



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

Processo nº 16327.000159/2007-66
Recurso nº 508.671 Voluntário
Acórdão nº **3201-00.638 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 1º de março de 2011
Matéria COFINS
Recorrente COOP DE E.C.M.MED. DE CAMPINAS E REGIÃO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. DEPÓSITO JUDICIAL.

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

DEPÓSITO JUDICIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DESNECESSIDADE DE LANÇAMENTO FORMAL PELO FISCO. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

O depósito judicial do montante integral pelo contribuinte substitui o lançamento, nos tributos por homologação, sendo desnecessário o lançamento para prevenir a decadência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por maioria de votos, afastar a preliminar de não conhecimento do recurso voluntário por concomitância, argüida pelo conselheiro Luis Eduardo Garrossino Barbieri. Por maioria de votos, acolhida a preliminar de descabimento do lançamento, por existência de depósito integral do montante, conforme o voto do relator. Vencidos os conselheiros Luis Eduardo Garrossino Barbieri e Mercia Helena Trajano d'Amorim, que fará declaração de voto.

MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Presidente

Marcelo Ribeiro Nogueira - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente), Luis Eduardo Garrossino Barbieri, Daniel Mariz Gudino e Luciano Lopes de Almeida Moraes. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional.

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância por entender que o mesmo resume bem os fatos dos autos até aquele momento processual:

Trata-se de impugnação (fls. 158 a 192) a Auto de Infração (fls. 143 a 148) de CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL — COFINS, por FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO, relativo a fatos geradores ocorridos no anos-calendário de 1999, 2000 e 2001, lavrado pela DEINF/SPO, em 23/02/2007, com exigibilidade suspensa em razão de medida liminar concedida nos autos do processo judicial 2005.61.00.021954-9.

2. O crédito tributário assim constituído foi composto pelos valores a seguir discriminados

COFINS R\$ 943.617,95

Juros de Mora (calculados até 31/01/2007) R\$ 961.943,82

Valor do crédito tributário apurado R\$ 1.905.561,77

3. Como enquadramento legal da exigência, o autuante assinala os artigos 1º e 2º da Lei Complementar 70/91, e os artigos 2º, 3º e 8º, da Lei 9.718/98, com as alterações das Medidas Provisórias 1.807/99 e 1.858/99 e reedições (fl. 147). Os juros de mora foram lançados com fundamento no artigo 61, parágrafo 3º, da Lei 9.430/96, e a não aplicação da multa de ofício, no artigo 63 da Lei 9.430/96 (fls 142).

4. Nos Termos de Verificação 01 (fls. 127 a 131) e 02 (fls. 132 a 135), a autoridade lançadora noticia que:

i) a partir de 01/02/1999, a COFINS passou a ser devida pelas cooperativas, consoante os artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98;

ii) o autuado teria deixado de recolher a COFINS nos anos-calendário de 1999, 2000 e 2001, sobre as receitas auferidas sobre atos não cooperativos, decorrentes de aplicações financeiras realizadas em instituições não cooperativas, como bancos particulares, não em bancos cooperativos.

iii) da mesma forma, teria deixado de recolher a COFINS, no período, sobre as receitas auferidas sobre atos cooperativos, decorrentes de captações de associados;

iv) as bases de cálculo (fls. 130, 134 e 135) foram apuradas com base nos assentamentos contábeis do próprio autuado, sendo que

este obteve medida liminar concedendo suspensão da exigibilidade sobre todas as suas receitas, de atos cooperativos e de atos não cooperativos, e por isso o lançamento foi feito com exigibilidade suspensa.

5. Cientificado do lançamento em 06/03/2007 (fl. 157), o autuado protocolizou a impugnação em 20/03/2007 (fl. 158), alegando, em resumo, que:

i) em PRELIMINAR, o lançamento padeceria de vício formal, e, portanto, deveria ser declarado nulo, pois o crédito não poderia ser lançado em dois Termos distintos, nem ter as mesmas bases de cálculo para os anos calendário de 2000 e 2001, conforme demonstrativo que apresenta, e cuja soma não alcança as bases indicadas no Demonstrativo de Apuração (fls. 130, 134, 135) utilizado como parâmetro para apuração da COFINS; a indicação precisa do valor principal do tributo seda requisito do Auto de Infração, consoante o Decreto 70.235/72, artigo 9º, sendo que a ausência de elementos essenciais à sua lavratura impede o contribuinte, por desconhecer a fundamentação legal da autuação, de elencar com critério as razões de seu inconformismo;

