



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo n° 16327.001558/2004-00
Recurso n° 139.205 Voluntário
Matéria CPMF; DECADÊNCIA
Acórdão n° 204-03.242
Sessão de 03 de junho de 2008
Recorrente BANCO ITAÚ S/A
Recorrida DRJ em Campinas/SP

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

Data do fato gerador: 29/10/1999, 08/11/1999

CPMF. DECADÊNCIA. ART. 150, § 4º, CTN. ART. 45, LEI N.º 8.212/91. NÃO APLICAÇÃO.

O prazo decadencial para a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF é o estabelecido no art. 150, § 4º, do CTN, não se aplicando o art. 45 da Lei n.º 8.212/91 por ser inconstitucional. Precedentes do Pleno do Egrégio STF que vinculam o julgador administrativo, conforme art. 1º do Decreto n.º 2.346/97.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da QUARTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Nayra Bastos Manatta e Henrique Pinheiro Torres.


HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Presidente


LEONARDO SIADÉ MANZAN
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rodrigo Bernardes de Carvalho, Ali Zraik Júnior, Sílvia de Brito Oliveira e Renata Auxiliadora Marchetti (Suplente).

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. 43/47, que constituiu o crédito tributário total de R\$ 4.474.819,01, somados o principal, multa de ofício e juros de mora calculados até 29/10/2004.

02 – No Termo de Constatação de Irregularidade Fiscal nº 01 de fls.26/32, a autoridade autuante contextualiza da seguinte forma o uma parte do lançamento:

Durante os trabalhos de fiscalização que estamos desenvolvendo junto à INTRAG PART. ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA (...), verificamos que este contribuinte, no ano-calendário de 1999, através dos contratos denominados 'INSTRUMENTO DE CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO DE COTAS/AÇÕES', abaixo relacionados, instituiu o usufruto, a título oneroso, das seguintes cotas de capital e de ações de sua propriedade:

Contrato firmado em 29/10/1999, tendo com usufrutuário o BANCO ITAÚ S/A e por objeto 210.381 cotas de emissão de CORCON PART. ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. com vigência a partir daquela data, até 29/10/2000 (doc. fls. 06/7);

Contrato firmado em 29/10/1999, tendo como usufrutuário o BANCO ITAÚ S/A e por objeto 210.381 ações nominativas ordinárias, de emissão da CIA. ITAÚ DE CAPITALIZAÇÃO, com vigência a partir daquela data, até 29/10/2000 (doc. fls. 08/09);

Contrato firmado em 08/11/1999, tendo como usufrutuário o BANCO ITAÚ S/A e por objeto 147.264.518 ações nominativas ordinárias de emissão de ITAÚ CAPITALIZAÇÃO S/A, com vigência a partir daquela data, até 08/11/2000 (doc. fls. 10/11);

Considerando que os usufrutos foram cedidos a título oneroso, o contribuinte, INTRAG PART. ADM. E PART. LTDA, recebeu, nas datas das assinaturas dos mencionados contratos, o montante de R\$ 226.372.000,00, sendo R\$ 1.223,51 em moeda corrente nacional, e R\$ 226.370.776,49 representados por títulos de renda fixa/variável (LBC e LFT, nas seguintes datas e valores:

...

Por outro lado, de acordo com os documentos contábeis apresentados a esta fiscalização, verificamos que o contribuinte utilizou o seguinte esquema contábil, para registro dessas operações, por ocasião da contratação do usufruto e recebimento dos recursos representados por títulos de aplicações financeiras:

Conta		Valor: R\$	
Número	Identificação	Débito	Crédito
113310.1001001	LFT - Custo Corrigido	226.370.776,49	
111010.4001045	Bco. Itaú S/A	1.223,51	
210004.1340009	(-) JCP - Itaúcap		186.410.000,00
210008.4340009	(-) JCP - Cia. Itaú Cap		39.070.000,00
210006.3340009	(-) JCP - Corcon		892.000,00

Assim, os valores recebidos em decorrência da cessão de usufruto, representados por títulos de aplicação financeira foram apropriados diretamente, a débito da conta de aplicações financeiras (LFT - CUSTO CORRIGIDO) e a crédito da conta retificadora do Ativo na qual os investimentos, objeto de usufruto, estavam contabilizados, sem qualquer movimentação financeira em conta corrente bancária, e conseqüentemente, sem o pagamento da respectiva CPMF.

