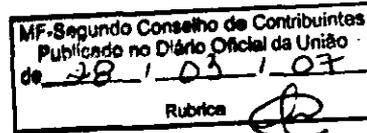




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 16327.001497/00-69
Recurso nº : 132.875
Acórdão nº : 204-01.939



Recorrente : BANCO FINANCIAL PORTUGUÊS F.C.G.C.
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

NORMAS PROCESSUAIS.

NULIDADE. A simples menção no corpo da decisão de dispositivo outro que o julgador entende também aplicável à espécie não constitui mudança de fundamentação legal a ensejar a nulidade da decisão por cerceamento do direito de defesa.

EVASÃO FISCAL. A adoção de instrumento formal expressamente vedado por lei para elidir a ocorrência do fato gerador autoriza a exigência do tributo que seria devido se a forma empregada fosse a obrigatória.

TAXA SELIC. CONSTITUCIONALIDADE. É vedado aos Conselheiros membros do Conselho de Contribuintes, por força do art. 22A do Regimento Interno da Casa, afastar a aplicação de dispositivo legal regularmente editado e em vigor, por inconstitucionalidade. A exigência da taxa Selic como juros de mora encontra-se expressamente prevista em lei.

CPMF. OPERAÇÕES DE ADIANTAMENTO SOBRE CONTRATO DE CÂMBIO. Adiantamentos sobre contrato de câmbio configuram concessão de crédito pelas instituições financeiras e se submetem, portanto, à disposição do art. 16, § 1º da Lei 9.311/96.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BANCO FINANCIAL PORTUGUÊS F.C.G.C.

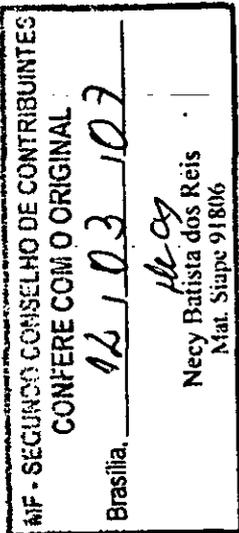
ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Flávio de Sá Munhoz, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Leonardo Siade Manzan e Mauro Wasilewski (Suplente). Fez sustentação oral pela Recorrente, a Dr. Ana Paula Schincariol Lui.

Sala das Sessões, em 07 de novembro de 2006.

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Julio César Alves Ramos
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire e Nayra Bastos Manatta.





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.001497/00-69
Recurso nº : 132.875
Acórdão nº : 204-01.939

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 12 / 03 / 04 Necy Necy Báuista dos Reis Mat. Siape 91806

2ª CC-MF Fl. _____

Recorrente : BANCO FINANCIAL PORTUGUÊS F.C.G.C

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário contra decisão da DRJ em São Paulo-SP que julgou procedente auto de infração lavrado referente a falta de recolhimento de CPMF.

A infração apontada decorreu de procedimento adotado pela autuada relativamente a operações de adiantamentos sobre contratos de câmbio. Nelas, o banco autuado emitiu cheques administrativos em favor do exportador, os quais foram por este endossados em favor de terceiros, que utilizaram os recursos concedidos. No entender do autuante, tal operação, proibida pelo parágrafo 1º do art. 16 da Lei nº 9.311/96, implicou a falta de recolhimento da CPMF que teria incidido caso a instituição financeira desse cumprimento àquela norma, creditando a conta-corrente da beneficiária do ACC ou emitindo cheque cruzado e intransferível a favor dela. Com base nessa premissa, entendeu devida a contribuição, enquadrando a situação no artigo acima citado, combinado com o art. 2º, inciso I do mesmo diploma legal.

Toda a defesa e a decisão de primeira instância administrativa, após discutir a natureza do ACC como operação de crédito, presumem que a disposição do art. 16 tem por objetivo obrigar a ocorrência do fato gerador da contribuição no momento em que o beneficiário desta operação fizer uso dos recursos.

A partir dessa premissa, a questão que se coloca é se a não ocorrência do fato gerador descrito no inciso I do art. 2º em virtude da prática adotada pela empresa enseja a exigência da contribuição. O autuante entendeu que sim, a empresa defende que não e a DRJ, além de concordar com o autuante, acrescentou que o inciso III do mesmo art. 2º também daria guarida à autuação. Expressamente, defendeu o i. relator:

“ 46. Assim, toda a questão do enquadramento legal das diversas situações em que se manifesta a *movimentação financeira*, nos diferentes incisos do art. 2º, da Lei 9.311/96, no meu entender, perde rigor e precisão e ganha relatividade. Isto porque, subjazendo a todos eles, está o fato central, a movimentação financeira, fato este que, comprovado, deve prevalecer para assegurar a ocorrência do fato gerador da CPMF, em caso de eventual concorrência ou concurso de dois ou mais incisos na sua tipificação, afastando-se, dessa forma, capciosas argumentações sobre sua incorrência por dificuldade de seu enquadramento nos citados incisos.

