibank DTVM sendo serviços típicos de instituição financeira (Item XIV da Resolução Bacen 1.653/89) e a movimentação de recursos necessária à sua efetivação está de fato sujeita à alíquota zero de CPMF (Item VII, 'in fine' da MF 134/99); e

c) a Citibank DTVM não auferiu benefício algum quanto à CPMF em razão da movimentação de recursos de seus clientes na sua conta corrente, daí tampouco decorrendo qualquer prejuízo ao Erário;

d) ainda que fosse devida a CPMF no caso, o que se admite apenas para argumentar, os juros não poderiam ser cobrados na dimensão consignada pelo auto de infração, por terem sido calculados com base na taxa SELIC, índice inadequado para tanto."

Inicialmente, destacou que fora fiscalizada pelo Bacen, assim como a DTVM, o que teria dado origem à fiscalização, em função de relatório encaminhado à Receita Federal, segundo o qual *"foram detectadas situações que se constituem em prováveis irregularidades fiscais"*. Destacou a recorrente, entretanto, que a conclusão do Bacen de que não teria havido irregularidades sob os aspectos societário, econômico, financeiro e do mercado de capitais seria *"um aval à licitude e correção do procedimento adotado pela DTVM e pelo Recorrente, ao menos sob os aspectos passíveis de serem por ele fiscalizados, ou seja, trata-se de prestação de serviços lícita, porque não vedada por lei, que faz parte do objeto social da DTVM"*.

Contestou a conclusão da DRJ de que não caberia ao Banco Central questionar aspectos tributários, afirmando que não caberia ao Fisco questionar aspectos societários, *"ou seja, se as atividades desenvolvidas pela DTVM em razão dos contratos em causa fazem ou não parte de seu objeto social"*. Nesse contexto, a análise das disposições contratuais pela DRJ seria inaceitável.

A seguir, alegou que o procedimento seria nulo, em face de não ser possível exigir da recorrente a CPMF, uma vez que o art. 8º, III, da Lei nº 9.311, de 1996, dispõe que a alíquota fica reduzida a zero *"nos lançamentos em contas correntes de depósito (...) das sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários (...), desde que os respectivos valores sejam movimentados em contas correntes de depósitos especialmente abertas e exclusivamente utilizadas para as operações a que se refere o par. 3º deste artigo"*.

O referido § 3º dispõe que portaria do Ministro de Estado da Fazenda deve relacionar as operações, dentre as que constituem objeto social das sociedades, relativamente às quais se aplica a alíquota zero.

Segundo a recorrente, as transações efetuadas em relação à referida conta seriam efetuadas por conta e ordem da DTVM, a contribuinte da CPMF, não podendo questionar-se a respeito da natureza das operações do cliente.

Ademais, não poderia ser desconsiderado o fato de que, embora controladora da DTVM, trata-se de pessoas jurídicas distintas.

A seguir, passou a tratar de cada uma das infrações.

No tocante à primeira infração, alegou que teria havido dois equívocos da Fiscalização.

Quanto aos fatos, seria incorreta a afirmação de que os valores objeto da cobrança teriam sido depositados diretamente na conta da DTVM. Segundo a recorrente, *"TODOS os valores oriundos de cobranças eram SEMPRE depositados na conta corrente dos clientes"*. Mencionou correspondência da DTVM ao Bacen, esclarecendo que, *"Recebidos os recursos o banco contratado os encaminha à DTVM, a qual, por sua vez, credita-os na conta corrente de depósito a vista mantida no banco designado pelo Cliente, na maioria dos casos, o Citibank S.A., sempre em nome do Cliente, conforme determina a Circular 3001"*, e que, no caso de pagamentos, *"Os recursos encaminhados são, necessariamente, debitados na conta corrente de depósito a vista de titularidade do Cliente"*.

Quanto à aplicação da lei, afirmou que o dispositivo do art. 2º, III, da Lei nº 9.311, de 1996, cuidaria "de um fato que nada tem a ver com aquela descrita no termo de verificação". Segundo a recorrente, se quem dá a ordem para o banco é o titular do direito, crédito ou valor, então *"a atividade desenvolvida no caso pelo banco indicado pela DTVM em seu nome caracteriza-se como recebimento, situação que não se encaixa na hipótese descrita no artigo 2º, inciso III, da Lei nº 9.311/96"*. Ademais, haveria a necessidade, segundo a recorrente, de que houvesse transferência de titularidade dos valores.