ii) os lançamentos relativos ao período de 01/99 a 12/2001 teriam decaído, porque o Fisco não poderia constituir crédito para fato gerador ocorrido antes de 16/02/2002, já que o lançamento se deu cinco anos após, em 16/02/2007, isto em razão do estabelecido no artigo 150, parágrafo 4º, do CTN, e consoante doutrina e entendimento de tribunal superior, cujos excertos colaciona;

iii) além disso, o lançamento seria nulo em relação às competências de 01/99 a 10/99, por não ter observado o princípio da anterioridade nonagesimal, prevista no artigo 195, inciso 6º, da CF, e consoante o disposto no Ato Declaratório SRF 88/99;

iv) no MÉRITO, não haveria justificativa jurídica para o lançamento ser feito para prevenir a decadência do direito de constituição do crédito tributário, tendo em vista a suspensão de exigibilidade deste por medida liminar em Mandado de Segurança, nos termos do artigo 151, inciso IV, do CTN, que afastaria os efeitos decadenciais oriundos da inércia da Administração na formalização da obrigação tributária descumprida, conforme entendimento do STJ manifestado em julgado cujo excerto colaciona;

v) não poderiam ser aplicados juros, como encargo moratório, no lançamento para prevenir a decadência, porque estaria descaracterizada a mora em caso de suspensão de exigibilidade do tributo questionado, consoante doutrina e jurisprudência cujos excertos colaciona;

vi) não haveria incidência tributária sobre o ato cooperativo, que se mostra destituído de conteúdo econômico, não representando receita bruta para fins de incidência de PIS e

COFINS, conforme entendimento da Lei 5.764/71 que regulamenta as cooperativas;

vii) a cooperativa não auferе rendimentos pelo oferecimento de serviços aos cooperados, pois sua subsistência é feita pelo rateio das despesas entre os associados, na proporção da utilização dos serviços; eventual "receita", em termos técnicos "ingresso", se destinaria à cobertura das despesas, sendo o excedente, as "sobras líquidas" do exercício, também rateado entre os cooperados; assim, a cooperativa, na qualidade de mandatária do cooperado, não praticaria fato gerador de tributo, sendo que a eventual incidência tributária recairia sobre a pessoa física do cooperado; contudo, o que seria passível de tributação seriam os atos não cooperativos;

viii) as legislações especiais da COFINS se orientam no sentido de excluir o ato cooperativo da tributação, observando-se que a regra da Lei 5.764/71, artigos 79, 87 e 111, é reforçada pelo artigo 6º, inciso I, da LC 70/91, que isenta da COFINS o ato cooperativo;

ix) nas cooperativas de crédito, a captação de recursos dos cooperados, os empréstimos aos cooperados e as aplicações financeiras realizadas — que constituem imperativo de sua sobrevivência -, representam típico ato cooperativo, consoante entendimento do REI e do Conselho de Contribuintes, cujos julgados colaciona;

x) há necessidade de ajuste na base de cálculo considerada pela para considerar a receita efetiva do autuado, não podendo ser incluídos na base de cálculo valores que apenas transitaram pela contabilidade, com destinos aos cooperados, e demais despesas operacionais, sendo isto por exigência do próprio conceito de renda e para que a base tributável signifique somente o preço da intermediação, não o valor do recurso intermediado; a autoridade lançou o tributo sobre a receita bruta do autuado sem quaisquer das deduções previstas na Medida Provisória 2.158-35/2001;

xi) é imperioso sejam deduzidas as sobras, na base de cálculo da COFINS, nos termos da Lei 10.676/2003 e MP 66/2002, que não representam acréscimo patrimonial da cooperativa, mas reembolso aos cooperados das despesas incorridas na prestação de serviços.

A decisão recorrida recebeu de seus julgadores a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 22/03/2012 por MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA, Assinado digitalmente em 22/03/

2012 por MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA, Assinado digitalmente em 31/03/2012 por MERCIA HELENA TRAJANO DAM
ORIM

Impresso em 02/04/2012 por NALI DA COSTA RODRIGUES - VERSO EM BRANCO

AUTO DE INFRAÇÃO. CONCOMITÂNCIA DE INSTÂNCIAS. OCORRÊNCIA.