47. Em decorrência do exposto, entendo que dois fundamentos, separadamente, seriam legitimamente aceitáveis como aptos a oferecer a base legal para a presente autuação: i) a tipificação dada nos presentes autos, de falta de recolhimento de CPMF pela não realização do fato gerador obrigatório, o lançamento a débito, consoante previsto no parágrafo 1º, art. 16, da Lei 9.311/96, c/c o art. 2º, inciso I, da mesma lei; ou ii) a tipificação contida no artigo 2º, inciso III, da Lei 9.311/96 – *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*, consoante indicado no Ato Declaratório AD SRF 33/2000, e já aplicada em outros lançamentos objeto de julgamento favorável por esta 8ª Turma”.

2



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.001497/00-69
Recurso nº : 132.875
Acórdão nº : 204-01.939

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>12 103 107</u> <i>Necy</i> Necy Batista dos Reis Mat. SIAPE 91806

2º CC-MF Fl. _____

No excerto acima, destaquei em **negrito** as partes mais relevantes do voto, que foi seguido à unanimidade pelos integrantes daquela Turma de Julgamento e que determinou a integral procedência da exigência fiscal.

Com ela inconformada, a empresa, representada por escritório de advocacia, apresenta o recurso ora em exame no qual contesta preliminarmente a decisão, que requer seja anulada, em virtude de:

- 1) ter inovado o lançamento original pela indicação de novo enquadramento legal, o inciso III do art. 2º da Lei 9.311/96; e
- 2) não ter fundamentado a aplicação desse novo enquadramento ao caso concreto.

No mérito, reiterou suas argumentações tendentes a demonstrar que as operações de adiantamentos sobre contratos de câmbio não são sequer operações de crédito, muito menos de mútuo, não se submetendo, pois, aos ditames do art. 16 acima indicado. Em seguida, no sentido de que, mesmo que assim o fossem, o seu descumprimento não determina a ocorrência de nenhum fato gerador, não se podendo exigir a contribuição sem hipótese de incidência, legalmente definida, que a ampare. Caso os argumentos acima, que determinariam a improcedência da autuação, não sejam acolhidos, pugna pela exclusão dos juros de mora calculados sobre a taxa Selic pelos conhecidos argumentos quanto a sua inconstitucionalidade e ilegalidade.

É o relatório.

Necy
3



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.001497/00-69
Recurso nº : 132.875
Acórdão nº : 204-01.939

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	12 / 03 / 07
Necy Batista dos Reis Mat. SIAPE 91806	

2º CC-MF
Fl.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS

O recurso é tempestivo e está acompanhado da prova do necessário arrolamento de bens, por isso dele tomo conhecimento.

Primeiramente cumpre repelir a solicitação de nulidade da decisão em virtude de inovação no fundamento legal. Caso esta de fato se tivesse operado, seria de acolher o pleito. Ocorre que tal não se deu. A leitura do excerto do voto condutor da decisão combatida transcrito no relatório deste deixa claro que aquela decisão não substituiu o enquadramento legal adotado por outro. Não; o que fez foi dizer que haveria um segundo enquadramento possível e que por qualquer que fosse o adotado seria procedente o lançamento.

Em consequência, não vislumbro agravamento da exigência via decisão de primeira instância que autorizasse, nos termos do art. 59 do Decreto 70.235/72, a declaração da nulidade da decisão por cerceamento de defesa. Ao contrário, a decisão enfrentou todas as razões de defesa alegadas pelo contribuinte e fundamentou perfeitamente as suas conclusões, à exceção dos motivos para que o inciso III também pudesse ser adotado. Neste ponto, concordo com os argumentos do autuado, mas não tendo sido este o fundamento para a decisão, não vejo nele qualquer prejuízo à defesa. O que importa é discutir o que foi adotado, e não o que poderia ter sido caso não fosse adotado o que foi.

Afasto, por isso, o argumento quanto à nulidade da decisão proferida e passo ao exame do mérito da autuação.

É necessário começar pela rediscussão da natureza jurídica dos adiantamentos sobre contratos de câmbio, primeiro item da impugnação do contribuinte e aqui repisado. Nesse ponto, em nada discordamos das muito bem lançadas considerações da decisão recorrida, que peço vênias para adotar como se minhas fossem.

Como se sabe, o Adiantamento sobre Contrato de Câmbio é uma operação que pode ser contratada por exportador que disponha de um contrato de exportação que fixe o direito ao recebimento, em data futura, de certa quantidade de moeda estrangeira. É praticada no momento em que o exportador contrata com uma instituição o câmbio daquelas divisas, para data futura. Por meio dele, o exportador recebe antecipadamente o valor, em moeda nacional, correspondente às divisas a que terá direito no futuro, descontado a uma dada taxa. Assume, em contrapartida, a obrigação de entregar, em data futura, à instituição financeira, os documentos que a habilitem a receber no exterior a quantia pactuada. Caso não cumpra esse compromisso, fica obrigado a pagar o valor adiantado em moeda nacional.