Alegou que a conclusão da Fiscalização de que o banco estaria efetuando pagamento para seus clientes, por ordem da DTVM, seria equivocada, pois isso dependeria de um prévio ajuste entre o banco e seus clientes.

Ainda no tocante a essa matéria, alegou que seguiu o disposto na IN SRF nº 66, de 1998, e no AD SRF nº 33, de 2000, considerando que somente com a transferência dos recursos às contas dos clientes é que ocorria o pagamento.

Ademais, nos termos da lei, somente incidiria a hipótese em questão se o pagamento fosse efetuado em dinheiro, sem crédito em conta corrente do credor. Em face das disposições dos atos normativos mencionados, entretanto, sempre efetuou os pagamentos "com recursos saídos da conta corrente dos clientes" e "sempre mediante depósito".

Dessa forma, a interpretação da Fiscalização violaria a estrita legalidade e a tipicidade fechada.

Contestou, também, as conclusões do Acórdão de primeira instância, que teria reafirmado *"a evidente manipulação do texto legal feita pelo fisco, que altera a expresão 'liquidação ou pagamento' constante do inciso III do artigo 2º da Lei nº 9.311/96 para 'cobrança de recebíveis' ou recebimento"*, e ignorado o fato de que os valores transitaram pela conta do cliente, antes do pagamento.

No tocante ao pagamento do prêmio, cuja equiparação à aplicação financeira de renda fixa obrigaria o trânsito dos recursos pela conta corrente do cliente, segundo o Acórdão de primeira instância, alegou a recorrente decorrer de prestação de serviço, classificável como "resultado operacional da pessoa jurídica".

Passou a tratar da segunda infração (abrangendo a segunda e terceira infrações anteriormente mencionadas), destacando inicialmente que *"a exigência da CPMF nas operações acima decorrem exclusivamente do entendimento fiscal no sentido de que os lançamentos a*

débito efetuados na conta-corrente da DTVM não podem se beneficiar da alíquota zero da CPMF prevista no art. 8º da Lei nº 9.311/96, porque os serviços por ela prestados a seus clientes, de assessoria e assistência financeira, embora enquadrados no inciso XIV do artigo 2º do Regulamento anexo à Portaria 1.120, de 04.04.86, na redação da Resolução 1653/89 do Bacen, não teriam sido incluídos na Portaria MF 134/98, atual Portaria MF nº 227/02, do Ministro da Fazenda como sujeitos à alíquota zero".

Segundo a recorrente, a incidência de alíquota zero nas transações relativas a atividade de instituição financeira teria por objetivo atender ao princípio da capacidade contributiva.

Alegou que *"a atividade de gestão de caixa não se restringe a efetuar os recebimentos e pagamentos a que o cliente faz jus"* e *"envolve desde a análise e escolha da instituição financeira melhor habilitada para realizar tais atos específicos, e que será contratada para tanto, até o constante acompanhamento do fluxo de receitas de que dispõe o cliente com vistas a compor uma carteira de investimentos cuja combinação de prazos de carência e liquidez e perspectiva de rendimentos melhor se adeque às suas despesas cotidianas".*

Nesse contexto, não caberia ao Fisco *"pretender que não se trate de atividades típicas de instituição financeira com vistas exclusivamente a uma maior arrecadação de CPMF".*

No tocante aos débitos para pagamento das exigibilidades dos clientes (infração 3), alegou que seria a hipótese prevista na IN SRF nº 66, de 1998, e AD SRF nº 33, de 2000, para o caso em que os pagamentos sejam feitos "com recursos que não transitaram pelas contas correntes dos clientes", o que não ocorreu no caso dos autos.

Reafirmando que o contrato referiu-se à gestão, e não apenas à realização de pagamentos, concluiu que a *"intermediação e assessoria ou assistência técnica em operações e atividades nos mercados financeiro e de capitais"* enquadrar-se-ia na parte final do item VII do art. 3º da Portaria MF nº 134, de 1998, em "outros serviços típicos de instituições financeiras".