Questões argüidas pelo contribuinte, simultaneamente, nos âmbitos administrativo e judiciário, não podem ser apreciadas pela instância administrativa de julgamento, sob pena de ocorrência de concomitância de instâncias, não admitida pela ordem jurídica vigente, que adotou o princípio da unicidade jurisdicional, pelo qual a decisão judicial tem prevalência absoluta sobre eventual decisão administrativa.

PRELIMINAR. DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA.

Carece de legitimidade a constituição de créditos tributários realizada após o transcurso do prazo decadencial de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

ERROS MATERIAIS. NULIDADE. DESCABIMENTO.

As irregularidades, incorreções e omissões, que não configurem atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo.

MÉRITO. EXIGIBILIDADE SUSPENSÃO. LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. EXIGÊNCIA DE MORATÓRIOS. CABIMENTO.

Os efeitos da liminar ou sentença não transitada em julgado que suspenda a exigência de tributo somente obsta a autoridade fiscal de proceder à cobrança do crédito em litígio, não de efetuar a sua constituição mediante lançamento para prevenir a decadência.

O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta.

DEDUÇÕES NA BASE DE CÁLCULO. CARÊNCIA DE PROVAS.

A permanência do contribuinte no plano das alegações, sem discriminar os valores que pretende sejam excluídos da base de cálculo do tributo, revela não desincumbência do ônus da prova, e, assim, pelas regras processuais, o direito alegado, que não restou provado, não pode ser assegurado.

DEDUÇÃO DAS SOBRAS. BENEFÍCIO CONDICIONADO AO RECOLHIMENTO DO PIS/FOLHA DE SALÁRIOS.

O benefício da exclusão das bases de cálculo do PIS e da COFINS, das sobras das cooperativas, está condicionado ao recolhimento concomitante do PIS/Folha de Salários.

Lançamento Procedente em Parte

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 22/03/2012 por MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA, Assinado digitalmente em 22/03/

2012 por MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA, Assinado digitalmente em 31/03/2012 por MERCIA HELENA TRAJANO DAM
ORIM

Impresso em 02/04/2012 por NALI DA COSTA RODRIGUES - VERSO EM BRANCO

O contribuinte, restando inconformado com a decisão de primeira instância, apresentou recurso voluntário no qual ratifica e reforça os argumentos trazidos em sua peça de impugnação.

Os autos foram enviados ao antigo Terceiro Conselho de Contribuintes e fui designado como relator do presente recurso voluntário, na forma regimental. Tendo sido criado o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pela Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008, e mantida a competência deste Conselheiro para atuar como relator no julgamento deste processo, na forma da Portaria nº 41, de 15 de fevereiro de 2009, requisitei a inclusão em pauta para julgamento deste recurso.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos requisitos legais de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Durante anos houve debate sobre a necessidade e dever do Poder Público lançar valores depositados para prevenir a decadência. Naqueles tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quando o contribuinte efetua o depósito integral do débito, restou pacificada no Superior Tribunal de Justiça a desnecessidade de constituição do crédito por meio do lançamento, uma vez que o contribuinte já teria feito a apuração e o recolhimento/depósito do valor devido.

Este entendimento surgiu com o precedente da Primeira Seção (EResp 898.992/PR, relator Ministro Castro Meira, DJU de 27/08/07), cuja ementa é a seguinte:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL. ART. 151, II, DO CTN. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONVERSÃO EM RENDA. DECADÊNCIA

Com o depósito do montante integral tem-se verdadeiro lançamento por homologação. O contribuinte calcula o valor do tributo e substitui o pagamento antecipado pelo depósito, por entender indevida a cobrança. Se a Fazenda aceita como integral o depósito, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito, aquiesceu expressa ou tacitamente com o valor indicado pelo contribuinte, o que equivale à homologação fiscal prevista no art. 150, § 4º, do CTN.

Uma vez ocorrido o lançamento tácito, encontra-se constituído o crédito tributário, razão pela qual não há mais falar no transcurso do prazo decadencial nem na necessidade de lançamento de ofício das importâncias depositadas.

