



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 16327.001424/2006-42
Recurso nº 245.001 Voluntário
Acórdão nº 3402-00.438 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de fevereiro de 2010
Matéria CPMF; INCIDÊNCIA; FATO GERADOR; OCORRÊNCIA; DUPLICIDADE DE COBRANÇA
Recorrente BANCO SAFRA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA - CPMF

Período de apuração: 07/11/2001 a 03/12/2003

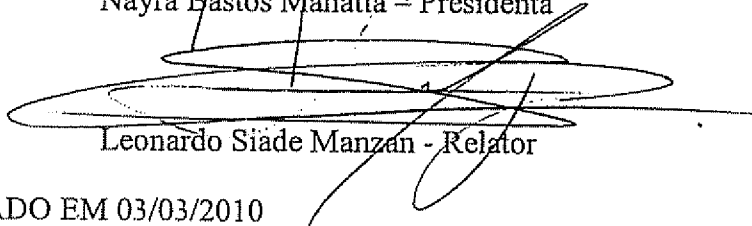
Caracterizada apenas uma relação obrigacional, não cabe ao Fisco desconsiderar o instrumento de mandato e cobrar o mesmo tributo (CPMF) duas vezes sobre um mesmo evento econômico (fato gerador), sob pena de caracterizarem-se ilegítima cobrança em duplicidade e enriquecimento sem causa por parte do Estado.

Recurso Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


Nayra Bastos Manatta – Presidenta


Leonardo Siade Manzan - Relator

EDITADO EM 03/03/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Ali Zraik Júnior, Sílvia de Brito Oliveira, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Leonardo Siade Manzan e Nayra Bastos Manatta.

Relatório

Por bem retratar os fatos objeto do presente litígio, adoto e passo a transcrever o relatório da DRJ em Campinas/SP, *ipsis literis*:

"Trata-se de Auto de Infração da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão Financeira – CPMF, fls. 1.832/1.859, que constituiu o crédito tributário total de R\$ 67 261 198,76, somados o principal, multa de ofício e juros de mora calculados até 31/08/2006.

02 – No Termo de Verificação Fiscal de fls. 1.824/1.831, a autoridade autuante contextualiza da seguinte forma o lançamento:

No período de 11/2001 a 12/2003 a instituição financeira sob fiscalização deixou de reter e recolher, na condição de responsável, a CPMF referente aos pagamentos efetuados por conta e ordem de terceiros sem que os valores fossem depositados nas contas correntes dos beneficiários.

A empresa Safra DTVM Ltda, controlada pelo Banco Safra S/A, ora fiscalizado, contratou com diversos clientes a execução de serviços de pagamentos de obrigações e compromissos através de 'Contrato de Prestação de Serviços de Assessoria Financeira e Outras Avenças';

Uma vez que a efetivação dos pagamentos de obrigações e compromissos não constitui objeto social da Safra DTVM, esta, representando seus clientes, contratou com o Banco Safra S/A a prestação destes serviços, reservando para si a parte financeira da operação;

Os recursos necessários à efetivação dos pagamentos das obrigações e compromissos eram previamente entregues à Safra DTVM que os depositava numa conta aberta com alíquota zero no Banco Safra S/A, que eram utilizados pelos seus Clientes na data de vencimento das obrigações e compromissos destes;

Desta forma, a Safra DTVM realizava uma captação indireta de recursos, que eram aplicados no Banco Safra S/A pelo período que ficavam à sua disposição, obtendo para si rendimentos de aplicações financeiras. Os clientes, em razão da disponibilização dos recursos, faziam jus a um rendimento denominado 'Prêmio de Preferência'.

Assim, os valores eram debitados na conta corrente com alíquota zero da Safra DTVM e não eram creditados na conta corrente dos Clientes, sendo utilizados diretamente no pagamento de suas obrigações e compromissos.

...

Os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.311/96, definem a incidência e o fato impositivo da Contribuição, rezando, in verbis:

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 escritural ou física de moeda, e de que resulte ou não transferência da titularidade dos mesmos valores, créditos e direitos. *(destacamos)*

Art. 2º O fato gerador da contribuição é:

...

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;

...

Estabelece o artigo 4º, da Lei nº 9.311/96:

Art. 4º São contribuintes:

...

II - o beneficiário referido no inciso III do art. 2º ;

...

Quando o legislador cria a norma tributária, cria a hipótese de incidência que é a 'descrição legal de um fato; é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato', (Geraldo Ataliba, in Hipótese de Incidência Tributária). Na operação sob análise, a ocorrência do fato gerador descrito na hipótese de incidência do artigo 2º, inciso III, da Lei 9.311/96 se concretiza no instante em que a Safra DTVM, disponibiliza recursos no Banco Safra aos beneficiários da relação jurídica existente entre a Safra DTVM e seus Clientes, e o Banco Safra S/A liquida as obrigações e compromissos dos Clientes sem que os valores sejam depositados na conta corrente desses.

Para esclarecer o alcance do dispositivo, a SRF divulgou o Ato Declaratório SRF nº 033, de 17 de maio de 2.000. (...).