Trata-se, portanto, de modalidade de financiamento às exportações nacionais a taxas normalmente inferiores às praticadas no mercado interno. Confira-se a informação do endereço da Secretaria de Assuntos Internacionais do próprio Ministério da Fazenda (www.sain.fazenda.gov.br) na rede mundial de computadores:

Adiantamento sobre Contrato de Câmbio (ACC) e Adiantamento sobre Contrato de Exportação (ou sobre Cambiais Entregues) (ACE)

Os Adiantamentos sobre Contrato de Câmbio (ACCs) e Adiantamentos sobre Contratos de Exportação (ou sobre Cambiais Entregues) (ACEs) são as modalidades de

4



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.001497/00-69
Recurso nº : 132.875
Acórdão nº : 204-01.939

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>12, 03, 03</u> <i>Necy</i> Necy Batista dos Reis Mat. Sinape 91806
--

2º CC-MF
Fl.

financiamento a exportações mais difundidas no mercado, respondendo historicamente por mais da metade do volume de câmbio contratado. Entre 1994 e 1996, cerca de 90% do total do câmbio de exportação foi contratado por intermédio de ACC/ACE (87,6% em 1994, 89,1% em 1995 e 87,4% em 1996), participação que reduziu-se a cerca de 60% entre 1997 e 1998 (61,0% em 1997 e 57,6% em 1998), 50% entre 1999 e 2000 (49,4% em 1999 e 49,8% em 2000) e 41,3% em 2001. Em ambas as modalidades, o exportador recebe antecipação, parcial ou total, em moeda nacional do valor equivalente à quantia em moeda estrangeira comprada a termo pelo banco, descontada a uma taxa de juros internacional à qual é somado spread que embute o risco da operação. Essa antecipação de recursos representa importante incentivo à exportação, na medida em que dá meios ao exportador para custear o processo de industrialização e de comercialização a taxas inferiores às do mercado doméstico. A Circular BACEN 2.632/95, que regula a modalidade, determina que o fim precípua do mecanismo é o apoio financeiro à exportação.

Apesar de serem modalidades idênticas quanto à forma de operação, os ACCs compreendem as operações pré-embarque (adiantamento até 180 dias antes do embarque, podendo ser estendido a 360 dias, para liquidação do câmbio), ao passo em que os ACEs englobam as operações pós-embarque (até 60 dias após o embarque, podendo o prazo ser estendido até 180 dias). Com isto, os ACCs destinam-se ao financiamento da produção, enquanto os ACEs destinam-se quase que exclusivamente à geração de capital de giro. Uma operação conjugada de ACC e de ACE obtém prazo de até 540 dias para liquidação.

De financiamento, portanto, está-se a tratar. Espécie, sem qualquer dúvida, do gênero crédito, que a norma questionada alcança.

Sobre ele, é possível ainda coletar na rede mundial de computadores, em site do governo de São Paulo (<http://www.exporta.sp.gov.br>), as seguintes esclarecedoras passagens:

O principal propósito do financiamento às exportações é tornar o produto brasileiro mais competitivo no mercado internacional. Se sua empresa tem um produto de boa qualidade, semelhante aos melhores do mundo, mas você não consegue ser competitivo, uma das razões pode estar no financiamento. Muitas vezes, a decisão de compra de um bem ou serviço, pode ser determinada pelas condições de pagamento. O financiamento à exportação pode ser concedido na fase de produção da mercadoria, é o chamado crédito pré-embarque ou após o embarque da mercadoria, chamado pós-embarque. Quanto ao beneficiário do crédito (tomador), a exportação, financiada com recursos de agentes financeiros, pode ser classificada em: Suppliers Credit (Crédito ao Fornecedor) ou Buyers Credit (Crédito ao Comprador). O financiamento Suppliers Credit, na prática, é um refinanciamento, pois o vendedor, utilizando o crédito que recebe, financia o comprador. O Buyers Credit é um financiamento, onde o crédito é fornecido diretamente ao importador. Ao vender sua mercadoria, o exportador fica aguardando o pagamento, ao longo do prazo pactuado ou, então, pode receber à vista do agente financiador e este se torna credor do importador. São consideradas exportações financiadas aquelas com prazos de pagamento superiores a 180 dias. O prazo de pagamento da exportação de bens compreende, na maioria das vezes, o espaço de tempo entre a data de embarque da mercadoria e a data de vencimento da última parcela do pagamento. Nas exportações financiadas, os exportadores e os agentes financeiros devem obter, da parte dos importadores, garantias que assegurem a entrada no país do valor em moeda estrangeira da exportação e dos encargos incidentes no financiamento. Toda exportação financiada

Necy 5



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.001497/00-69
Recurso nº : 132.875
Acórdão nº : 204-01.939

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 16, 03, 07
Necy Batista dos Reis
Mat. SIAPE 91806

2ª CC-MF
Fl.

acarreta cobrança de juros. Usualmente os juros são cobrados com base na taxa Libor (taxa interbancária de Londres). A amortização da exportação financiada se dá pelo pagamento do principal e dos juros em parcelas iguais e consecutivas, sempre com a mesma periodicidade. A carência (vencimento da primeira parcela), geralmente, é limitada a 180 dias a partir da data de embarque do produto.

Existem vários tipos de financiamento, tanto pré-embarque quanto pós-embarque. Abaixo estão os mais utilizados:

Adiantamento sobre Contrato de Câmbio – ACC

O ACC é um adiantamento feito por uma instituição financeira ao exportador antes da exportação (pré-embarque). O exportador se compromete a entregar a esta instituição, após o embarque da mercadoria, as respectivas divisas. Numa analogia com o mercado interno, o ACC pode ser comparado a um desconto de pedido de venda em carteira. O baixo custo de captação representa um diferencial dos adiantamentos e um dos principais fatores de estímulo à busca desses mecanismos pelo exportador. Outra vantagem é que a alíquota de IOF é reduzida a zero.