A seguir, afirmou que não teria havido prejuízo ao erário, nem vantagem à DTVM, pela adoção do procedimento que o Fisco teria reconhecido a necessidade das movimentações financeiras e que os pagamentos e recebimentos poderiam ter sido efetuados de outra forma, sem as incidências da CPMF. Entretanto, em face de a gestão de caixa ter sido transferida para a DTVM, não poderia ser adotado outro procedimento, e a *"CPMF que seria devida caso o pagamento das dívidas fosse efetuado diretamente pelo cliente é regularmente paga quando do débito dos valores correspondentes de sua conta corrente".*

Alegou, ainda, que, ao conferir os cálculos para efetuar a garantia de instância, percebeu que houve a aplicação dos juros sobre a multa de ofício, "a partir da lavratura do auto de infração" (demonstração de fls. 427 a 429).

Segundo a recorrente, não haveria base legal para tal exigência, pois a incidência teve supostamente por base a Portaria nº 379, de 23 de dezembro de 1988, que previa a incidência de juros a taxa de 1% ao mês, com base em leis já revogadas.

A seguir, alegou que a taxa Selic seria imprestável para os juros de mora e que os Conselhos de Contribuintes poderiam apreciar matéria que verse sobre inconstitucionalidade de lei. Além disso, o CTN teria fixado teto de 1% para a taxa de juros.

É o relatório.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
JOSÉ ANTONIO FRANCISCO

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, razões pelas quais dele se deve tomar conhecimento.

Preliminarmente, levantou a recorrente duas questões preliminares.

Em primeiro lugar, não poderia o Fisco analisar matéria que versasse sobre direito societário para concluir que estaria praticando atividade que não faria parte do objeto social da sua cliente, Citibank DTVM.

Enfatizou que o Banco Central fiscalizou ambas as empresas, nada tendo encontrado de irregular em relação a esse aspecto.

Entretanto, se a conclusão de caber ou não lançamento depender de análises relativas aos aspectos societários, é claro que o Fisco pode analisá-los, sob pena de não poder exigir o seu direito. Caso contrário, teria que se submeter, de antemão, ao parecer do Banco Central para efetuar o lançamento, o que parece inadmissível.

Ademais, a Fiscalização nunca afirmou, no presente caso, que a Citibank DTVM estaria praticando atividade não prevista em seu contrato social, nem praticando atividade vedada.

Simplesmente classificou a atividade praticada para concluir que não estaria abrangida pela alíquota zero.

Ainda alegou, preliminarmente, que a autuação seria nula, em face das disposições do art. 8º, III, da Lei nº 9.311, de 1996; que não lhe caberia questionar a respeito das origens dos valores depositados na conta da DTVM; e que se trata de pessoas jurídicas distintas.

Conforme já destacado, tanto pela Fiscalização quanto pelo Acórdão de primeira instância, a recorrente tinha pleno conhecimento das origens dos valores depositados. Dessa forma, não há que se falar em questionamento a respeito de matéria da qual tinha conhecimento.

Ademais, a responsabilidade pela retenção da CPMF é do banco, como substituto tributário, de modo que tem, sim, que tomar conhecimento dos fatos que são determinantes à ocorrência do fato gerador e de todos os seus aspectos.

No tocante à primeira infração, que tratou de depósitos em conta da DTVM, dos valores originados de cobranças de clientes do banco, alegou inicialmente a recorrente não terem ocorrido depósitos diretos na conta da DTVM. Posteriormente, entretanto, alegou ter havido depósitos nas contas dos clientes, com incidência da CPMF nos débitos de tais contas. Na realidade, o destaque referiu-se ao fato de que não havia pagamentos efetuados, relativamente às obrigações dos clientes, diretamente a partir da conta da DTVM, pois os recursos para esses pagamentos vinham, sempre, das contas dos clientes, com incidência da CPMF.

Portanto, está claro que o depósito ocorria, inicialmente, de forma direta, na conta corrente da DTVM.

O fato levantado pela recorrente, na realidade, refere-se ao posterior depósito em conta dos clientes, situação que afastaria a condição constante da parte final do inciso III de que os valores não teriam "sido creditados, em nome do beneficiário, nas contas referidas nos incisos anteriores".

De fato, essas informações já eram conhecidas da Fiscalização e estão descritas no Termo de Verificação. Os valores originados das cobranças eram depositados em conta da DTVM, que, posteriormente, os transferia para as contas correntes dos clientes.

A questão proposta, portanto, é saber se o depósito posterior em conta do beneficiário implicaria afastar a incidência da CMPF em relação a uma operação ocorrida anteriormente.

