



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

2.º	PUBLICADO NO D. O. U.
C	De 10/03/1999
C	stolutus
	Rubrica

Processo : 13908.000087/95-60
Acórdão : 202-10.305

Sessão : 28 de julho de 1998
Recurso : 101.582
Recorrente : P. UEDA & IRMÃOS LTDA.
Recorrida : DRF em Londrina – PR

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. **Nulas são as parcelas do lançamento efetivado por alegadas diferenças entre os valores efetivamente devidos e os valores dos depósitos em garantia de Juízo. COFINS – MULTA – RETROATIVIDADE BENIGNA – Ex-vi** do disposto no artigo 44, inciso I da Lei nº 9.430/96, a multa prevista no artigo 4º, inciso I da Lei nº 8.218/91 deve ser reduzida, *in casu*, para 75% (CTN, art. 106, II, “c”). **Recurso provido, em parte.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: P. UEDA & IRMÃOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para declarar nulas as parcelas do Auto de Infração de fls. 02/23, indicadas no voto condutor do acórdão e, quanto às demais parcelas, para reduzir a multa de ofício de 100% para 75%.** Ausente, justificadamente, o Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima.

Sala das Sessões, em 28 de julho de 1998

Oswaldo Tancredo de Oliveira
Vice-Presidente, no exercício da Presidência

Tarásio Campelo Borges
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Helvio Escovedo Barcellos, Maria Teresa Martínez López, José de Almeida Coelho, Ricardo Leite Rodrigues e Henrique Pinheiro Torres (Suplente).

Fclb/fclb



Processo : 13908.000087/95-60
Acórdão : 202-10.305

Recurso : 101.582
Recorrente : P. UEDA & IRMÃOS LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de recurso voluntário contra decisão de primeira instância administrativa que julgou parcialmente procedente a exigência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, referente a fatos geradores ocorridos em parte dos meses compreendidos entre abr/92 e jun/95, inclusive.

Segundo a denúncia fiscal, a empresa apresentou depósitos judiciais parciais referentes aos recolhimentos dos meses: abr., mai., set. e out/92; fev., mar., mai. a dez/93; jan., fev., abr. a dez/94; e jan. a jun/95. Os recolhimentos devidos referentes aos meses de jan. e abr/93 e mar/94 não foram depositados judicialmente.

Por bem descrever os fatos, adoto e transcrevo o relatório que integra a decisão recorrida de fls. 41/44.

“Contra a interessada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 2/23, formalizando exigência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no valor equivalente a 83.900,21 UFIR, acrescido da multa de ofício de 83.900,21 UFIR, referente ao período de 04/92, 05/92, 09/92, 10/92, 01/93 a 12/94, e R\$ 18.439,14 de contribuição relativa ao período 01/95 a 06/95 e R\$ 18.439,14 de multa de ofício, tendo, as referidas multas, como enquadramento legal o artigo 10, parágrafo único da Lei Complementar nº 70/91, c/c o artigo 4º I da Lei nº 8.218/91, e encargos moratórios.

A exigência teve como base de cálculo mensal da contribuição a receita bruta de vendas, conforme demonstrado às fls. 2/3, enquadrando-se o feito nos artigos 1º a 5º da Lei Complementar nº 70/91.

Às fls. 24/38, a contribuinte, por meio de seu representante legal (mandato às fls. 39), ingressou com a tempestiva impugnação, onde, preliminarmente, alega que:

1) o auto de infração está eivado de nulidade, uma vez que se lavraram dois autos de infração com o mesmo fato gerador, um com atualização monetária e o outro com aplicação da taxa referencial, não



Processo : 13908.000087/95-60
Acórdão : 202-10.305

permitindo uma conclusão lógica, além de que a multa de 100% não pode prosperar sobre os valores que foram depositados judicialmente;

2) na esteira dos julgados e de acordo com o artigo 150, IV da CF/88, a imposição de multa pecuniária indenizatória (por atraso no pagamento ou decorrente de processo sonegatório), em percentual superior a 30%, configura-se como medida confiscatória, além de inconstitucional;