O Ato Declaratório SRF nº 033, de 17 de maio de 2.000, cuida exatamente da operação sob análise e sua redação é clara ao dispor:

- 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, do mesmo titular ou não, constitui infração ao disposto no inciso

III do art. 2º da Lei nº 9.311, de 1996, quando não houver cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF;

O Banco Safra S/A, instituição financeira, utilizou-se de valores, disponibilizados através de débito na conta corrente com alíquota zero da Safra DTVM, que não foram creditados na conta de depósito do respectivo titular, para realização dos pagamentos de obrigações e compromissos do mesmo, Cliente da DTVM.

Em resumo, a Safra DTVM entrega recursos aos seus Clientes através do Banco Safra S/A, e este paga as obrigações dos Clientes diretamente sem trânsito pela conta corrente destes. Nessas liquidações o Banco Safra S/A., deixou de reter e recolher a CPMF.

É importante esclarecer que na operação analisada, existem duas relações obrigacionais: uma relação entre a Safra DTVM e seu Cliente, e outra relação obrigacional 'devedor/credor' entre o Cliente e seus fornecedores

A relação obrigacional objeto deste termo de verificação fiscal e a existente entre a Safra DTVM e o Cliente.

Através de um exemplo, demonstra-se claramente que a operação realizada amolda-se perfeitamente ao dispositivo analisado:

Exemplo: A empresa Cliente da DTVM deve pagar a seu fornecedor uma duplicata, cujos recursos estão com a DTVM e a cobrança está sendo efetuada através do Banco do Brasil. A operação se realiza da seguinte forma:

Como os recursos para efetuar o pagamento estão com a Safra DTVM, na data do vencimento o Banco Safra S/A é autorizado pela mesma a efetuar um débito em sua conta corrente com alíquota zero;

Assim, os recursos ficam disponíveis no Banco Safra S/A, para serem entregues a quem de direito. Não há dívidas que pertencem ao Cliente da DTVM

A liquidação da obrigação não se realiza diretamente dos recursos ao seu titular, mas sim através do pagamento do fornecedor do Cliente da DTVM. Portanto, os recursos não são depositados na conta corrente do Cliente da DTVM. Nesse instante ocorre o fato gerador previsto no inciso III, cujo contribuinte da CPMF é o Cliente da DTVM e o responsável pela retenção e recolhimento é o Banco Safra S/A;

Prosseguindo, o Banco Safra S/A, pelos mecanismos de compensação bancária, remete os recursos ao Banco do Brasil, para que sejam entregues a quem de direito, no caso o fornecedor do Cliente da DTVM.

Se o fornecedor do Cliente da DTVM determinasse ao Banco do Brasil que efetuasse um pagamento com esses recursos, (pagar

seu fornecedor, por exemplo), ocorreria um novo fato gerador previsto no inciso III, sendo o fornecedor do Cliente da DTVM o contribuinte da CPMF e o responsável pela retenção e recolhimento o Banco do Brasil.

Quando o Banco Safra S/A entrega os recursos retirados da conta da DTVM aos Clientes (beneficiários), sem creditá-los em suas respectivas contas correntes, utilizando-os para liquidação de suas obrigações e compromissos, deveria reter e recolher a CPMF incidente, conforme determina o artigo 2º, inciso III, da Lei nº 9.311/96.

Nos termos do inciso III, do parágrafo 2º da Lei 9311/96, a Safra DTVM é o 'terceiro', o Cliente é o 'beneficiário' e o Banco Safra S/A é a 'instituição financeira' que liquida a obrigação e, nos exatos termos da Lei, o faz sem creditar os valores na conta corrente do beneficiário.

03 – Cientificado do lançamento em 15/09/2006, o sujeito passivo apresentou impugnação em 17/10/2006, fls. 1.866/1.899, alegando, em síntese, que:

1. Trata o presente feito de auto de infração (...), decorrente da liquidação de pagamentos que, no equivocado entender da fiscalização, foram efetuados por conta e ordem de terceiros e como tal deveriam ter sido antes depositados em contas correntes de outros supostos beneficiários, que não aqueles para os quais os recursos foram creditados, pretendendo, com isso, ensejar nova cobrança da (...) (CPMF).

2. Como se demonstrará, porém, não se trata de pagamentos efetuados por conta e ordem de terceiros e, portanto, inaplicável a tipificação pretendida pela fiscalização. Em verdade, foram meras liquidações de pagamentos efetuados, levados a efeito pela Impugnante dada sua natureza e atividade. Ou seja, a Impugnante está inserida no mercado financeiro e neste exerce atividade bancária na condição de banco múltiplo, o que a habilita a, dentre outras coisas, receber pagamentos do público em geral, dando em contrapartida a necessária quitação bancária a estes pagamentos.