No contexto isolado dessa questão, descaberia razão à recorrente, pois o mencionado inciso III não faz menção alguma a operação ocorrida posteriormente. Entretanto, a questão será abordada posteriormente de maneira apropriada.

A segunda alegação da recorrente foi de que teria havido manipulação da semântica do texto legal, que não se aplicaria aos fatos apurados.

Reproduzo, para maior clareza, a disposição do inciso III:

"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;".

A Fiscalização e o Acórdão de primeira instância afirmaram que, nas referidas operações, o pagamento ocorreria por conta e ordem da DTVM, por meio de depósito em sua conta, e os valores cobrados deveriam, em princípio, serem creditados nas contas dos clientes.

Ainda afirmou o Acórdão de primeira instância que o objetivo do dispositivo seria evitar o *"desvio do curso natural dos recursos, que seria o crédito na conta dos clientes do banco".*

Portanto, a incidência da CPMF estaria justificada pelo pagamento de créditos, por conta e ordem da DTVM, que não foram creditados nas contas dos beneficiários (clientes do banco).

Nesse contexto, é mister lembrar o julgamento do Acórdão nº 201-77.788, julgado em sessão de 11 de agosto de 2004, que tratou de questão semelhante.

Reproduzo, portanto, parte do voto da Relatora que interessa ao presente caso.

"Ocorre que a análise do recorrente enfoca apenas parte da operação, qual seja, a dos pagamentos feitos pelo Banco, por conta e ordem da (...), aos credores e empregados desta (item b acima), mas esquece de analisar a parte relativa à coleta de valores e o conseqüente não creditamento em conta-corrente, em virtude do crédito nas contas de 'depósitos vinculados'.

Assim, está verificando apenas parte da operação para entender que a norma não se aplica ao caso concreto.

É que o alcance do inciso III deve ser entendido como uma liquidação ou pagamento efetuado pela instituição financeira, por conta e ordem de um terceiro, no caso a (...),

cujos créditos, direitos ou valores, utilizados para efetuar o pagamento ou liquidar a obrigação, não transitaram na conta do beneficiário desses créditos, direitos e valores.

No caso, com a operação de coleta, o banco ficou com a disponibilidade dos créditos, direitos e valores de sua Cliente, e ***utilizou estes recursos, por conta e ordem desta, para efetuar pagamentos de que a mesma era devedora, sem creditar os valores, créditos e direitos na conta-corrente daquele que é o seu detentor, no caso, a (...).***

Aliás, correta a colocação da recorrente de que a lei, quando se refere à inexistência de crédito em conta-corrente, o faz em relação ao beneficiário, pois é este mesmo o sentido vislumbrado pela Fiscalização.

Entretanto, ao contrário do que entende a recorrente, os créditos, direitos e valores, são sim daquele que deu a ordem para o pagamento, pois somente quem detém créditos, direitos e valores, é que pode ordenar como estes serão utilizados. Assim, jamais os créditos, direitos e valores, podem ser do devedor, como afirmou o recorrente."
(Destacou-se o texto em negrito. Os nomes dos envolvidos foram excluídos).

A situação de fato existente no referido acórdão dizia respeito a caso em que os créditos do beneficiário não eram depositados em conta de sua titularidade. Dessa forma, a situação difere da analisada nos presentes autos, pois os créditos foram depositados em conta da DTVM e não em conta vinculada do banco depositário.

No presente caso, sempre ocorria a transferência dos valores depositados na conta da DTVM para a conta dos clientes. Nos casos de pagamentos de obrigações, os valores eram transferidos das contas dos clientes para a conta da DTVM para, posteriormente, haver a quitação.

Lá, tratava-se de omissão de operação obrigatória (depósito em conta do titular dos créditos), enquanto que, aqui, trata-se de inserção de uma operação, antes do depósito na conta do titular (depósito em conta da DTVM).

No caso do acórdão mencionado o cliente do banco era o titular dos créditos cobrados pelo banco. Então, tais valores, em vez de serem depositados em conta de sua titularidade, eram depositados em conta vinculada do banco, suprimindo a ocorrência de um fato gerador.

No presente caso, os clientes do banco também são os titulares dos créditos cobrados pelo banco. Entretanto, a operação seguinte ao do depósito em conta da DTVM foi o depósito em conta do cliente. Em vez de os depósitos serem efetuados diretamente na conta dos clientes, eram efetuados na conta da DTVM.