De outra parte, em cumprimento à nossa intimação fiscal de nº 039, lavrada em 30/03/2004 (doc. fls. 12), no sentido de comprovar a liquidação financeira da operação, o Banco Itaú S/A apresentou, a esta fiscalização, extratos emitidos pelo Banco Central do Brasil - junto ao SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (doc. fls. 13/23), quando se constata:

1. que a natureza da operação de transferência da titularidade dos referidos títulos de renda fixa está identificada pelo código 1052 que, de acordo com o Manual de Normas e Instruções - Capítulo Selic - significa 'Compra/Venda de títulos oriunda de liquidação do leilão informal (operação definitiva)'; e

2. que os mencionados títulos, custodiados no Banco Central do Brasil, foram, nas respectivas datas, transferidas da conta 'Custódia Própria' para a conta 'Clientes 1', na qual são registradas as operações realizadas pelo Banco Itaú S/A com seus respectivos clientes, no presente caso, INTRAG PART. ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.

Sendo assim, apesar da operação ter sido registrada como 'compra/venda de títulos, bem como os títulos terem sido transferidos junto à Selic (BCB) da conta 'Custódia Própria' para a conta 'Clientes 1' fica amplamente evidenciado que a transferência dos valores foi realizada sem nenhuma movimentação financeira, a débito ou a crédito, mesmo que escrituralmente, junto a qualquer conta corrente bancária de titularidade da INTRAG (...).

...

(...) o parágrafo único do art. 1º, e o inciso I do artigo 2º [da Lei nº 9.311, de 1996] (...) determinam que o lançamento a débito, por instituições financeiras, nas contas correntes junto a elas mantidas (de depósito, poupança, etc.), que represente circulação escritural ou física da moeda e de que resulte ou não transferência da titularidade dos mesmos valores caracteriza uma das hipóteses de ocorrência do fato gerador da CPMF (...)

...

Com relação às aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável, o artigo 16 da mesma Lei nº 9.311, de 1996, determina que:

[segue a transcrição do artigo citado]

Em outras palavras, qualquer aplicação financeira, obrigatoriamente, deverá transitar em conta corrente de depósito do titular da aplicação financeira: quando da aplicação – por meio de lançamento a débito em conta corrente do titular da aplicação ou por cheque de sua emissão – e quando do resgate ou liquidação – por meio de crédito na conta corrente de depósito ou por cheque cruzado intransferível. Qualquer outro modo de aplicação ou liquidação dessas operações contrariará o comando do art. 16 da Lei nº 9.311, de 1996.

Nestes termos (...), ao se efetuar uma aplicação financeira ocorrerá, necessariamente, o fato gerador da CPMF, previsto no inciso I do art. 2º da Lei nº 9.311, de 1996 (...).

Por conseqüência, no caso de recebimento de valores por intermédio de títulos de renda fixa ou variável, a transferência de titularidade junto ao (...) (Selic) do Banco Central do Brasil, ou a qualquer instituição financeira custodiante, mesmo que escritural, deverá ser realizada por meio dos pertinentes lançamentos contábeis em conta corrente de depósito, tendo em vista a obrigatoriedade de movimentação das aplicações financeiras por meio de débito e crédito em conta corrente, ocorrendo, portanto, o fato gerador da CPMF no momento dos lançamentos a débito, conforme já exposto anteriormente.

Do exposto nos itens precedentes, ressalta claro que não obstante a determinação legal no sentido da ocorrência do fato gerador da CPMF, quando das aplicações em títulos de renda fixa/variável, tendo em vista que as mesmas devem ser feitas somente através de cheque de emissão do aplicador, ou através de débito em conta corrente bancária, mesmo que escritural, sem movimentação física de moeda, o contribuinte, INTRAG (...), deixou de recolher a respectiva CPMF devida sobre as aplicações financeiras discriminadas (...).