3) solicita a compensação do crédito referente aos autos nº 91.2014172-6 de ação de repetição de indébito, perante o Juízo da Vara Federal em Londrina, relativo ao FINSOCIAL, com os débitos da COFINS;

4) insurge-se contra a incidência da TRD como índice de atualização monetária, uma vez que tal índice não representa a variação do poder aquisitivo da moeda;

Quanto ao mérito, discorre a respeito da ilegalidade e inconstitucionalidade da COFINS, transcrevendo, em benefício de suas teses, textos legais, doutrinas e jurisprudências diversas e requer a nulidade do auto de infração.”

ementada: A autoridade monocrática julgou procedente o lançamento em Decisão assim

“COFINS – Períodos de apuração: 04/92 a 06/95.

AÇÃO JUDICIAL – A existência de ação judicial em nome da interessada, quanto à cobrança da COFINS, impede o julgamento do mérito na esfera administrativa.

NULIDADE – Incabível a alegação de nulidade do auto de infração lavrado com observância dos requisitos estabelecidos no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72.

MULTA DE OFÍCIO – É aplicável a multa em conformidade com a legislação de regência. A ela somente não se sujeitam as importâncias depositadas que cubram, na data do vencimento de cada obrigação, seu montante integral, no caso de ação judicial, ou os débitos que tenham sido anteriormente declarados.

ENCARGOS LEGAIS – É cabível, quanto aos débitos objeto de depósitos judiciais, a exclusão dos juros de mora sobre eles incidentes, se efetuados dentro dos respectivos prazos de recolhimento.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13908.000087/95-60
Acórdão : 202-10.305

INCONSTITUCIONALIDADE – Não compete à autoridade administrativa manifestar-se quanto a inconstitucionalidade das leis, por ser essa prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.”

No recurso voluntário de fls. 48/59, a peticionária reitera, *ipsis litteris*, suas razões iniciais.

Cumprindo o disposto no art. 1º da Portaria MF nº 260, de 24.10.95, com a nova redação dada pela Portaria MF nº 180, de 03.06.96, a PFN apresentou contra-razões ao recurso, onde requer a manutenção do lançamento, em conformidade com a decisão recorrida.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 13908.000087/95-60
Acórdão : 202-10.305

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR TARÁSIO CAMPELO BORGES

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Segundo a denúncia fiscal (fls. 02), na determinação da exigência referente à falta de recolhimento da COFINS, foram considerados *“todos os valores depositados, como recolhidos”*, isto é, exceto quanto aos períodos de apuração de janeiro e abril/93 e março/94, que não foram objeto de depósito judicial, em todos os demais períodos de apuração constantes do lançamento de ofício o crédito tributário constituído neste processo representa *“tão somente os valores que não estão cobertos por depósitos judiciais”*.

Preliminarmente, quanto à parcela da exigência em que foram subtraídos os depósitos judiciais efetuados, 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 consequente, “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,



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13908.000087/95-60
Acórdão : 202-10.305

“obviamente o Auto de Infração não é instrumento adequado para tal questionamento. À Fazenda compete, se o quiser, suscitar a questão nos autos do processo judicial. O Auto de Infração é instrumento próprio para o lançamento ex-offício 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



Processo : 13908.000087/95-60
Acórdão : 202-10.305

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 argüição do fato e sua apuração, 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 Juizes, 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 13908.000087/95-60
Acórdão : 202-10.305

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 consequência, 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 consequência, não é possível o lançamento por homologação tácita do depósito (...).

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 autuante 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. (...)

In casu, conforme ressaltai no início do meu voto, o lançamento *ex-officio* divide-se em parcelas de duas naturezas distintas: na primeira, encontram-se as parcelas que foram lançadas por supostas diferenças entre os valores efetivamente devidos e os valores dos depósitos em garantia de Juízo; na segunda, estão as parcelas lançadas pelo valor integral, referentes a períodos de apuração em que não foram efetuados depósitos judiciais.

É importante destacar que as parcelas do lançamento, de naturezas distintas, independem uma da outra e a ocorrência de vícios que tornam nulas parcelas de uma destas naturezas não é suficiente para “contaminar” a outra parcela da exigência fiscal.