Não se discute aqui a supressão do fato gerador pela transferência direta de uma conta que não é do cliente para a conta de quem recebeu os pagamentos efetuados com os depósitos.

A operação de transferência dos valores dessa conta da DTVM para a conta dos clientes é fato gerador da CMPF, havendo apenas discordância em relação à alíquota aplicável.

Não se cogitou, no caso do acórdão citado, de fazer incidir a CPMF sobre a operação de transferência de valores da conta vinculada para a conta dos credores da cliente. No presente caso, além de fazer incidir a CPMF sobre a operação de depósito na conta da DTVM, é

indiscutível que, na transferência de valores entre essa conta e a dos clientes, ocorre o fato gerador da CPMF.

A noção de pagamento, para efeito de interpretação do inciso III, aparentemente, não difere, pois, em ambos os casos, considerou-se que o banco arrecadava o numerário e, então, com sua disponibilidade, efetuava o "pagamento" dos valores devidos aos clientes.

Portanto, cabe total razão à recorrente, ao afirmar que a questão diz respeito a saber o que é "pagamento ou liquidação", para efeito do inciso III.

Inicialmente, há que se esclarecer que o pagamento ou liquidação em questão diz respeito a valores devidos aos clientes, nos contratos de agenciamento. No acórdão citado, tratava-se de cliente do banco; no presente caso, trata-se de clientes da DTVM, relativamente aos contratos, que também são clientes do banco, relativamente às contas de depósitos.

No caso do acórdão citado, havia efetivamente pagamento. O titular dos créditos os recebia, em conta mantida pelo banco para movimentar os seus valores de créditos e débitos. A conta, no entanto, não era sua apenas formalmente, porque o banco dava tratamento à conta como se fosse conta de movimentação do cliente, pois, se o cliente do banco, como credor dos valores depositados na conta de depósitos, determinava o pagamento a seus credores, então efetivamente o banco recebia os valores em nome do cliente e, além disso, podia deles dispor para efetuar os pagamentos em nome dos clientes. Em outras palavras, os clientes foram pagos, em relação aos seus créditos, caso contrário não poderiam determinar que seus credores fossem pagos com os mesmos recursos recebidos pelo banco.

No presente caso, o banco coleta os valores devidos por terceiros aos clientes, a partir de documentos de cobrança, e os deposita em conta da DTVM, que recebe os recursos em nome dos clientes. Entretanto, os credores dos clientes não podem receber os pagamentos nesse momento.

De fato, o pagamento, com a acepção admitida no acórdão citado, ocorre na operação seguinte, em que os recursos depositados em conta da DTVM são transferidos para as contas dos clientes. Nessas operações, a DTVM efetua o pagamento aos clientes, em relação aos créditos deles. Somente após receberem efetivamente o numerário, em suas contas, é que os credores dos clientes podem ser pagos.

Poder-se-ia argumentar, no entanto, que a DTVM, por força dos contratos celebrados com os clientes, teria mandato para receber os pagamentos a eles efetuados, de forma que as operações corresponderiam a recebimentos de pagamento por mandato.

Em outras palavras, o banco efetuaria o pagamento dos créditos a seus clientes no momento em que realizasse os depósitos na conta da DTVM. Pelo fato de os pagamentos não terem sido creditados nas contas dos clientes, então ocorreria a hipótese do inciso III.

Entretanto, a existência do referido mandato asseguraria à DTVM o direito de efetuar os pagamentos diretamente de sua conta, sem que fosse necessário transferir os valores para as contas dos clientes, o que não está de acordo com os fatos apurados.

Ademais, no caso do acórdão citado, há uma razão lógica para a incidência, que é a supressão de uma operação sujeita à incidência da CPMF.

No presente caso, a incidência carece de motivação, pois a operação seguinte, que é a transferência dos recursos da conta da DTVM para as dos clientes, sujeita-se à incidência da CPMF.

Houve, conforme já exposto, a inserção de uma operação, relativamente ao procedimento que seria usual (depósito dos valores cobrados nas contas dos clientes). Esse foi o principal fundamento que norteou a decisão de primeira instância.

Em princípio, a norma tributária não tem por objeto restringir ou determinar quais operações devam ser efetuadas. Pode-se considerar legítima a exigência, na hipótese de a norma tributária estabelecer que, ainda que formalmente, não ocorra o fato gerador, considera-se que tenha ocorrido. Trata-se de uma norma supletiva, cujo objetivo é evitar a elisão fiscal.