4. As movimentações financeiras que se cogita decorrem de direitos e obrigações contraídos através de contrato firmado entre a empresa (...) (Safra DTVM) e seus clientes. Esta empresa, por sua vez, pertence ao mesmo conglomerado financeiro e é controlada diretamente pela Impugnante, foi objeto de lançamento pelo mesmo agente fiscal, tendo sido lavrado auto de infração em 30/08/2006, no montante de R\$ 67.246.296,66 (...) referente à cobrança de CPMF, por entender a fiscalização que as operações realizadas entre a Safra DTVM e seus clientes não poderiam ter sido cursadas pela conta corrente sujeita à alíquota de zero por cento da CPMF. O referido auto de infração encontra-se impugnado pelas razões de fato e de direito que nele se contêm, sendo certo que há verdadeira

duplicidade nas exigências formalizadas nesta e naquela ação fiscal, conforme restará esclarecido adiante.

6. Uma vez formalizado o contrato, a prestação dos serviços de assessoria ocorria em três etapas, da seguinte maneira e na seguinte ordem:

1ª Etapa) mediante débito em conta corrente de depósito de sua titularidade ou emissão de cheque próprio (portanto duas hipóteses que se submetiam à incidência de CPMF), o cliente colocava à disposição da impugnante recursos que seriam utilizados para o gerenciamento (e não a liquidação financeira), em seu nome, de pagamentos de compromissos e obrigações por ele (cliente) assumidos junto aos seus fornecedores em geral; ato contínuo também informava de forma individualizada os montantes e os vencimentos nos quais estes compromissos e obrigações deveriam ser liquidados;

2ª Etapa) estes recursos colocados à disposição pelo cliente eram, então, administrados pela Safra DTVM até a véspera dos vencimentos destes compromissos e obrigações dos clientes junto aos seus fornecedores;

3ª Etapa) no dia do vencimento, a Safra DTVM indicava os respectivos pagamentos a serem feitos, em nome do cliente, aos seus efetivos beneficiários (fornecedores do cliente), sendo estes compromissos e obrigações liquidados perante a rede bancária.

...

8. Ou seja, a Safra DTVM atuava como mandatária do cliente. Este mandato era conferido através do parágrafo único da cláusula primeira do contrato firmado. Neste sentido, dispõe o art. 653 do Novo Código Civil Brasileiro (cuja redação não difere da do artigo 1.288 do código anterior, já revogado):

Art. 653 – Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

9. No caso em apreço, o cliente (mandante), constituiu a Safra DTVM como sendo sua mandatária, para que gerisse suas carteiras de ativos (recursos) e de passivos (obrigações e compromissos) para, quando do vencimento, através de contratação de um ou mais bancos comerciais, efetivasse a liquidação destes compromissos.

10. Aqui cabe um primeiro destaque sobre a suposta exigência de CPMF, decorrente dos pagamentos efetuados através das movimentações financeiras envolvendo os clientes, Safra DTVM, a Impugnante os fornecedores e a forma como esta relação-se operava (através de mandato).

11. O cliente poderia perfeitamente pagar direto a seus fornecedores, nos respectivos vencimentos de suas obrigações e compromissos. Se assim o quisesse, poderia fazê-lo das seguintes formas:

em dinheiro, mediante entrega da quantia devida em espécie, ou

através de débito em conta corrente de sua titularidade; ou

mediante cheque de sua emissão; ou

mediante cheque de terceiros endossados a favor dos beneficiários (no caso os fornecedores), uma vez que nos termos da legislação de regência um único endosso é admitido, conforme inteligência do art. 17, da Lei nº 9.311/96: (...)

12. Em todas estas hipóteses as obrigações junto aos fornecedores seriam satisfeitas e, nem por isto, em todas as hipóteses seriam devidas CPMF, quando das respectivas liquidações financeiras. Assim, caso o cliente lançasse mão das alternativas (i) ou (iv) acima – ambas perfeitamente legítimas e legais -, nenhum valor a título de CPMF seria devido.

13. Por outro lado, uma vez utilizadas as alternativas (ii) ou (iii), seria devida CPMF quando do débito na conta corrente do cliente, por restar configurado o fato gerador desta contribuição. Esta era justamente o caso das operações realizadas diante do contrato firmado entre a Safra DTVM e seus clientes. Ressalte-se que os recursos eram recebidos mediante débito em conta corrente de titularidade dos clientes ou cheques de sua própria emissão e, de novo, nestes dois casos havia incidência de CPMF, por estar presente seu fato gerador (débito em conta corrente de depósito de titularidade dos clientes). Vejamos.

14. Assim, tem-se duas situações: (1) o cliente paga diretamente ao fornecedor via débito em sua conta ou cheque de sua emissão havendo, em ambos os casos, a cobrança da CPMF; e (2) Safra DTVM, como mandatária do cliente, recebe este valor (seja via cheque de sua emissão, seja por débito em conta, sendo, em ambos os casos, cobrada a CPMF) e direciona o pagamento ao fornecedor, mediante liquidação na rede bancária.

15. Analisando-se linearmente a situação, o fornecedor acabará sempre recebendo do cliente, quer por ele próprio, quer por Safra DTVM agindo em nome dele (cliente).