O uso recorrente da expressão “crédito” no excerto e a referência à incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou Relativa a títulos ou Valores Mobiliários deveriam ser suficientes. Porém, tais referências não são feitas gratuitamente. É que o conceito de crédito, seja nos nossos renomados dicionaristas, seja na ciência econômica, seja ainda no direito privado, não permite excluir a figura do adiantamento de que é exemplo o ACC.

Assim, Aurélio¹ o define:

Cessão de mercadoria, serviço ou importância em dinheiro, para pagamento futuro.

Na mesma linha, Sandroni²

Transação comercial em que um comprador recebe imediatamente um bem ou serviço adquirido, mas só fará o pagamento depois de algum tempo determinado. Essa transação pode também envolver apenas dinheiro. O crédito inclui duas noções fundamentais: confiança, expressa na promessa de pagamento, e tempo entre a aquisição e a liquidação da dívida...

De plácido e Silva³ não destoa:

Direito que um agente tem de exigir de outrem contraprestação pelo adiantamento de recursos.

Em todas as definições indicadas, fato reconhecido pela própria recorrente, duas são as condições exigidas para tal configuração: a entrega antecipada de recursos (a mediação de um lapso de tempo) e a exigência de uma contraprestação futura. A primeira não se discute. Quanto à pretensão da recorrente, tão repetida em sua impugnação, de que os ACC não requerem contraprestação por parte do tomador dos adiantamentos, afigura-se-me absurda porque contraditória em seus próprios termos. E é simples: como ela mesma reconhece, se nenhuma contraprestação fosse exigida, a operação se transformaria numa mera doação de

¹ HOLLANDA, Aurélio Buarque de. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. 2ª ed. Rio de Janeiro, 1986.

² SANDRONI, Paulo. Dicionário de Economia do Século XXI. Rio de Janeiro: Record, 2005.

³ DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. 27ª ed. São Paulo: Forense, 2006

6



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.001497/00-69
Recurso nº : 132.875
Acórdão nº : 204-01.939

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 12, 03, 07
Necy
Necy Batista dos Reis
Mat. Siape 91806

2º CC-MF
Fl.

recursos. E nem ao mais desavisado utópico ocorreu de imaginá-la possível partindo de instituição financeira...

A contraprestação necessária para configurar o adiantamento como uma operação de crédito está exatamente na entrega, pelo exportador, da documentação comprobatória da exportação, que habilita o agente financeiro a receber diretamente do comprador no exterior, ou do agente bancário por este autorizado, o valor das divisas compradas a termo do exportador. Não é demais lembrar que caso essa entrega não ocorra dentro do prazo acertado, o exportador torna-se responsável pelo pagamento, em moeda nacional, do valor adiantado.

Nesse sentido, confira-se informação contida no site oficial da agência de promoção de exportações - APEX (<http://www.exportnews.com.br/INFTEC>):

ACC - Adiantamento sobre Contratos de Câmbio, é concedido às empresas na fase pré embarque, isto é, desde a contratação do câmbio até a entrada dos documentos representativos da exportação. A liquidação do ACC ocorre por ocasião da entrega dos documentos, quando estes representam imediata entrega de divisas, através da L/C, cheques, espécie, etc. Caso contrário, o ACC é transformado em ACE.

Pelo mesmo motivo, não procede a alegação da empresa de que a liquidação do ACC ocorreria no mesmo momento de sua contratação. Se assim fosse, não seria adiantamento. Sendo modalidade de financiamento pré-embarque, como já assentado, caracteriza-se pelo fato de o exportador não dispor ainda neste primeiro momento das divisas objeto da operação de compra e venda. Repita-se que se trata de uma compra a termo: somente quando efetivada a exportação nasce para o exportador o direito ao recebimento das cambiais e é esse o objeto da contrapartida futura requerida. A propósito, os contratos juntados nos autos demonstram claramente isso, pois neles consta expressamente a data futura em que o exportador deve entregar tais documentos.

Por isso, improcede também a alegação de inexistência de crédito tributário na operação em virtude de a alíquota da contribuição na liquidação do ACC ter sido reduzida a zero pela Portaria MF 134/99. É exatamente ao recebimento das divisas internacionais que essa portaria se refere. O que se discute nos autos não é essa liquidação, mas a transferência original, isto é, a entrega da moeda nacional ao tomador do crédito.

Está certa a empresa ao advogar a diferença entre o ACC e uma operação de mútuo. Duas são as diferenças. A primeira, o fato de se aplicar apenas à figura do exportador nacional, que possua uma promessa de recebimento de cambiais em alguma data futura, objeto do contrato de câmbio. E que, por decorrer de recursos tomados no exterior pela instituição financeira, está normalmente submetida a taxas de juros bem menores do que as sempre escorchantes taxas praticadas nas operações internas.

Releva destacar que se vem usando a expressão promessa de recebimento de divisas, pois já é vetusto o entendimento de que a operação de exportação somente se materializa no momento em que a mercadoria é efetivamente embarcada para o exterior. Este, aliás, o momento em que deve o exportador reconhecer contabilmente a sua receita, pois é aí que nasce o seu direito.

