



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.º	PUBLICADO NO D. O. U.
C	De 12 / 04 / 2000
C	<i>st</i>
	Rubrica

Processo : 10840.000791/97-17

Acórdão : 202-11.434

Sessão : 17 de agosto de 1999

Recurso : 105.578

Recorrente : DZ S/A. ENGENHARIA, EQUIPAMENTOS E SISTEMAS

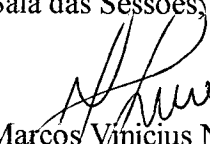
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto – SP

NORMAS PROCESSUAIS – DEPÓSITO JUDICIAL EFETUADO A MENOR – A disputa somente pode ser suscitada no foro judicial. O lançamento de diferenças somente é cabível quando configurada a hipótese de recolhimento a menor do tributo. Depósito em garantia de juízo não se confunde com pagamento, não possibilita o lançamento por homologação (CTN, art. 150, § 4º) em relação aos valores depositados, nem torna dispensável a constituição do crédito tributário pelo lançamento integral. **Nulo o lançamento efetivado pelas diferenças entre os valores efetivamente devidos e os valores dos depósitos em garantia de juízo.**

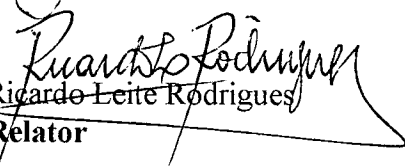
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: DZ S/A ENGENHARIA, EQUIPAMENTOS E SISTEMAS.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em declarar nulo o lançamento, nos termos do voto do Relator.**

Sala das Sessões, em 17 de agosto de 1999


Marcos Vinicius Neder de Lima

Presidente


Ricardo Leite Rodrigues

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Helvio Escovedo Barcellos, Tarásio Campelo Borges, Maria Teresa Martínez López, Luiz Roberto Domingo e Oswaldo Tancredo de Oliveira.

Imp/ovrs



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10840.000791/97-17
Acórdão : 202-11.434
Recurso : 105.578
Recorrente : DZ S/A ENGENHARIA, EQUIPAMENTOS E SISTEMAS

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário contra Decisão de Primeira Instância que julgou procedente a exigência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, referente a fatos geradores ocorridos nos meses de julho/92 a dezembro/92.

A empresa obteve uma Liminar na Justiça Federal, dando-lhe o direito de depositar em juízo o valor da COFINS.

A fiscalização federal constatou que a contribuinte quando da apuração da base de cálculo da COFINS subtraiu o valor do ICMS, logo os depósitos judiciais foram efetuados a menor neste período acima citado.

Assim, o lançamento *ex officio* é decorrente da diferença dos valores depositados judicialmente, ou seja, da parte não depositada em consequência da subtração do valor do ICMS da base de cálculo da contribuição.

Regularmente intimada da exigência fiscal, a Interessada instaurou o contraditório alegando em síntese o que segue:

- 1- incorreção na determinação dos valores exigidos no Auto de Infração; e
- 2- improcedência da exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, pois este não é receita e porque já que o IPI foi retirado pela própria Lei Complementar nº 70/91, o ICMS teria que ser excluído, pois ambos os tributos têm a mesma estrutura.

Os fundamentos da Decisão Recorrida estão consubstanciados na seguinte ementa:

“ASSUNTO : Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

INSUFICIÊNCIA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS.

A insuficiência de depósitos judiciais da COFINS, previstos na legislação tributária, enseja sua exigência mediante lançamento ex-officio.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10840.000791/97-17
Acórdão : 202-11.434

INCONSTITUCIONALIDADE.

Somente o Poder Judiciário declara a inconstitucionalidade das leis, porque presumem-se constitucionais todos os atos emanados do Poder Executivo e do Congresso. Assim cabe à autoridade administrativa apenas promover a aplicação da lei, nos estritos limites do seu conteúdo.”

No Recurso Voluntário de fls. 47/49, a empresa alega que a imputação feita pelo fisco é ilegal e quanto a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição, usa dos mesmos argumentos expendidos na impugnação.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10840.000791/97-17
Acórdão : 202-11.434

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR RICARDO LEITE RODRIGUES

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Conforme relatado, no presente Recurso Voluntário é discutida a exigência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, lançada em decorrência da constatada falta de recolhimento ou recolhimento a menor da contribuição.