(...) pelo artigo 121 do CTN autoriza, outro indivíduo, que não tenha relação pessoal e direta com o fato gerador, possa ser posto na condição de responsável, desde que isso se dê por lei expressa. (...).

Nesse sentido, a Lei 9.311, de 24/10/1996, em seu artigo 5º, parágrafo 1º, atribuiu a responsabilidade pela retenção e recolhimento da CPMF às instituições financeiras que efetuarem os lançamentos, as liquidações ou os pagamentos de que tratam os incisos I, II e III do artigo 2º, no presente caso o Banco Itaú S/A, instituição que realizou os lançamentos de transferência de titularidade dos títulos junto ao Banco Central do Brasil.

Restou, assim, demonstrado que o crédito tributário decorrente do presente procedimento deverá ser exigido do responsável, BANCO ITAÚ S/A.



03 – No Termo de Constatação de Irregularidade Fiscal nº 02 de fls. 33/42, a autoridade autuante contextualiza da seguinte forma a outra parte do lançamento:

(...) verificamos que, no ano-calendário de 1999, através dos contratos denominados 'Instrumento de Constituição de Usufruto de Cotas/Ações', abaixo relacionados, o contribuinte, acima identificado, adquiriu o usufruto das seguintes cotas de capital e ações de propriedade de INTRAG PART. ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.:

[seguem-se referência aos mesmos três contratos citados no primeiro Termo, transcrito acima]

Considerando que os usufrutos foram cedidos a título oneroso, o contribuinte efetuou os respectivos pagamentos à INTRAG (...), no montante de R\$ 226.372.000,00, sendo R\$ 1.223,51 em moeda corrente nacional, e R\$ 226.370.776,49 representados por títulos de renda fixa/variável (LBC e LFT), nas seguintes datas e valores:

...

Relativamente às operações acima, o contribuinte, em 20 de outubro de 2004, foi regularmente intimado a:

Comprovar que a operação (aquisição de usufruto a título oneroso) consta, de forma explícita, de seu objeto social junto ao respectivo estatuto, bem como, está expressamente relacionada na Portaria MF 134/99;

Não constando a operação tanto no objeto social como na referida Portaria, comprovar, documentalmente, a esta fiscalização o recolhimento da (...) CPMF, devida nas mencionadas operações.

Em resposta à mencionada intimação, o contribuinte (...) declarou a esta fiscalização o seguinte (doc. fls. 25):

a) nos pagamentos das operações mencionadas no Termo Fiscal, mediante entrega de títulos, não houve circulação física ou escritural de moeda que pudesse ensejar incidência de CPMF;

b) como não ocorreu o fato gerador da CPMF, não há que se cogitar de incidência à alíquota zero; não cabe, portanto, ao contribuinte verificar o enquadramento das operações referidas no aludido Termo nas hipóteses previstas na Portaria nº 134/99.

c) é inapropriada a inclusão de operações dessa natureza no objeto social do intimado.

Pela resposta acima, percebe-se que o contribuinte esclareceu a esta fiscalização, única e exclusivamente, a inclusão da operação junto ao objeto social da instituição financeira, quanto à inclusão da operação na Portaria MF 134/99, ampara-se em alegações relativas à circulação de moeda e da ocorrência ou não do fato gerador, questões essas não levantadas pela fiscalização.

04 – Após citar e transcrever os artigos 1º, 2º e 8º, IV e § 3º, da Lei nº 9.311, de 1996; o art. 3º da Portaria MF nº 134, de 11/06/1999; e o art. 111 do Código Tributário Nacional, a fiscalização prossegue:

Diante disso, considerando o § 3º do artigo 8º da Lei 9.311/96, bem como a Portaria 134/99, que dispõem sobre a exclusão de crédito tributário, face à aplicação de alíquota zero, os referidos dispositivos deverão ser interpretados literalmente, ou seja, somente quando as operações constarem, explicitamente, do objeto social das instituições financeiras, bem como, estiverem expressamente relacionadas nos item I a XXX da portaria acima, ou seja, operações próprias de instituições financeiras, a alíquota da CPMF fica reduzida a zero. Sobre quaisquer outras operações, entre elas aquisição de ativos e pagamento de despesas, que não estiver explicitamente relacionada, quer no objeto social, bem como na portaria ministerial, incide a CPMF à alíquota de 0,38%.