Caso obtenha do importador no exterior algum valor por conta da operação contratada, deve reconhecê-la como adiantamento, no passivo, portanto, e não como receita,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n^o : 16327.001497/00-69
Recurso n^o : 132.875
Acórdão n^o : 204-01.939

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>16, 03, 07</u> <i>Necy</i> Necy Batista dos Reis Mat. Siage 91806

2^o CC-MF
Fl.

pois, até aí, o que ele tem é uma obrigação de entregar a coisa ou restituir o dinheiro recebido. Tudo ocorreria exatamente como no ACC, apenas tendo como credor o próprio importador no exterior e não a instituição financeira.

Repita-se, por fim, que a celebração do adiantamento sobre o contrato de câmbio é uma segunda operação, que não se mistura com a compra e venda da moeda estrangeira em si, objeto do contrato de câmbio. Se as divisas são entregues no mesmo momento da celebração do contrato, trata-se de compra à vista. Se é acertada para uma data futura (como só ocorrer na imensa maioria dos casos) trata-se de compra a termo. Mesmo neste último caso, não há obrigatoriedade de se contratar qualquer adiantamento.

Disto, aliás, fazem prova os próprios contratos juntados aos autos. Em diversas ocasiões, ainda que conste a data futura em que se fará a entrega dos documentos, nenhum adiantamento é contratado.

Portanto, dúvida não tenho de que as operações denominadas adiantamentos de contratos de câmbio nada mais são do que operações de crédito que se lastreiam numa operação de comércio exterior contratada por uma empresa nacional. Submetem-se, assim, às determinações da Lei n^o 9.311/96, em especial do § 1^o do seu art. 16 cuja transcrição se impõe:

Art. 16. *As aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável e a liquidação das operações de mútuo serão efetivadas somente por meio de lançamento a débito em conta corrente de depósito do titular da aplicação ou do mutuário, ou por cheque de sua emissão.*

§ 1^o *Os valores de resgate, liquidação, cessão ou repactuação das aplicações financeiras, de que trata o caput deste artigo, bem como os valores referentes a concessão de créditos, deverão ser pagos exclusivamente ao beneficiário mediante cheque cruzado, intransferível, ou creditados em sua conta corrente de depósito.*

§ 2^o *O disposto neste artigo não se aplica às contas de depósito de poupança, cujos titulares sejam pessoas físicas, bem como às contas de depósitos judiciais e de depósitos em consignação em pagamento de que tratam os parágrafos do art. 890 da Lei n^o 5.869, de 11 de janeiro de 1973, introduzidos pelo art. 1^o da Lei n^o 8.951, de 13 de dezembro de 1994.*

§ 3^o *O Ministro de Estado da Fazenda poderá dispensar da obrigatoriedade prevista neste artigo a concessão ou a liquidação de determinadas espécies de operações de mútuo, tendo em vista os respectivos efeitos sociais.*

De imediato, deve ser repellido o argumento da empresa no sentido de que as disposições acima apliquem-se exclusivamente a operações de mútuo, a que, certamente, não se equiparam os ACC. O parágrafo acima em negrito regula a entrega de recursos, por instituições financeiras a seus clientes, em operações que não tenham anteriormente sofrido o gravame da contribuição e visam, indubitavelmente, a torná-la exigível do tomador do crédito. Daí porque a expressão usada no parágrafo é "concessão de crédito" – gênero – e não simplesmente operações de mútuo – espécie.

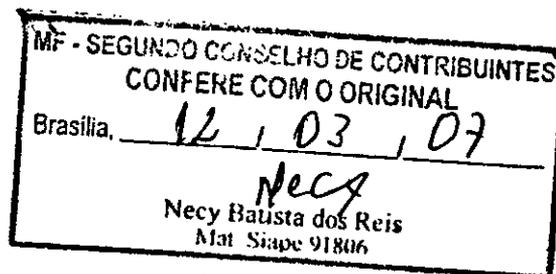
Por último, vale realçar que não se está a examinar o parágrafo isoladamente do *caput*. Ao contrário, observa-se que aquele serve ou a complementar a cabeça do artigo ou a prever as exclusões ao que ela enuncia, a teor do que prescreve o art. 10, inciso III, alínea c da Lei Complementar n^o 95/98, expedida exatamente para disciplinar a elaboração, a redação, a

[Assinatura] 8



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.001497/00-69
Recurso nº : 132.875
Acórdão nº : 204-01.939



2ª CC-MF
Fl. _____

alteração e a consolidação das leis. No presente caso, o § 1º está a complementar o enunciado do *caput*, estendendo a regra neste aplicável apenas à devolução ou pagamento dos mútuos, igualmente ao momento da concessão do crédito.

E tal preocupação do legislador com a regulação dessa entrega se justifica por dois motivos óbvios. O primeiro, de natureza econômica, é o reconhecimento de que nessas operações, quando se trate de banco autorizado a captar depósitos à vista (bancos comerciais), se está criando moeda por meio do conhecido processo de multiplicação dos meios de pagamento. O segundo, que mostra que a lei possui uma coerência interna, é a desoneração promovida das instituições financeiras nas operações características de seus objetivos sociais, emanda do seu art. 8º e regulamentado pela mesma Portaria 134/99 já antes mencionada.

O que se está a dizer é que, sendo o ACC uma operação típica de instituição financeira, e não provindo os recursos de qualquer conta em que se pudesse promover a cobrança da contribuição, deve ela incidir na saída dos recursos da mão do tomador do crédito, o que se garante tornando obrigatório que, antes, os recursos lhe tenham sido entregues mediante crédito em conta corrente ou por meio de cheque cruzado e intransferível.