16. Desta forma, conforme ficou demonstrado, sempre haverá a cobrança da CPMF quando da ocorrência do débito na conta corrente do cliente (ainda que em razão da compensação de cheque de sua emissão), quer para entrega dos recursos a Safra DTVM, quer para pagamento diretamente ao fornecedor.

17. Portanto, a primeira e única incidência de CPMF ocorreu quando a conta do cliente foi debitada, não se admitindo uma segunda incidência de CPMF (no caso a que foi alvejada pelo fisco no lançamento da Safra DTVM), e muito menos uma terceira (objeto do presente feito dirigido à Impugnante), posto que a mesma já foi retida quando foi debitada a conta do cliente.

18. Pois bem, pela mera inclusão de Safra DTVM entre o cliente e seu fornecedor, pretende o fisco exigir uma nova incidência desta contribuição, desconsiderando por completo o mandato existente, isto é, ignorando o fato de que Safra DTVM agiu como mandatária e, sendo assim, como se o próprio cliente fosse. Além do que, como acima demonstrado, esta incidência já correria quando do débito na conta corrente do cliente; não havendo, pois como exigi-la novamente sob pena de, ao arrepio da lei, estar-se tributando duas vezes ou quiçá três vezes, o mesmo fato, sem que houvesse a mudança de titularidade dos recursos (movimentação financeira), requisito necessário para a ocorrência do fato gerador da CPMF.

19. Assim, não tendo sido efetivada a retenção da CPMF, como desejado pela fiscalização, de um único fato jurídico ocorrido no mesmo momento, resultou em setembro de 2006 a autuação do Impugnante como responsável tributário, no montante total de R\$ 67.261.198,76, e a autuação da Safra DTVM em agosto de 2006, no montante total de R\$ 67.246.296,66, como contribuinte em caráter supletivo. Se alguma CPMF fosse devida, seria apenas e no máximo uma, dada a existência de tão-somente um único fato jurídico, o que se admitiria apenas para argumentar. Entretanto não é esta a hipótese em exame, não cabendo a exigência tributária em apreço, como no mérito resultará demonstrado, sem prejuízo da apreciação de tudo o até aqui alegado.

20. Primeiramente, cabe reiterar que, conforme já exposto anteriormente, Safra DTVM, nos termos do parágrafo único da cláusula primeira do contrato celebrado com o cliente, foi constituída por este como sua procuradora.

22. Para a definição do mandato também deve ser considerado que, de uma forma intrínseca ao contrato, está presente a figura da representação, ou seja, o mandatário atua no interesse e em nome do mandante.

28. No caso em questão, o cliente – mandante –, constituiu a Safra DTVM como sendo sua mandatária, para que administrasse sua carteira de obrigações e contratasse uma instituição financeira idônea (Impugnante) para promover a liquidação dos pagamentos.

29. Dessa forma, a movimentação realizada por Safra DTVM não poderia ensejar qualquer outro efeito jurídico que não aquele aplicável ao ato, se praticado diretamente pelo mandante (cliente). Neste sentido, não guarda respaldo jurídico a exigência pretendida na autuação lavrada. (...)

30. E pior, enveredou-se o Sr. Agente Fiscal por caminhos equivocados aplicando ao caso sob análise o inciso III, do artigo 2º, da Lei nº 9.311/96, como consta na página 5, do Termo de Verificação que acompanhou o auto de infração (...)

31. Ora, não há que se falar em pagamentos por conta e ordem de terceiros. Para que tal alegação pudesse ser pertinente, os recursos objeto das liquidações financeiras efetuadas pela Impugnante deveriam ser creditados na conta dos credores dos fornecedores (fornecedores esses que são os únicos beneficiários de tais recursos); o que não ocorreu!

32. Neste esforço infundado, continuou ainda a fiscalização na página 6 do mesmo Termo de Verificação:

Em resumo, a Safra DTVM entrega recursos aos seus Clientes através do Banco Safra S/A., e este paga as obrigações dos Clientes diretamente sem trânsito pela conta corrente destes. Nessas liquidações o Banco Safra S/A., deixou de reter e recolher a CPMF.

É importante esclarecer que na operação analisada, existem duas relações obrigacionais: uma relação entre a Safra DTVM e seu Cliente, e outra relação obrigacional 'devedor/credor' entre o Cliente e seus fornecedores.

A relação obrigacional objeto deste termo de verificação fiscal é a existente entre a Safra DTVM e o Cliente.

33. Não existem duas relações obrigacionais. Existe apenas uma entre o Cliente e seu fornecedor; sendo o primeiro representado por procuração por Safra DTVM, quando da liquidação de seus compromissos e obrigações. A relação Cliente-Safra DTVM é de mandado(sic), portanto não envolve as figuras do credor e do devedor.

35. A dificuldade de classificar a operação em questão como realizada 'por conta e ordem de terceiros' é tamanha que a Fiscalização chega a confundir-se, afirmando que a 'Safra DTVM entrega recursos aos seus Clientes', quando, em verdade, os recursos são entregues aos fornecedores dos clientes, únicos beneficiários dos recursos. (...)