...

(...) no caso em exame, o contribuinte adquiriu um ativo (direitos de usufruto) e efetuou o respectivo pagamento mediante alienação, venda, ou cessão de titularidade de títulos de renda fixa/variável diretamente na instituição custodiante, tendo conseqüentemente, havido circulação escritural de moeda e a transmissão de titularidade desses títulos.

Assim, pelo fato de terem sido efetuados lançamentos na instituição custodiante da transferência de titularidade desses títulos, bem como, lançamentos contábeis junto à escrituração das partes, existe, como de fato existiu uma circulação escritural de moeda, pois, tanto o alienante como o adquirente, com concordância, atribuíram à transferência da titularidade dos títulos junto ao custodiante, o mesmo poder liberatório de moeda, tendo ocorrido o fato gerador da CPMF.

...

De qualquer maneira, o artigo 16 da Lei 9.311/96, dá curso forçado às aplicações financeiras, determinando que as mesmas somente poderão ser efetivadas por meio de lançamento a débito em conta corrente de depósito do titular da aplicação ou do mutuário, ou por cheque de sua emissão. Nesta operação (...), a contraparte da operação, INTRAG (...), ao receber, em pagamento de uma alienação, títulos de renda fixa/variável, realizou uma aplicação financeira. Portanto, também neste sentido, a operação, da maneira que foi realizada, é irregular.

Convém ressaltar que o fato supostamente gerador do tributo deve ser enfrentado independentemente da forma jurídica escolhida pelas partes contratantes (...). Dessa maneira é permitido ao fisco desconsiderar a roupagem dada pelas partes com o fim de esconder a verdadeira essência do fato ocorrido (art. 116, inciso I do CTN).

Essas considerações prestam-se a indicar justamente a necessidade de investigar em profundidade a materialidade dos fatos, e não apenas aspectos formais ou exteriores. (...)

Em matéria de exigência tributária, duas situações são equivalentes, não a depender do aspecto formal ou da aparência, mas sim da

semelhança de seu conteúdo. A operação realizada significa, na aparência, somente uma simples venda de valores mobiliários e, como tal, embora ocorrendo o fato gerador (transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira), a alíquota da CPMF estaria reduzida a zero, mas, na realidade, trata-se não só de uma alienação de valores mobiliários, como também uma aquisição de um ativo (direito de usufruto) a qual, não estando elencada no art. 3º da Portaria 134/99, está sujeita à alíquota de 0,38%.

Assim, não há como contestar a ocorrência do fato gerador da CPMF na operação relativamente ao pagamento de aquisição de ativos por meio de cessão de titularidade de títulos de renda fixa/variável.

Diante do acima relatado, considerando que o contribuinte declarou, expressamente, que a operação (aquisição de usufruto a título oneroso) não está incluída em seu objeto social, bem como, ao se interpretar literalmente a Portaria 134/99, esta operação não está ali relacionada, bem como, levando-se em conta de tudo quanto foi exposto, ressalta claro como ilícito fiscal a não inclusão na base de cálculo da CPMF dos valores representados por moeda corrente nacional e títulos de renda fixa/variável e relativos ao pagamento pela aquisição de usufruto oneroso de cotas/ações.