A intenção do legislador em fazer obrigatória a contribuição tendo como sujeito passivo o tomador do crédito avulta da duplicidade de obrigação: o cheque tem de ser cruzado, impedindo que ele o saque "na boca" do caixa, e intransferível, de modo que não possa ser usado diretamente para pagamento de obrigações pelo tomador. A primeira obrigação garante a incidência da contribuição; a segunda, a definição precisa do seu sujeito passivo.

Vale, por isso mesmo, um comentário, ainda que pareça repetitivo. O que distingue o tipo de operação que se tributou é a impossibilidade de cobrar a contribuição de qualquer outro sujeito passivo. Veja-se que em operações de pagamento utilizando cheques de emissão de clientes bancários essa dificuldade inexistente. Com efeito, sempre o recurso estará saindo de alguma conta, o que por si só já assegura a exigibilidade, pelo menos uma vez, da contribuição.

Por isso é que a mesma Lei nº 9.311/96 manteve a possibilidade de que tais cheques sejam transferidos mediante endosso, ainda que restringindo-a a apenas um. Mesmo que haja um endosso, quando for o cheque apresentado à instituição sacada haverá um débito em conta – do emitente original – que é fato gerador da contribuição e para o qual não há previsão de alíquota zero ou isenção.

Em vista do art. 8º da mesma lei, é totalmente diversa a situação quando se trate do chamado cheque administrativo, aquele que é emitido pela própria instituição sacada. A expressão cheque administrativo não se encontra na lei Uniforme dos Cheques (Decreto 23.721, de 27/3/1934). Ali apenas se faz referência à possibilidade de que o cheque tenha como emissor a mesma instituição sacada, desde que o saque se dê em outra agência. Em princípio, duas são as situações que o justificam: a aquisição por alguém para pagamento a terceiros, normalmente por exigência deste, ou o pagamento de obrigações pela própria instituição financeira em estabelecimento diverso.

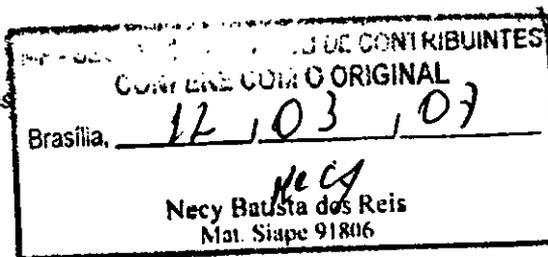
A situação descrita nos autos enquadra-se na segunda hipótese. A primeira é objeto do inciso III do art. 2º da Lei nº 9.311. Vejamos.

9



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.001497/00-69
Recurso nº : 132.875
Acórdão nº : 204-01.939



Ao firmar com o seu cliente o contrato de adiantamento, a instituição financeira com ele assume uma obrigação, a de lhe entregar imediatamente determinada soma em reais. Entendemos que nada impede que o faça mediante a adoção do chamado cheque administrativo, desde que os recursos devam ser liberados em estabelecimento diverso daquele em que a obrigação foi assumida.

Entretanto, nada justifica, senão a intenção deliberada de fugir ao pagamento da contribuição, que tal cheque não tenha os caracteres exigidos pelo multicitado parágrafo 1º, isto é, que seja cruzado e intransferível. E, vale a repetição, as duas condições teriam de ser observadas.

Isso leva à inexorável conclusão de que a contribuição é devida sempre que se cumpram as determinações daquele artigo e, pois, ocorra o fato gerador definido no inciso I do art. 2º daquela lei. Não é o mesmo que dizer, todavia, que se aquele fato gerador não ocorrer, ainda assim a contribuição seja devida sob aquele fundamento.

Com efeito, embora acompanhe, até com elogios, as considerações expendidas pelo i. relator do acórdão guerreado, não posso compartilhar as conclusões que destaquei no excerto transcrito no relatório deste voto. Primeiro, que haja qualquer concurso ou concorrência entre os dispositivos definidores do fato gerador da contribuição no art. 2º da Lei 9.311. Seria o mesmo que dizer que a lei contém redundâncias ou palavras vazias, o que repugna à melhor doutrina.

Segundo, e mais grave, que a indicação errada de um deles possa ser suprida pela convicção que tenha o julgador de que um outro também ampara a exigência. Seria isso o mesmo que reconhecer que, ainda que esteja errado o enquadramento adotado num auto de infração, desde que a exação seja verdadeiramente devida, pode-se mantê-lo com base em outro enquadramento, adotável, mas não adotado.

A decisão de primeira instância trouxe em seu auxílio enunciação do Ato Declaratório SRF 33/2000. Observa-se, contudo, que aquele ato apenas define situações passíveis de enquadramento no inciso III, do art. 2º, e determina a exigência da contribuição correspondente por meio de auto de infração. Não autoriza, como não poderia, reenquadrar a infração.

De fato, a própria decisão de primeira instância admite que o procedimento adotado pela empresa teve o efeito de evitar a ocorrência do fato gerador definido no inciso I. Para que ele surgisse, os recursos disponibilizados pelo banco teriam que ter transitado pela conta corrente do beneficiário, de modo que na sua posterior saída, com lançamentos a débito nesta conta, se promovesse a retenção da contribuição.