36. Como já frisado, a Safra DTVM age segundo o mandado(sic) que lhe foi conferido, e a figura do mandato decorre de um contrato entre as partes, segundo o qual o mandante nomeia o mandatário para que este, representando-o, pratique atos em seu nome, com se ele fosse.

37. Assim, quando Safra DTVM determina a liquidação das obrigações e compromissos junto aos fornecedores mediante lançamentos efetuados pelo Impugnante, o faz em nome do seu cliente, ou seja, como se fosse o próprio cliente, dados os poderes que lhe foram outorgados conforme cláusula acima mencionada. Não há na relação a figura de um terceiro, como vê de forma equivocada a fiscalização.

38 Ainda no Termo de Verificação conclui incorretamente a fiscalização agora na página 7:

Nos termos do inciso III, do parágrafo 2º da Lei 9311/96, a Safra DTVM é o 'terceiro', o Cliente é o 'beneficiário' e o Banco Safra S/A é a 'instituição financeira' que liquida a obrigação e, nos exatos termos da Lei, o faz sem creditar os valores na conta corrente do beneficiário.

39. Se o acima pudesse ser corrigido, seria Safra DTVM é o 'mandatário', o Cliente é o 'mandante' e o Banco Safra S/A, é a 'instituição financeira' que liquida a obrigação, como o faria com qualquer outro pagamento, de qualquer pessoa que se dirija à sua rede de agências, para efetivar pagamentos em geral.

40. Como a figura do 'terceiro' não foi identificada pela Fiscalização, esta alega, no Termo de Verificação, que 'a liquidação da obrigação não se realiza diretamente com a entrega de recursos ao seu titular, mas sim através do pagamento do fornecedor do Cliente da DTVM' (p. 07). Ora, o fornecedor do cliente é justamente o titular, beneficiário, dos recursos.

42. Por este motivo, seria incoerente a devolução dos recursos antecipados à Safra DTVM para o Cliente, tal como pretende a Fiscalização, uma vez que os mesmos foram antecipados àquela justamente para posterior entrega aos efetivos e respectivos credores.

43. Em outras palavras, juridicamente, quer por ausência de determinação legal para devolução dos valores ao Cliente – uma vez que os mesmos foram, reitere-se, antecipados para posterior entrega aos respectivos credores – quer por expressa disposição contratual em sentido contrário, não estaria a Safra DTVM obrigada a retornar os recursos ao Cliente (caracterizado como 'beneficiário' pela autoridade fiscal).

44. Saliente-se que nos termos do contrato, nem precisaria ser o Banco Safra a instituição bancária responsável pela liquidação dos pagamentos. Safra DTVM tem plenos poderes para 'contratar um ou mais bancos comerciais'. A liquidação poderia ocorrer em qualquer outro banco A, B ou C, visto que o que determinaria tal indicação é a existência de conta corrente da Safra DTVM na instituição financeira. Pergunta-se: Caso isto tivesse ocorrido, como a fiscalização imputaria esta responsabilidade tributária a outro banco, fora do conglomerado financeiro? Seguramente este outro banco não faria a retenção (assim como a Impugnante não o fez, pois indevido é), uma vez que de fato teríamos uma empresa DTVM, de posse de uma autorização, dirigindo-se ao caixa de um banco, para efetivar um pagamento bancário rotineiro.

45. Com efeito, a instituição financeira, em casos como o ora debatido, age na qualidade de responsável pelo ambiente em que os pagamentos são efetuados, daí decorrendo a sua obrigação em liquidá-los. Não há, portanto, um ingresso dessa instituição financeira como 'parte' da transação, como pretende caracterizar a Fiscalização.

46. Assim, sob o argumento de que estaria praticando operação tipificada na Lei como ensejadora da incidência da CPMF, a autoridade fiscal 'maquiou' os fatos efetivamente ocorridos, de forma a enquadrá-los no disposto no texto legal. Para tanto, também confundiu as figuras integrantes da situação descrita no inciso III, do artigo 2º, da Lei nº 9.311/96, transpondo-as de modo a caracterizar, toda e qualquer operações que envolvam três pessoas, como pagamentos 'por conta e ordem de terceiros'.

47. O dispositivo legal invocado pela fiscalização (inciso III, do artigo 2º, da Lei nº 9.311/96), só teria aplicação caso existissem três partes na relação negocial, por exemplo 'Alfa' credor de 'Beta' e este credor de 'Omega'. Assim, 'Omega', quando do pagamento a 'Beta', o faria diretamente a 'Alfa', por conta e ordem de 'Beta'. Ou, nos termos da lei, o faria '...por conta e ordem de terceiros...'. E, ainda assim, caso o desejasse, 'Omega' poderia efetivar o pagamento a 'Beta' mediante a emissão de cheque; e 'Beta', por sua vez, poderia perfeitamente endossar este cheque em favor de 'Alfa'. Nesta circunstância, perfeitamente lícita nos termos da legislação em geral e em especial do art. 17, da Lei nº 9.311/96, haveria incidência de CPMF apenas uma vez, quando do débito na conta corrente de titularidade de 'Omega', decorrente da compensação do cheque emitido. Note, seriam liquidadas duas obrigações com apenas uma incidência.