05 – Cientificado do lançamento em 12/11/2004, o sujeito passivo apresentou impugnação em 10/12/2004, fls. 50/61, alegando, em síntese, que:

1. nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, ocorreu a decadência do direito de constituição do crédito tributário pela Fazenda Nacional, uma vez que o lançamento cientificado em 12/11/2004 refere-se a fatos geradores ocorridos em 29/10/1999 e 08/11/1999;

2. o artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.311, de 1996, delimitou a amplitude do termo movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. Assim sendo, somente serão consideradas fato gerador da CPMF as movimentações ou transmissões de valores e de créditos e direitos de natureza financeira que representem circulação escritural ou física de moeda, e desde que praticadas perante uma instituição financeira ou demais entidades referidas no artigo 2º. Portanto, não restam dúvidas de que, onde não houver movimentação ou transmissão de valores praticada pelas entidades previstas no artigo 2º e moeda circulando, escritural ou fisicamente, não há fato gerador. O parágrafo único, portanto, delimita o conceito de movimentação, e a definição de fato gerador é dada pelo art. 2º. Obviamente, nada que escape dos limites postos no artigo 1º, parágrafo único, poderá ser enxertado pelo aplicador da lei no texto do artigo 2º. Não haverá incidência da CPMF nos casos de cessões de bens de natureza financeira com intermediação de instituição financeira, por não haver circulação, nem escritural nem física, de moeda;

3. no que tange ao Termo de Constatação nº 1, após transcrever o art. 16, § 1º, da Lei nº 9.311, de 1996, diz a defesa:

A questão central quanto à amplitude do artigo 16 é se todas as operações de resgate, liquidação, cessão ou repactuação das aplicações financeiras, ainda que não representem circulação de moeda ou não sofram intervenção de uma instituição financeira, devem ser feitas por meio de débito ou crédito em conta corrente ou mediante cheque cruzado, intransferível, de modo a impor a incidência da CPMF. (...) para as operações que (a) não sejam praticadas perante instituição e/ou (b) não representem circulação escritural ou física de moeda, a Lei nº 9.311/96, mais precisamente o artigo 16, não se aplica. Cabe, ainda, registrar que, embora o artigo 1º, parágrafo único, fale em operações de circulação de moeda, tanto física como escritural, os fatos geradores descritos nos itens do artigo 2º contemplam, predominantemente, situações de circulação escritural. É, tipicamente, o caso do item I do artigo 2º. Por isso é que o citado artigo 16 obriga que certas circulações transitem pela conta corrente (ou seja, assumam a forma escritural). (...) Em suma, o artigo 16 da Lei nº 9.311/96 não pode ser interpretado no sentido de que qualquer negócio jurídico que envolva um banco tenha que necessariamente sujeitar-se à CPMF, mesmo que não corresponda a uma movimentação de moeda. Isso conflitaria com o texto expresso do parágrafo único do artigo 1º da mesma Lei. (...) No caso dos autos, inexistente circulação escritural ou física de moeda; por isso, não se aplica o artigo 16 da Lei nº 9.311/96. A transferência dos títulos se deu no cumprimento de uma obrigação do Impugnante, assumida em contrapartida da constituição, em seu favor, do usufruto de cotas de sociedade. Essa operação não se confunde com a compra e venda de títulos, pois ela não pressupõe, nem corresponde a uma circulação escritural ou física de moeda que exija o cumprimento do artigo 16 da Lei nº 9.311/96. Por outro lado, apesar de a operação de transferência dos títulos estar identificada pelo código 1052, que trata de 'Compra/Venda de títulos oriunda de liquidação no leilão informal (operação definitiva)', ela não configura compra e venda. Isso porque, além de a utilização do código 1052 não ter o poder de desvirtuar o negócio jurídico efetivamente praticado entre as partes, o referido código somente foi utilizado em razão da ausência de outras opções no sistema SELIC;

4. tratando do Termo de Constatação nº 2, a impugnante invoca o art. 2º, IV, da Lei nº 9.311, de 1996, e continua:

5. o fato gerador do inciso IV é um lançamento contábil que represente circulação de moeda (no caso, escritural), já que isso é pressuposto, conforme o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.311/96. Ou seja, para que haja a circulação exigida pelo citado parágrafo único, é necessário que o lançamento (de movimentação ou transmissão de valores) sensibilize a conta Caixa das instituições financeiras. (...) Assim, verifica-se que o fato gerador previsto no inciso IV do artigo 4º somente ocorrerá quando houver o efetivo pagamento dos títulos, pois somente nessa ocasião a conta Caixa será sensibilizada e, portanto, ocorrerá a circulação de moeda. (...) a mera entrega dos títulos não representa circulação de moeda. Mesmo, porém, onde essa circulação ocorra (e, portanto, incida o artigo 4º, inciso IV), aplica-se, no exemplo, a alíquota zero, conforme a referida Portaria nº 134/99. Ora, na situação autuada, a transferência dos títulos, por si só, não representa circulação de moeda, em razão da ausência de