Na esteira das razões transcritas, que acompanha a jurisprudência deste Conselho, em preliminar ao mérito, voto pela declaração de nulidade das parcelas do Auto de Infração de fls. 02/23 onde o lançamento foi efetuado por alegadas diferenças entre os valores efetivamente devidos e os valores dos depósitos em garantia de Juízo.

Ainda em preliminar ao mérito, a ora recorrente aduz ser nulo o lançamento porque eivado de erros:

- 1) pela aplicação de multa de 100% sobre valores depositados judicialmente;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13908.000087/95-60
Acórdão : 202-10.305

- 2) pela lavratura de dois autos de infrações, com o mesmo fato gerador, um com correção monetária e outro não, usando um peso e duas medidas;
- 3) pela aplicação da taxa referencial.

Inicialmente, cabe esclarecer que não houve a lavratura de dois autos de infrações: neste processo, existe um único lançamento, com apuração do crédito tributário em UFIR para os fatos geradores ocorridos até 31.12.94 e com apuração do crédito tributário em REAIS para os fatos geradores a partir de 01.01.95, por determinação da legislação tributária então vigente.

Os demais erros apontados pela ora recorrente, mesmo se procedentes fossem, não seriam suficientes para provocar a nulidade do lançamento, que somente se configura nas hipóteses de "*atos e termos lavrados por pessoa incompetente*" (Decreto nº 70.235/72, art. 59, I) ou "*despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa*" (art. 59, II).

Rejeito a preliminar de nulidade para as parcelas referentes aos períodos de apuração de janeiro e abril/93 e março/94.

No mérito, quanto às parcelas da exigência fiscal, referentes aos períodos de apuração de janeiro e abril/93 e março/94, por força de Medida Judicial impetrada contra a exigência, entendo correto o decidido pela autoridade *a quo*, que considerou prejudicada a apreciação da matéria em face do contido no Ato Declaratório COSIT nº 03/96.

Demais disso, a renúncia à instância administrativa nem sequer foi objeto do recurso voluntário.

Passo, então, ao exame da matéria diferenciada: compensação do crédito referente aos autos nº 91.2014172-6 de ação de repetição de indébito, perante o Juízo da Vara Federal em Londrina, relativo ao FINSOCIAL; juros de mora; e multa de ofício.

Creio incabível o pedido de compensação, haja vista que a própria recorrente assevera estar em curso, perante o Juízo da Vara Federal em Londrina, o Processo nº 91.2014172-6 de ação de repetição de indébito. Ora, se no âmbito do Poder Judiciário já foi promovido o competente processo de repetição de indébito, não é possível, administrativamente, ser deferida a compensação de tais valores com o crédito tributário objeto da lide.

Quanto aos juros de mora, os mesmos foram calculados à taxa de 1% (um por cento) por mês de atraso, conforme legislação de regência citada no enquadramento legal constante do quadro demonstrativo correspondente.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13908.000087/95-60
Acórdão : 202-10.305

Apesar da ora recorrente contestar, tanto na impugnação quanto no recurso voluntário, a aplicação da Taxa Referencial Diária, esta não foi utilizada no lançamento ora discutido.

Por fim, tendo em vista a superveniência da Lei nº 9.430, de 27.12.96, cujo artigo 44, inciso I, reduziu, para 75%, a multa de ofício prevista no inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.218/91, resultante da conversão com emendas da Medida Provisória nº 298/91, entendo que referida redução deve ser aplicada ao caso presente, por força do disposto no artigo 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional.

Com estas considerações, em preliminar ao mérito, voto pela declaração de nulidade das parcelas do Auto de Infração de fls. 02/23 onde o lançamento foi efetuado por alegadas diferenças entre os valores efetivamente devidos e os valores dos depósitos em garantia de Juízo e, no mérito, quanto às demais parcelas da exigência fiscal, dou provimento ao recurso, em parte, para reduzir a multa de ofício de 100% para 75%.

Sala das Sessões, em 28 de julho de 1998

TARÁSIO CAMPELO BORGES