O inciso III em questão tem um objetivo claro, que é evitar a supressão de uma incidência da CPMF, o que é compatível com o objetivo de uma norma tributária.

Entretanto, pelo fato de ter sido incluída uma operação, com depósito dos valores em conta e sua transferência às contas dos clientes, afirmou-se terem ocorridos dois fatos geradores, um pela operação de depósito, outro pela operação de transferência. Não se conforma tal conclusão com o disposto na IN SRF nº 66, de 1999, art. 3º, § 4º.

Ademais, se a operação seguinte não se submetesse à incidência da CPMF, haveria uma razão fundamentada para que se considerasse ocorrido o fato gerador, nos termos do inciso III. Entretanto, se é fato gerador da CPMF, o contribuinte e o responsável não incorrem em ato que vise dissimular a ocorrência do fato gerador, nem que represente fraude à lei ou conduta dolosa.

Tanto é assim que, se os depósitos fossem efetuados diretamente nas contas dos clientes, não se cogitaria de tributar as operações de depósito.

Além disso, no presente caso, é certo que a operação seguinte representa fato gerador da contribuição, havendo divergência em relação à alíquota.

Na pior das hipóteses, poder-se-ia admitir como razoável a incidência da CPMF em relação à operação de "pagamento" (depósito em conta da DTVM), caso realmente a alíquota da operação de transferência para as contas dos clientes fosse zero, como medida adotada para conter a apuração nula da contribuição nessa operação.

Nesse caso, ainda que de forma discutível, à vista do que anteriormente foi exposto, haveria uma razão jurídica para que houvesse incidência na operação anterior, embora ainda assim não se pudesse afirmar representarem planejamento fiscal os depósitos em conta das quais as transferências se submetessem à alíquota zero, situação fiscal que seria equivalente à em que os depósitos fossem efetuados diretamente nas contas dos clientes.

Entretanto, deixo para concluir de forma definitiva após a análise das duas outras situações apontadas como infração.

As segunda e terceira infrações referem-se a incorreta aplicação de alíquota, alegando a recorrente que não poderia ser responsabilizada pelos fatos ocorridos, situação já analisada no início do voto.

No que diz respeito ao mérito, a única questão relevante é saber se há previsão para incidência de alíquota zero ao caso.

O art. 8º, inciso III, da Lei nº 9.311, de 1996, condiciona a alíquota zero a que *"os respectivos valores sejam movimentados em contas correntes de depósito especialmente abertas e exclusivamente utilizadas para as operações a que se refere o § 3º deste artigo"*.

Portanto, a movimentação deve ser feita em contas especialmente abertas para as operações e a utilização de tais contas deve ser exclusiva para as operações a que se refere o § 3º.

O § 3º, por sua vez, diz que *"O disposto nos incisos III e IV deste artigo restringe-se a operações relacionadas em ato do Ministro de Estado da Fazenda, dentre as que constituam o objeto social das referidas entidades"*.

Portanto, nem todas as atividades das instituições relacionadas no inciso III devem ser relacionadas em portaria, ficando ao critério do Ministro de Estado da Fazenda estabelecer quais delas se submetem a alíquota zero.

A alegação da recorrente é de que *"a atividade de gestão de caixa não se restringe a efetuar os recebimentos e pagamentos a que o cliente faz jus"* e *"envolve desde a análise e escolha da instituição financeira melhor habilitada para realizar tais atos específicos, e que será contratada para tanto, até o constante acompanhamento do fluxo de receitas de que dispõe o cliente com vistas a compor uma carteira de investimentos cuja combinação de prazos de carência e liquidez e perspectiva de rendimentos melhor se adeque às suas despesas cotidianas"*.

Dessa forma, os serviços prestados não seriam apenas de realização de pagamentos, sendo que a *"intermediação e assessoria ou assistência técnica em operações e atividades nos mercados financeiro e de capitais"* enquadrar-se-ia na parte final do item VII do art. 3º da Portaria MF nº 134, de 1998, em *"outros serviços típicos de instituições financeiras"*.

Entretanto, a Fiscalização não disse que se tratava apenas de serviços de pagamentos, tanto que se referiu à atividade desenvolvida pela DTVM como de *"serviços de intermediação e de assessoria ou assistência técnica em operações e atividades nos mercados financeiros e de capitais"*.