11 9

contrapartida de pagamento em dinheiro (físico ou escritural). Em outras palavras, a operação em que o pagamento da obrigação se dá mediante a entrega de títulos, não afeta a conta Caixa. Assim, diferentemente do alegado pela Fiscalização, o fato de terem ocorrido lançamentos na instituição custodiante para transferência dos títulos e lançamentos contábeis na escrituração das partes não implica, necessariamente, em circulação de moeda, visto que a conta Caixa não pode ter sido sensibilizada, como ocorreu no presente caso. (...) Assim, se o pagamento pela constituição do usufruto foi efetuado por meio de títulos, não ocorreu o fato gerador, sendo despiciendo questionar a aplicação ou não da Portaria nº 134/99. Assim, caem por terra todas as alegações da Fiscalização na tentativa de demonstrar que o presente caso não estava inserido nas hipóteses de alíquota zero.

Se a operação realizada não é tributada, o Fisco não pode tributá-la, nem pretender que as partes deveriam ter adotado outro modo, ou seja, o trânsito pela conta-corrente e o pagamento em dinheiro pela constituição do usufruto, só porque nessas situações haveria incidência da CPMF. É óbvio que, se o Impugnante tivesse optado pelo pagamento do usufruto em dinheiro ele teria adotado, desnecessariamente, a conduta fiscalmente mais onerosa. Ao adotar outra conduta – lícita –, seguiu o caminho fiscalmente menos oneroso.”

ementada: A DRJ em Campinas/SP indeferiu o pleito do contribuinte, em decisão assim

CPMF. DECADÊNCIA.

O prazo decadencial das contribuições destinadas a seguridade social é de dez anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FATO GERADOR. CIRCULAÇÃO ESCRITURAL DE MOEDA.

Operações de compra de ativos quitadas por meio de transferência de titularidade de títulos da dívida pública em que estes assumem poder liberatório, caracterizam circulação escritural de moeda.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FATO GERADOR.

APLICAÇÕES FINANCEIRAS. EFETIVAÇÃO.

Por determinação legal, as aplicações financeiras de renda fixa e renda variável serão efetivadas exclusivamente por meio de lançamento a débito em conta corrente do titular. A montagem de operações com títulos objetivando contornar a exigência legal e das quais resulte a materialização de aplicações financeiras, permite a imputação da ocorrência do fato gerador e o lançamento de ofício do tributo não recolhido.

*LANÇAMENTO DE OFÍCIO. RETENÇÃO E
RECOLHIMENTO. RESPONSABILIDADE.*

A instituição financeira é responsável pela retenção e pelo recolhimento da contribuição devida pelos correntistas. Descumprido o dever pelo responsável e ausentes motivos impeditivos para que o cumprisse, correta a eleição da instituição para o pólo passivo da relação tributária.

*LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FATO GERADOR. ALÍQUOTA ZERO.
CONDIÇÕES.*

Verificado que as operações praticadas não preenchem as condições que acarretariam a aplicação de alíquota zero, correta a exigência de ofício da contribuição não recolhida.

Lançamento Procedente.

Irresignada com a decisão de Primeira Instância, a 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.

Da Decadência

A Recorrente questiona, em sede de preliminar, a fixação do prazo decadencial do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário pelo lançamento.

A fiscalização defende que o prazo de decadência para o lançamento da CPMF é de dez anos, com fundamento no art. 45 da Lei nº 8.212/91, enquanto a recorrente entende ser de cinco anos, conforme previsto no artigo 150, § 4º, do CTN.

O lançamento por homologação é aquele que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da **atividade** assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, consoante os preceitos do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/66.