48. Corroborando este entendimento, o Banco Central do Brasil divulgou a todas as instituições financeiras a Orientação Dinor nº 224, esclarecendo que a Circular Bacen nº 3.001/00 '...não proíbe que as instituições financeiras recebam dinheiro ou cheques endossados para pagamentos de títulos, carnês e outros tipos de contas ou faturas, observado que o endosso deve ser efetuado pelo devedor para pagamento diretamente na instituição.'. Ou seja, é o reconhecimento pela autoridade regulamentar competente que não ocorrem quaisquer irregularidades nos pagamentos efetuados junto aos bancos em geral, com cheques de terceiros, mediante endosso. Admitido o mais, com maior razão admiti-se (sic) o menos. Vale dizer, admitido o acima, feito de forma lícita e sem a incidência de CPMF, em função do endosso; com maior razão admiti-se (sic) o ocorrido, igualmente vinculado a atos lícitos e sem qualquer implicação tributária, no âmbito da CPMF.

49. No negócio levado a efeito no caso presente nem mesmo há essa relação triangular, mas apenas duas são as partes: credor e devedor, fornecedor e Cliente, sendo o segundo representado por Safra DTVM, mediante mandato.

48 (sic). Não obstante todas as razões até aqui expostas, que por si só avalizam a total improcedência da pretensão fiscal por falta de previsão legal para tanto, um último ponto merece destaque. Com efeito, vejamos o citado pela fiscalização na página 5, do Termo de Verificação:

[transcreve trecho tratando do Ato Declaratório SRF nº 033, de 2000]

49 (sic). *Primeiramente, cabe verificar que o Ato Declaratório SRF nº 33/00 trata de cobrança bancária – serviço de natureza diversa daquele praticado pela Impugnante –, em que os recursos cobrados pela instituição financeira não são creditados na conta do seu respectivo credor, mas são diretamente lançados a crédito dos credores desse credor, perfazendo justamente a relação triangular antes referida.*

50 (sic). *Não obstante, ainda que, ad argumentandum, houvesse alguma analogia à situação presente (...), o conteúdo deste Ato Declaratório é ilegal, pois contrário à lei.*

51 (sic). *Neste sentido foi ajuizada em 30/08/2006, pelo Ministério Público Federal (...), ação civil pública em defesa do patrimônio público (...), em face da União, com pedido liminar de antecipação de tutela para suspender os efeitos do Ato Declaratório da SRF nº 33, de maio de 2000; e com pedido final para que seja decretada a nulidade deste ato.*

52 (sic). *Nesta mesma ação civil pública, o douto Procurador da República menciona outro Ato Declaratório, o de nº 45, de 2000; reconhecendo, entretanto, neste caso sua procedência e legalidade ao dispor: 'O Ato Declaratório nº 45/2000 está correto e regula a cobrança de CPMF na forma do inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311/96. (...)*

54 (sic). *Não obstante o Impugnante ter a convicção absoluta da não existência do fato gerador da CPMF, ad argumentandum tantum, se viesse a ser atendido o ponto de vista da fiscalização, a imaginada obrigação tributária teria como alíquota incidente, zero por cento.*

53 (sic). *De fato, se a hipótese de incidência do tributo tivesse sido concretizada, a conclusão inarredável à qual chegaríamos, seria a da aplicação da alíquota zero (...).*

54 (sic). *Conforme os fatos relatados no intróito desta Impugnação, a conta corrente da qual foi retirado pelo Impugnante, o numerário necessário à liquidação dos créditos dos fornecedores dos clientes, tem como titular o cliente, representado por Safra DTVM, que é, como vimos seu mandatário. Tal conta corrente de depósito, nos termos da Lei nº 9.311/96, foi especialmente aberta para ser utilizada nas operações a que se refere o § 3º, do art. 8º da Lei retro referida.*

55 (sic). *Além do que, mesmo os pagamentos efetivados pela Impugnante sujeitar-se-iam (frise-se ad argumentandum) à incidência de CPMF à alíquota de zero por cento, nos termos da Lei nº 9.311/96, artigo 8º, inciso IV, (...).*

56 (sic). *E, de acordo com a Portaria MF nº 134/99:*

[transcreve o art. 3º, VII, da Portaria MF nº 134, de 1999]

57 (sic). Assim, tanto numa, como na outra, mesmo que devida fosse a contribuição em comento, dado que seu fato gerador estaria vinculado a prestação de serviços de pagamentos e recebimentos diversos praticado por banco múltiplo, como é o caso da Impugnante, a alíquota seria de zero por cento.