Depósitos judiciais efetuados a menor foram aproveitados, como valor recolhido, na apuração do valor da contribuição devida.

Preliminarmente, entendo ser necessário abordar a questão acima citada, por tratar de igual matéria, adoto e transcrevo, parte das razões de decidir do Acórdão nº 201-69.506, da lavra da ilustre Conselheira Selma Salomão Wolszczak.

“Este Colegiado tem jurisprudência firme e forte no sentido de que, estando a matéria submetida à apreciação do Judiciário, a mesma não pode ser objeto de análise pela via administrativa, de sorte que, se há ou não diferença em relação ao depósito efetuado na via judicial, o foro competente para discutir tal questão é o judicial.

Nesse sentido, dentre outros, os Acórdãos 201-68.671 e 201-68.245, assim ementados, respectivamente:

“**IOF** – A discussão relativa a eventuais diferenças existentes, a menor, em depósitos judiciais, deve ser realizada no próprio foro judicial, mormente por terem tais depósitos condição de procedimento do pedido feito pela Contribuinte em alguns casos. **Processo que se anula ab initio.**”

“**IPI** – O Auto de Infração não é instrumento adequado para questionar sobre diferenças em depósitos judiciais, em sede de mandado de segurança. À toda evidência tal questionamento há de ser feito no processo judicial próprio. **Anula-se, de conseguinte, ab initio o procedimento.**”

Como bem assinalou o douto Conselheiro Domingos Alfeu Colenci da Silva Neto, no voto condutor do v. Acórdão 201-68.245, ‘obviamente o Auto de Infração não é instrumento adequado para tal questionamento. À Fazenda



Processo : 10840.000791/97-17
Acórdão : 202-11.434

competes, se o quiser, suscitar a questão nos autos do processo judicial. O Auto de Infração é instrumento próprio para o lançamento *ex-officio* do crédito tributário, nunca para prestar-se a ser meio de imputação de insuficiências em depósitos judiciais e de exigência de sua complementação, ou do recolhimento da parcela alegadamente depositada a menor.”

Na verdade, a matéria não comporta hesitação.

O lançamento de diferenças somente tem cabimento quando o contribuinte recolheu a menor o crédito devido, e deve, obrigatoriamente, abranger a totalidade da falta. Se o contribuinte recolhe a menor, mas ajuíza ação, precedida de medida cautelar, e efetua o depósito da diferença em garantia do Juízo, deve o Fisco constituir, imediatamente, o crédito tributário correspondente à falta de pagamento (o lançamento é atividade vinculada e obrigatória: ciente a Fazenda, pela ação judicial, do não recolhimento do tributo, obrigatória a pronta constituição do correspondente crédito, pela providência formal do lançamento que se ultima pela cientificação do sujeito passivo).

O depósito judicial em garantia, à diferença do pagamento, não extingue o crédito tributário, mas apenas suspende sua exigibilidade. Não impede, mas ao contrário obriga à constituição desse crédito, cuja existência, vale dizer, formalização, é aliás pressuposto necessário da suspensão da exigibilidade. Não se pode suspender a exigibilidade de um crédito que não existe.

Ora, o crédito tributário, atividade privativa da autoridade administrativa, é constituído pelo lançamento expresso, na forma estabelecida pelo artigo 142 do CTN, ou pela homologação tácita do pagamento efetuado antecipadamente pelo contribuinte, conforme artigo 150, § 4º, do mesmo CTN (lançamento por homologação tácita). Nem o contribuinte nem o próprio Juízo podem efetuar o lançamento, que é de ser obrigatoriamente constituído pela autoridade fiscal, pelo lançamento, com cientificação do sujeito passivo.

Por outro lado, se há depósito integral do montante que o Fisco julga devido, fica obstada a cobrança, (...) a inscrição na Dívida Ativa da União e, pois, a execução. Isso o que dispõe o artigo 151 do CTN, que suspende a exigibilidade do crédito tributário, pressupondo – repita-se – sua existência, que somente nasce com o lançamento. Portanto, esse dispositivo absolutamente não obsta a formalização deste e conseqüente constituição do crédito tributário cuja exigibilidade fica suspensa pelo depósito integral. Ao contrário, corre prazo de decadência contra a Fazenda e, é curial, prazo decadencial não se interrompe.