Caracterizado, como restou, ser o ACC uma operação de crédito, a desobediência ao § 1º do art. 16 configura-se ilícita. O que torna a situação sob exame não usual é o fato de que por meio de um procedimento contrário à lei, portanto ilícito, tenha efetivamente conseguido a empresa evitar o surgimento do fato gerador.

Por isso, como anotado no início do voto, o que cumpre aqui é definir se o enquadramento constante no auto pode ser invocado como garantidor da exigência que se discute.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.001497/00-69
Recurso nº : 132.875
Acórdão nº : 204-01.939

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 12 / 03 / 01 Necy Batista dos Reis Mat. Sinpe 91806

2º CC-MF Fl. _____

Vale nesse ponto, breve digressão. É que a doutrina, na busca de distinguir entre elisão e evasão fiscais, definindo a primeira como a prática válida, tem-na submetido à exigência de licitude do ato praticado antes do nascimento da obrigação tributária. Duas condições, portanto, licitude + anterioridade ao fato gerador.

No presente caso, todavia, está-se diante de um ato ilícito, praticado antes do fato gerador. Logo, apenas uma das condições não se cumpre. Forçoso é reconhecer que tal hipótese não costuma se dar. E isto porque, na imensa maioria dos casos, a hipótese de incidência coincide com o próprio ato negocial objetivado pelo contribuinte. Assim, a venda nos casos de PIS e COFINS, a saída de produto industrializado do estabelecimento que o fabricou – para o IPI - etc. Somente não praticando tal ato negocial se pode licitamente pleitear a não ocorrência do fato gerador. Qualquer prática que o procure revestir de uma roupagem não condizente com os fatos poderá ser tratada como dissimulatória e impugnada para efeitos fiscais.

Quase sempre a legislação comete ao contribuinte ou a terceiro a prática de algum procedimento tendente a exteriorizar a existência daquele negócio e de todos os detalhes de interesse à materialidade da exação. Assim, por exemplo, a emissão de nota fiscal nas vendas e nas saídas, ato que é, no entanto, concomitante à própria hipótese de incidência e destina-se a facilitar o conhecimento pela autoridade fazendária daquela ocorrência.

Aqui, porém, o procedimento exigido pelo art. 16 é condição para a ocorrência do fato gerador definido no inciso I do art. 2º, de modo que, ao não praticá-lo, aquele realmente não aconteceu. Por isso, a exigência da contribuição com base naquele artigo somente se pode efetuar se se desconsiderar o ato praticado pelas partes, ou seja, a emissão do cheque endossável que permitiu a transferência dos valores em trânsito por qualquer conta corrente.

Foi o que fez o autuante, valendo-se, embora sem expressa referência, do comando do art. 104 do Código Civil, que, como se sabe, submete a validade do ato jurídico à obediência a três requisitos:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

No caso sob exame, deixou-se de atentar ao terceiro destes requisitos: a forma. Com efeito, a lei vedou a utilização do instrumento formal utilizado para materializar a transferência dos recursos. É forma defesa em lei, e como tal, oponível quanto à validade e eficácia do negócio praticado.

Vale esclarecer que não se está a dizer que, para efeitos estritamente privados, seja inválido ou ineficaz o negócio praticado. Assim é, porém, para efeitos fiscais.

E ao assim entender, é bom frisar, não se está aqui a se socorrer da duvidosa doutrina do “propósito negocial”, que se pretende remédio geral anti-elisivo. E isto porque com ela tampouco concordamos.

Ocorre que tal doutrina visa a “cassar” os efeitos de qualquer ato jurídico, ainda que perfeito sob a ótica do Direito Privado, desde que nele não se anteveja a busca do objetivo

11



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.001497/00-69
Recurso nº : 132.875
Acórdão nº : 204-01.939

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 16 10 5 07	2º CC-MF Fl. _____
Necy Necy Batista dos Reis Mat. Siape 91806	

negocial da entidade. Postula-se, com isso, que foi efetuado tão-somente para evitar o pagamento de tributo e se o impugna fiscalmente.

O caso em exame difere, porém. E é exatamente no fato de que o ato praticado não se pode reputar de perfeito. Deveras, ao utilizar-se de forma defesa em lei com o claro intuito de fugir à tributação, configurou-se o denominado abuso de forma ou abuso de direito. Como já se disse, o uso de cheque endossável, como norma, não é vedado. Quando se trata, porém, do fornecimento dos recursos de uma operação de crédito, o é, viciando com isso o ato praticado.

Destarte, pelo fato de o instrumento utilizado na operação não ser admitido em lei, não se pode conceituar a prática intentada como elisiva. Neste ponto, aliás, talvez resida a única unanimidade entre os diversos doutrinadores que se dedicaram ao tema.

Com essas considerações, entendo que a atitude da empresa não pode ser utilizada como inibidora da hipótese de incidência, resultando daí inteiramente válido o enquadramento adotado pela autoridade fiscal, até porque outro não havia.

Com respeito à não incidência da taxa Selic como juros de mora, argumento acrescido, entendo, "por dever de ofício", já não há mais porque alongar-se. É que tal exigência encontra fundamento de validade em norma legal regulamente editada e em vigor, expressamente mencionada na autuação, e falece competência aos julgadores administrativos para negar-lhe eficácia por considerações quanto a sua constitucionalidade. Nada muda se tal consideração vier disfarçada sob o eufemismo de ilegalidade ou de mera inaplicação ao caso concreto.