58 (sic). Na remota hipótese de os argumentos acima aduzidos não serem acatados (...), cumpre ressaltar que a autuação em questão, em conjunto com aquela formalizada no bojo do Processo Administrativo nº 16327.001285/2006-57, correspondem a uma dupla exigência fiscal sobre o mesmo fato gerador da CPMF, tendo sido (i) a Safrá DTVM autuada em caráter supletivo (como contribuinte – sujeito passivo direto), em razão da não retenção da CPMF pela ora Impugnante, e (ii) o Impugnante autuado justamente por esta alegação, mas como responsável tributário (sujeito passivo indireto).

59 (sic). De fato, como restou demonstrado na presente Impugnação e naquela apresentada no Processo Administrativo nº 16327.001285/2006-57, houve uma única circulação de moeda (fato gerador) em toda a operação (lançamento a débito na conta da Safrá DTVM para pagamento aos fornecedores do cliente, em seu nome). Tanto é assim que há praticamente uma coincidência nos valores autuados.

60 (sic). Diante disso, impõe-se a necessidade de, ao menos, afastar uma das referidas exigências fiscais.

...

62 (sic). Finalmente, há uma questão de direito a ser enfrentada, fundamental para a correta quantificação do pretense crédito tributário, qual seja, a ilegalidade da incidência da famigerada Taxa SELIC (...)

63 (sic). É cediço hoje, que, quanto à matéria tributária, a Taxa SELIC é ilegal e inconstitucional (...)."

ementada: A DRJ em Campinas considerou procedente o lançamento em decisão assim

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

Período de apuração: 07/11/2001 a 03/12/2003

CPMF. Fato Gerador.

A CPMF tem como hipótese material as movimentações e transmissões financeiras, e não aos recursos envolvidos. O fato de um mesmo montante de recursos transitar sucessivamente por contas correntes bancárias não impede que, a cada movimentação tributada, ocorra um fato gerador específico e inconfundível.

Hipótese de Incidência. Pagamentos. Ausência de Lançamento a Crédito.

Está sujeito à incidência da CPMF, por determinação legal, o pagamento feito por instituições financeiras, em nome de seus correntistas, utilizando-se de recursos destes, quando tais recursos não tenham sido creditados em suas respectivas contas-correntes. Não feita a retenção da contribuição devida, a instituição financeira pagadora é responsável pelo tributo.

Lançamento Procedente

Irresignado com o *decisum* de Primeiro Grau, o contribuinte interpôs o presente Recurso Voluntário reiterando os termos de sua peça impugnatória.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Siade Manzan, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento e passo à sua análise.

Consoante relato supra, tratam os presentes autos de exigência de CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos de Natureza Financeira – sobre suposta liquidação/pagamento de créditos, pelo Recorrente, por conta e ordem de terceiros, sem o respectivo crédito em conta do beneficiário.

A fiscalização fundamentou a exigência no inciso III, do art. 2º, da Lei n.º 9.311/96.

À Recorrente foi atribuída responsabilidade pela retenção e recolhimento, nos termos do art. 5º, I, da declinada lei federal.

De início, antes de adentrar-se à análise dos dispositivos legais que fundamentaram a autuação, é importante definir com clareza quais operações foram realizadas pela Recorrente.

Compulsando-se os autos, verifica-se que as operações que dão suposto suporte à exigência decorrem da “Prestação de Serviços de Assessoria Financeira” pela Safra DTVM. Referidas operações ocorriam em três etapas, como bem colocou a Recorrente, a saber:

“a) Mediante débito em conta corrente de depósito de sua titularidade ou emissão de chequê próprio, o cliente colocava à disposição da Safra DTVM recursos que seriam utilizados para pagamentos de seus compromissos e obrigações assumidos juntos aos seus fornecedores em geral; ato contínuo também informava de forma individualizada os montantes e os vencimentos nos quais estes compromissos e obrigações deveriam ser liquidados;

b) Estes recursos eram então administrados pela Safra DTVM até a véspera dos vencimentos destes compromissos e obrigações dos clientes junto aos seus fornecedores e

c) No dia do vencimento, a Safra DTVM realizava os respectivos pagamentos, liquidando estes compromissos e obrigações junto à rede bancária”.

Ora, da descrição dos fatos nota-se com facilidade que o objeto do contrato é um só, qual seja, a gestão de recursos para realização de pagamentos. Tal fato resta comprovado pelo Contrato de Prestação de Serviços de Assessoria Financeira e Outras Avenças constante dos autos (cláusula primeira).

Não é difícil notar, por conseguinte, que a Safra DTVM atuava como mandatária do cliente, o que encontra respaldo no art. 653 do CCB, abaixo transcrito:

Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato

Nunca é demais lembrar que a lei tributária não pode alterar os institutos do direito privado, tal qual expressamente prevê o art. 110 do CTN, abaixo transcrito:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Graficamente o Recorrente bem demonstrou como a prestação de serviços de assessoria financeira efetivava-se:

i) O cliente celebra com a Safra DTVM o Contrato de Prestação de Serviço de Assessoria Financeira e Outras Avenças:

a) O objeto do instrumento particular é a prestação de serviços de assessoria financeira, por meio de gestão de recursos, mediante a contratação de uma instituição financeira;

b) O cliente nomeia e constitui a Safra DTVM como sua procuradora e

c) O cliente compromete-se a remeter à Safra DTVM, como adiantamento à execução do mandato, os recursos necessários à efetivação dos pagamentos aos fornecedores que se dava por meio da instituição financeira que seria então contratada

ii) O cliente, representado pela Safra DTVM, contratava o Recorrente para realização da gestão de pagamentos, com a conseqüente liquidação dos mesmos.