Ainda afirmou que as *"atividades de pagamentos, cobranças e demais serviços correlatos prestados por instituição financeira foram realizadas pelo Banco Citibank S/A e não pela Citibank DTVM S/A"*, exatamente pelo fato de não se tratar de atividade própria da DTVM.

A disposição genérica do inciso VII citado diz respeito a "outros serviços típicos de instituições financeiras", o que significa que se trata de serviços das instituições financeiras em que os serviços são prestados pelos próprios titulares das contas. Ademais, no referido inciso constam apenas serviços próprios de bancos comerciais e caixas econômicas, como os de arrecadação de impostos etc. Caso contrário, bastaria constar da portaria o mencionado inciso VII, que abrangeria todas as atividades típicas de instituições financeiras.

No presente caso, está-se falando de um serviço específico de distribuidora de valores mobiliários, supostamente relacionado no Regulamento anexo à Resolução nº 1.120, de 1986, com a redação da Resolução nº 1.653, de 1989.

Primeiramente, conforme ressaltado pela Fiscalização, a parcela do serviço relativa aos pagamentos e cobranças era efetuado pela recorrente, e não pela DTVM.

Se se tratasse, portanto, de conta de depósito do banco, então seria possível concluir que a alíquota incidente nas movimentações dessa conta seria zero.

Mas, no caso da conta de depósito da DTVM, há nitidamente ausência de previsão quanto à incidência de alíquota zero, conclusão que se aplica, também, ao caso de pagamento de prêmio por preferência.

Ademais, a atividade tratada nos autos não se enquadra nas disposições da mencionada Resolução:

> *"Art. 2º - A sociedade distribuidora tem por objeto social:*
>
> *(...)*
>
> *XIV - prestar serviços de intermediação e de assessoria ou assistência técnica em operações e atividades nos mercados financeiro e de capitais;*
>
> *(...)".*

Como se vê, as operações em questão não se enquadram na definição acima descrita, que se refere a assessoria em operações e atividades nos mercados financeiros e de capital, o que nada tem a ver com administração de pagamentos e recebíveis.

Com essas conclusões, complemento o raciocínio relativo ao motivo que restaria para analisar se o inciso III aplicar-se-ia aos depósitos na conta da DTVM: estando sujeitas as movimentações da conta da DTVM à incidência da CPMF por alíquota positiva, confirma-se a ausência de razão jurídica para que ocorra a tributação em relação aos depósitos efetuados nessa conta ("pagamentos").

No tocante à incidência da Selic sobre a multa, embora seja questão que não tenha sido objeto do lançamento, tratando-se de matéria superveniente, que surgiu no curso do processo, é possível sua análise no âmbito do recurso.

A Portaria nº 379, de 23 de dezembro de 1988, tinha por pressuposto outra legislação já revogada. No caso da Selic, não há previsão legal para incidência de juros sobre a multa, mas apenas sobre o tributo.

O art. 84 da Lei nº 8.981, de 1995, dispõe expressamente que o tributo ou contribuição não pago no vencimento sujeita-a à incidência dos juros. Ao instituir a Selic, a Medida Provisória nº 947, de 1995, reportou-se ao referido artigo, não prevendo incidência de juros sobre a multa. As republicações da referida MP e a Lei nº 9.065, de 1995, que resultou da conversão das medidas provisórias, dispuseram da mesma forma.

Essa conclusão não se aplica, em princípio, ao caso de parcelamento, que tem regras próprias quanto à incidência de juros sobre as parcelas e cuja análise não faz parte do presente recurso.

Ainda quanto aos juros de mora, o art. 161, § 1º, do CTN, permitiu que a lei estabelecesse modo diverso de sua incidência, relativamente ao disposto no *caput*.

O CTN não proibiu que fosse adotada taxa variável, nem que tal taxa pudesse superar a de 1% ao mês.

No tocante às alegações que versam sobre inconstitucionalidade de lei, descabe apreciação da matéria em sede de processo administrativo, conforme jurisprudência reiterada desta 1ª Câmara.

Ademais, o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, em seu art. 22A, estabeleceu claramente em que situações é permitido aos Conselhos deixar de aplicar disposição legal, no caso de inconstitucionalidade.

À vista do exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso para excluir a exigência relativa à primeira infração (valores depositados na conta da Citibank DTVM) e a incidência dos juros de mora sobre a multa.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2005.

JOSÉ ANTONIO FRANCISCO