Se a garantia é prestada em Juízo, e se há dúvidas acerca da integralidade de sua prestação, é naquele foro que cabe a arguição do fato e sua apuração,



Processo : 10840.000791/97-17
Acórdão : 202-11.434

através de perícia judicial. Concluindo o Juízo pela insuficiência do depósito, e não sendo ele complementado, cabe à Fazenda a imediata exigência de todo o crédito tributário, visto que somente o depósito integral suspende sua exigibilidade. Não existe a suspensão parcial, relativa à parte depositada. Por isso a absoluta e flagrante impropriedade da ação fiscal no caso ora em julgamento.

Aliás, têm sido freqüentes os questionamentos pela Fazenda no foro judicial das diferenças que entende ocorridas em depósitos em garantia. Bem assim, a realização de perícias e eventualmente a efetivação dos depósitos complementares pelos autores. Freqüentes também as manifestações dos Juízes, alertando a Fazenda para a necessidade de constituir o crédito tributário e/ou atentar para o direito de cobrança imediata, e acentuando com razão a possibilidade de caducidade do direito do Fisco.

.....
Entendo pois que labora em equívoco a Fazenda quando não procede à constituição do crédito tributário objeto de depósito judicial, e observo que, não o fazendo oportunamente, enseja a caracterização da decadência de seu direito ao findar do prazo designado na lei complementar.

Nem se diga que o depósito se converte em renda se ao final o Juízo decide em favor da Fazenda, razão porque somente seria necessário o lançamento do valor das insuficiências no depósito judicial. Com efeito, ao meu ver, se ao tempo de uma hipotética decisão final no Judiciário favorável ao Fisco já houver decaído o direito da Fazenda, não caberá a conversão do depósito em renda da União. Decaído o direito, não há título sob o qual o valor do depósito possa ser convertido em renda da União.

Essa segurança quanto à conversão do depósito em renda somente existe quando o lançamento foi formalizado, e portanto quando não se trata de simples pagamentos regidos pelo artigo 150 do CTN, antes da constituição do crédito tributário correspondente. Neste caso, se o contribuinte não recolhe aos cofres públicos o tributo, mas ao contrário vem questioná-lo em Juízo, não se configura a hipótese tratada no art. 150, e, por conseqüência, não é possível o lançamento por homologação relativamente ao valor questionado em Juízo.

Depósito não se confunde com pagamento, e, ao contrário, espelha a recusa de pagar. Por conseqüência, não é possível o lançamento por homologação tácita do depósito.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

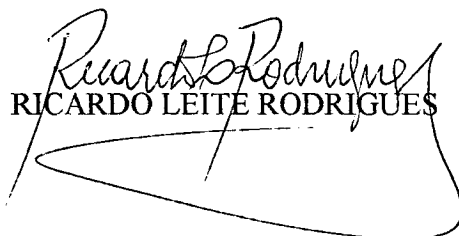
Processo : 10840.000791/97-17
Acórdão : 202-11.434

Portanto, somente cabe a conversão em renda se o direito da Fazenda não decaiu no curso da discussão. Daí a importância do lançamento, observado o ordenamento legal que obsta apenas cobrança do crédito assim constituído, sua inscrição em Dívida Ativa e pois a execução.

.....
Com essas considerações, concluo que o fiscal atuante não é competente para manifestar-se mediante lançamento acerca de supostas insuficiências em depósitos feitos em garantia de Juízo, cabendo-lhe apenas alertar a representação da Fazenda no feito judicial para que questione tais insuficiências naquele foro. ...”

Portanto, com base nas razões acima transcritas, que acompanha a jurisprudência deste Conselho, em preliminar ao mérito, voto pela declaração de nulidade do Auto de Infração de fls. 10/18, onde o lançamento foi efetuado pelas diferenças entre os valores efetivamente devidos e os valores dos depósitos em garantia de juízo.

Sala das Sessões, em 17 de agosto de 1999


RICARDO LEITE RODRIGUES