Não há dúvida, portanto, que trata-se de uma atividade típica da DTVM, que consiste na administração dos recursos de clientes e gerenciamento de pagamentos a seus credores.

Ressalte-se que quando ocorre o adiantamento dos recursos à mandatária, há incidência da CPMF. Não há como dizer que há irregularidades nas operações posteriores pelo simples fato de não incidir CPMF ou estar a operação sujeita à alíquota zero.

A Recorrente trouxe aos autos importante histórico de situações parecidas que já foram julgadas por este Segundo Conselho de Contribuintes. Vale frisar, porém, que nenhum caso até hoje julgado corresponde exatamente ao caso ora em exame.

No caso do Banco Itaú, Processo n.º 10768.024454/99-99, há uma única autuação contra o banco, que coletava valores de clientes, os depositava em contas sujeitas à alíquota zero e, ao final de determinado prazo, liquidava as obrigações destes mesmos clientes, sem que em nenhum momento houvesse a incidência de CPMF.

No caso do Banco Rural, embora não tenha havido dupla autuação, como no caso presente (da DTVM e de bancos comerciais a ela ligados), a autuação centrou-se somente na DTVM, sob o pretexto de tratar-se de um pretense "sistema organizado" entre as instituições do mesmo grupo, que visava a evasão fiscal. Também aqui, como no primeiro caso citado, em nenhum momento houve incidência de CPMF.

O caso do Citibank é ainda mais diverso, uma vez que houve três autuações – duas na DTVM e uma no banco, com capitulações e justificativas diferenciadas.

No caso vertente, há clara incidência de CPMF duas vezes sobre um mesmo fato econômico, isto é, o Fisco tenta cobrar a CPMF duas vezes sobre um mesmo fato gerador!

Ora, isso não só fere a lógica de qualquer cidadão dotado do mínimo de senso comum, como fere frontalmente o princípio geral do direito que veda o enriquecimento sem causa.

A DTVM foi autuada como contribuinte e o banco como responsável por um mesmo evento econômico já descrito pormenorizadamente no relatório. Cumpre salientar, ainda, que o processo da DTVM já foi julgado por este Segundo Conselho de Contribuintes e a exigência foi mantida.

Se esta decisão for confirmada pela Instância Superior, obviamente não há razão para manter a exigência consubstanciada nos presentes autos, onde o banco responde como responsável pela não retenção, sob pena de explícita cobrança em duplicidade.

Caso a decisão seja modificada, há menos razão ainda para que a presente exigência seja mantida, pois, na condição de responsável, a autuação perderia seu objeto.

De todos os precedentes até aqui apreciados por este Segundo Conselho de Contribuintes, embora com capitulações legais e motivações diferenciadas, o caso do Santander DTVM Ltda., Aresto n.º 203-12.493, Processo n.º 16327.001945/2003-57, não citado nem pelo Recorrente nem pela douta Primeira Instância de Julgamento, é o que mais se assemelha ao presente e pode trazer subsídio para a melhor compreensão deste.

Naquele caso, diferentemente do presente, houve autuação na DTVM, não como contribuinte, mas em caráter supletivo, com base no parágrafo 3º, do art. 5º, da Lei n.º 9.311/96.

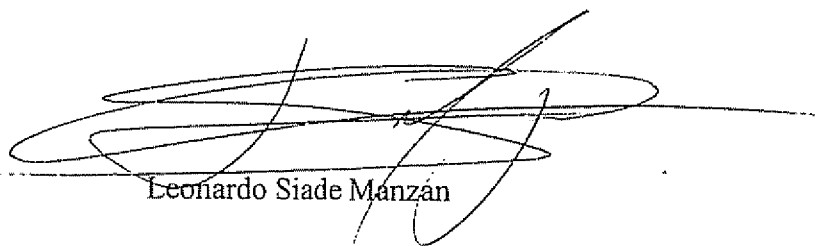
Todavia, a fiscalização entendeu que o banco teve papel apenas secundário na operação. A Colenda Terceira Câmara deste Conselho esposou entendimento diverso da fiscalização e da douta Primeira Instância para exonerar o crédito constituído contra a DTVM, entendendo que a responsabilidade caberia ao banco.

De qualquer forma, ainda que tal entendimento pudesse ser adotado por esta Câmara por outras razões e com vistas a uniformizar o entendimento sobre a matéria, isto se

tornaria impossível ante a impossibilidade jurídica de o Conselho, Órgão Julgador, inovar o lançamento, com capitulação diversa da constante do auto de infração.

Considerando os articulados precedentes e tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de dar provimento ao presente Recurso Voluntário, pelas razões acima expendidas.

É o meu voto.



Leonardo Siade Manzán