Chamo a atenção para o vocábulo “atividade”, acima grifado, pois o objeto de homologação pelo Fisco não é, e nunca foi, o pagamento, e sim, a atividade do contribuinte de apurar o crédito e tomar todas as providências necessárias à sua satisfação. Por isso, independe, para o início da contagem do prazo decadencial, se houve ou não pagamento parcial. O termo inicial do prazo decadencial é, por conseguinte, o momento da ocorrência do fato gerador.

110

Aliás, outra não é a posição desta Egrégia Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF, conforme depreende-se do Aresto nº CSRF/02-01.766 (Sessão de 14 de setembro de 2004), cuja ementa transcrevo adiante:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PARA O PIS - DECADÊNCIA - A contribuição social para o PIS, "ex vi" do disposto no art. 149, c.c. art. 195, ambos da C.F., e, ainda, em face de reiterados pronunciamentos da Suprema Corte, tem caráter tributário. Assim, em face do disposto nos arts. n 146, III, "b", da Carta Magna de 1988, a decadência do direito de lançar as contribuições sociais deve ser disciplinada em lei complementar. A falta de lei complementar específica dispondo sobre a matéria, ou de lei anterior recebida pela Constituição, a Fazenda Pública deve seguir as regras de caducidade previstas no Código Tributário Nacional. Inaplicável a regra estabelecida no art. 45 da Lei nº 8.212/91, até porque a referida lei não incluiu a contribuição para o PIS entre as fontes de custeio da Seguridade Social. Recurso negado. (CSRF/01-05.157).

Não bastasse o entendimento pacífico desta Casa em relação à matéria, há recente posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF no mesmo sentido, consignado no Recurso Especial nº 552.710-7, cuja fundamentação abordou decisões plenárias anteriores do próprio Colendo STF.

Foi decidido o que todos já sabiam. A inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/91 é flagrante, mas foge da competência deste Conselho a declaração de inconstitucionalidade.

Destarte, face ao disposto no art. 1º do Decreto n.º 2.346/97, por se tratar de entendimento inequívoco do Guardião da Constituição Federal, é medida de rigor que se aplique a decisão daquela Corte, razão pela qual passo a transcrever as razões de decidir, com a devida vênia, registradas no voto condutor prolatado pelo Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio:

1. Na espécie, discute-se a constitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, no que introduziram prazo decadencial e prescricional de dez anos para a apuração e constituição de créditos da Seguridade Social, e para a respectiva cobrança. A Corte de origem, com base em precedentes do órgão especial do Tribunal, concluiu pela desarmonia dos referidos dispositivos legais com a Carta, ante a circunstância de não terem sido veiculados por lei complementar.

2. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 138.284-8/CE, decidido à unanimidade de votos pelo Plenário em 1º de julho de 1992, o ministro Carlos Velloso, relator, quanto à natureza da norma para a disciplina do instituto da prescrição consideradas as contribuições sociais, expressamente consignou:

[...]

Todas as contribuições, sem exceção, sujeitam-se à lei complementar de normas gerais, assim ao C.T.N. (art. 146, III, ex vi do disposto no art. 149). Isto não quer dizer que a instituição dessas contribuições exige lei complementar: porque não são impostos, não há a exigência no sentido de que os seus fatos geradores, bases de cálculo e

contribuintes estejam definidos na lei complementar (art. 146, III, a). A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios da lei complementar de normas gerais (art. 146, III, "b"). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais (C.F., art. 146, III, b; art. 149).

[...]

Esse entendimento veio a ser novamente ressaltado pelo Plenário, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 396.266-3/SC, também relator o ministro Carlos Velloso, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 27 de fevereiro de 2004. Assim restou assentado:

[...]

As contribuições do art. 149 da C.F., de regra, podem ser instituídas por lei ordinária. Por não serem impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina o seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes (C.F., art. 146, III, a). No mais, estão sujeitas às regras das alíneas b e c do inciso III do art. 146, C.F. Assim, decidimos, por mais de uma vez, como, v.g., RE 138.284/CE por mim relatado (RTJ 143/313), e RE 146.733/SP, Relator o Ministro Moreira Alves (RTJ 143/684).

[...]