No âmbito do Conselho de Contribuintes, e já desde o ano de 2002, trata-se de norma regimental: art. 22A introduzido no Regimento Interno dos Conselhos pela Portaria Ministerial MF nº 103. O que se busca no julgamento administrativo é verificar a subsunção do lançamento tributário ao ordenamento positivo no momento de sua confecção. A "ilegitimidade" do ato exator há de ser buscada no Poder competente, que é o Judiciário. Ou seja, ainda que este julgador administrativo a considerasse inconstitucional ou nela visse algum conflito com a norma do CTN, não poderia afastar a sua aplicação até que o Judiciário assim se pronunciasse. Não obstante, e mesmo que apenas *en passant*, deixo registrada a minha convicção de que não há, de fato, qualquer incompatibilidade ou inconstitucionalidade.

Com efeito, a norma do CTN expressamente abre brecha à fixação de outro percentual, desde que a sua fixação se dê por lei. Não há no nosso ordenamento exigência de que o seu cálculo seja feito por lei nem muito menos que a taxa seja constante. Pelo mesmo motivo, não vejo qualquer delegação de competência. A Lei deve dizer qual é a taxa aplicada. Disse-o.

Quanto à suposta caracterização de limite máximo dos juros, atribuída ao art. 161 do CTN, não passa de interpretação de alguns doutrinadores, não encontrando respaldo expresso em qualquer norma legal. Como já se disse, o CTN fala apenas que a lei pode fixar outra taxa; outra pode ser qualquer uma, tanto maior como menor.

Sobre a "incompatibilidade por conflito hierárquico", peço vênias ao Dr. Henrique Pinheiro Torres para transcrever considerações suas em voto que versava sobre a suposta inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91 por conflito com o CTN e que se aplica aqui perfeitamente:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n^o : 16327.001497/00-69
Recurso n^o : 132.875
Acórdão n^o : 204-01.939

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 12, 03, 107 Necy Batista dos Reis Adv. Sade 91806

2^a CC-MF
Fl.

Primeiramente, é preciso ter presente, no confronto entre leis complementares e leis ordinárias, qual a matéria a que se está examinando. Lei complementar é aquela que, dispondo sobre matéria, expressa ou implicitamente, prevista na redação constitucional, está submetida ao quórum qualificado pela maioria absoluta nas duas Casas do Congresso Nacional.

Não raros são argumentos de que as leis complementares desfrutam de supremacia hierárquica relativamente às leis ordinárias, quer pela posição que ocupam na lista do artigo 59, CF/88, situando-se logo após as Emendas à Constituição, quer pelo regime de aprovação mais severo a que se reporta o artigo 69 da Carta Magna. Nada mais falso, pois não existe hierarquia alguma entre lei complementar e lei ordinária, o que há são âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas, como ensina Michel Temer⁴:

'Hierarquia, para o Direito, é a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade numa norma superior.

(...)

Não há hierarquia alguma entre lei complementar e lei ordinária. O que há são âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas.'

Em resumo, não é o fato de a lei complementar estar sujeita a um rito legislativo mais rígido que lhe dará a precedência sobre uma lei ordinária, mas sim a matéria nela contida, constitucionalmente reservada àquele ente legislativo.

Em segundo lugar, convém não perder de vista a seguinte disposição constitucional: o legislador complementar apenas está autorizado a laborar em termos de normas gerais. Nesse mister, e somente enquanto estiver tratando de normas gerais, o produto legislado terá a hierarquia de lei complementar. Nada impede, e os exemplos são inúmeros neste sentido, que o legislador complementar, por economia legislativa, saia desta moldura e desça ao detalhe, estabelecendo também normas específicas. Neste momento, o legislador, que atuava no altiplano da lei complementar e, portanto, ocupava-se de normas gerais, desceu ao nível do legislador ordinário e o produto disso resultante terá apenas força de lei ordinária, dado que a Constituição Federal apenas lhe deu competência para produzir lei complementar enquanto adstrito às normas gerais.

Acerca desta questão, veja-se excerto do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal:

'A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional n^o 1/69 - e a constituição atual não alterou esse sistema - se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.' (STF, Pleno, ADC 1-DF, Rei. Min. Moreira Alves)

Por fim, sempre é bom lembrar que os juros visam a compensar o credor pelos custos advindos da mora por parte do devedor. Ora, a Taxa Selic nada mais é do que o piso remuneratório das obrigações da Dívida Pública Federal. Sendo assim, é antes de tudo uma

⁴ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 1993, p. 140 e 142.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.001497/00-69
Recurso nº : 132.875
Acórdão nº : 204-01.939

2ª - SEG. CON. DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 12, 03, 07
Necy
Necy Batista dos Reis
Mat. Sinape 91806

2ª CC-MF
Fl.

questão de Justiça, com base na Isonomia, que a União receba de seus devedores pelo menos aquilo que paga aos seus credores, no mais das vezes, aliás, as mesmas pessoas...

Com essas considerações, voto por negar provimento ao recurso interposto.

É como voto.

Sala das Sessões, em 07 de novembro de 2006.


JULIO CÉSAR ALVES RAMOS