Realmente, descabe concluir de forma diversa. Confirmam, numa visão equidistante, o que está preceituado no artigo 146, inciso III, alínea "b", do Diploma Maior:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

[...]

Como se vê, a posição consolidada do Egrégio Supremo Tribunal Federal vem de encontro ao que os mais renomados doutrinadores pátrios, que manifestaram-se com relação à matéria, já haviam externado. Por conseguinte, não é verdade que a inconstitucionalidade do art. 45 ainda não foi declarada pelo Egrégio STF.

O prazo decadencial dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, conforme registrado supra, é regido pelo Art. 150, § 4º do CTN, que assim dispõe:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar

o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Ora, já não existem mais dúvidas de que a CPMF é um tributo sujeito a lançamento por homologação e, por isso mesmo, como já dito, deve seguir o estabelecido no CTN, independentemente de ter ou não havido pagamento antecipado por parte do contribuinte, pois o que homologa-se não é o pagamento em si, mas a atividade de apuração do montante devido.

Essa é, e será sempre minha posição com relação ao prazo decadencial dos tributos sujeitos a lançamento por homologação. Não consigo entender o dispositivo legal (Art. 150, § 4º do CTN) de outra forma.

Outra ressalva que sinto-me obrigado a fazer: não há razão para contar-se de forma diversa o prazo decadencial do PIS, da Cofins e da CPMF, pois todas são Contribuições Sociais, isto é, são das mesmas espécie e subespécie!

Qualquer alteração que pretenda-se realizar nos prazos decadenciais deverá ser feita necessariamente por Lei Complementar. Aliás, outra não é a expressão de nosso Diploma Magno, a saber:

CF/88, Art. 146, III, "b", verbis: Cabe à lei complementar:

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários. (Grifou-se).

No humilde entendimento deste Conselheiro, mas evidentemente respeitando ao máximo as opiniões contrárias, é absurda e absolutamente inaceitável a posição de que o prazo decadencial do PIS encontra-se regido pela Lei nº 8.212/91, em seu art. 45, o qual estabelece que o direito da Seguridade Social de apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído. A incoerência de tal dispositivo com a Lei Complementar salta aos olhos de forma manifesta.

Insta, ainda, frisar que a Corte Especial do Excelso Superior Tribunal de Justiça - STJ - declarou, por unanimidade de votos, a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial nº 616.348.

Ressalte-se, por último, que o Egrégio STF vem afastando o declinado dispositivo legal em suas decisões monocráticas, como se pode constatar nos Recursos Especiais n.ºs 599.991, DJ de 19/09/2007, Recurso Especial n.º 470.382, DJ de 19/09/2007 (Ministro Celso de Mello); Recurso Especial n.º 540.704, DJ de 08/08/2007, Recurso Especial

n.º 552.855, DJ de 12/09/2007, Recurso Especial n.º 552.710, DJ de 10/09/2007 (Ministro Marco Aurélio); Recurso Especial n.º 552.757, DJ de 07/08/2007 (Ministro Carlos Brito) e Recurso Especial n.º 456.750, DJ de 13/02/2007, Recurso Especial n.º 534.856, DJ de 26/02/2007, Recurso Especial n.º 556.241, DJ de 06/09/2007, Recurso Especial n.º 548.785, DJ de 15/08/2007 e Recurso Especial n.º 552.824, DJ de 14/08/2007 (Ministro Eros Grau).

Lembro que as decisões monocráticas somente podem negar seguimento a recurso interposto, consoante verbera o art. 557 do CPC, quando tratar-se de questão já pacificada no âmbito do Tribunal.

Diante disso e considerando que o auto de infração foi lavrado em 12 de novembro de 2004 e que o fato gerador mais remoto do lançamento data de 08 de novembro de 1999, deve ser acolhida a preliminar de decadência argüida para cancelar o crédito tributário constituído pelo auto de infração ora hostilizado.

CONSIDERANDO os articulados precedentes e tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de dar provimento ao presente Recurso Voluntário, para reconhecer a decadência e cancelar a exigência da CPMF.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 03 de junho de 2008.


LEONARDO SIADE MANZAN