“No lançamento por homologação, o contribuinte, ocorrido o fato gerador, deve calcular e recolher o montante devido, independentemente de provocação. Se, em vez de efetuar o recolhimento simplesmente, resolve questionar judicialmente a obrigação tributária, efetuando o depósito, este faz as vezes do recolhimento, sujeito, porém, à decisão final transitada em julgado. Não há que se dizer que o decurso do prazo decadencial, durante a demanda extinga o crédito tributário, implicando a perda superveniente do objeto da demanda e o direito ao levantamento do depósito. Tal conclusão seria equivocada, pois o depósito, que é predestinado legalmente à conversão em caso de improcedência da demanda, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, equipara-se ao pagamento no que diz respeito ao cumprimento das obrigações do contribuinte, sendo que o decurso do tempo sem lançamento de ofício pela autoridade implica lançamento tácito no montante exato do depósito” (Leandro Paulsen, “Direito Tributário”, Livraria do Advogado, 7ª, ed. P. 1277).

Embargos de divergência não providos.

Assim, o depósito integral do montante do tributo, efetuado pelo contribuinte, além de suspender a exigibilidade do crédito tributário, torna desnecessária a constituição do crédito pelo lançamento.

Isto porque aquela Corte Superior entendeu que o depósito corresponde a um lançamento tácito, porque o sujeito passivo procede ao cálculo do tributo e coloca o montante correspondente em dinheiro à disposição do Fisco. Desta forma, o lançamento só será necessário quando o depósito não for integral.

Este entendimento permanece inalterado, conforme se verifica das ementas abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO ART. 544 E 545, DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. MANDANDO DE SEGURANÇA QUESTIONANDO A LEGALIDADE DO IRPJ. DEPÓSITOS EFETUADOS A FIM DE SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

SUPERVENIENTE IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA QUANTO AO DIREITO DE LANÇAR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO QUE

EQUIVALE AO PAGAMENTO. DESNECESSIDADE DE LANÇAMENTO.

1. O depósito efetuado por ocasião do questionamento judicial do tributo suspende a exigibilidade do mesmo, enquanto perdurar contenda, ex vi do art. 151, II, do CTN e, por força do seu desígnio, implica lançamento tácito no montante exato do quantum depositado, conjurando eventual alegação de decadência do direito de constituir o crédito tributário.

2. Julgado improcedente o pedido da empresa e em havendo depósito, torna-se desnecessária a constituição do crédito tributário no quinquênio legal, não restando consumada a prescrição ou a decadência.

3. A sucumbência no mandado de segurança acarreta, conseqüentemente, a conversão dos depósitos outrora efetivados, em renda da UNIÃO, extinguindo o crédito tributário consoante o dictamen do art. 156, VI, do CTN, restando desnecessário o lançamento por conta do próprio provimento judicial. (Precedentes: AgRg no Ag 1163962/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 15/10/2009; AgRg nos EREsp 1037202/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 27/05/2009, DJe 21/08/2009; REsp 1037202/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008, DJe 24/09/2008; REsp 757.311/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/05/2008, DJe 18/06/2008.)

4. Nesse sentido, a doutrina clássica do tema, verbis:

No lançamento por homologação, o contribuinte, ocorrido o fato gerador, deve calcular e recolher o montante devido, independente de provocação. Se, em vez de efetuar o recolhimento simplesmente, resolve questionar judicialmente a obrigação tributária, efetuando o depósito, este faz as vezes do recolhimento, sujeito, porém, à decisão final transitada em julgado. Não há que se dizer que o decurso do prazo decadencial, durante a demanda, extinga o crédito tributário, implicando a perda superveniente do objeto da demanda e o direito ao levantamento do depósito. Tal conclusão seria equivocada, pois o depósito, que é predestinado legalmente à conversão em caso de improcedência da demanda, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, equipara-se ao pagamento no que diz respeito ao cumprimento das obrigações do contribuinte, sendo que o decurso do tempo sem lançamento de ofício pela autoridade implica lançamento tácito no montante exato do depósito. (PAULSEN, Leandro, Direito Tributário, São Paulo, Livraria do Advogado, 7ª ed, p. 1227).

4. Inexiste ofensa do artigo 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, mercê de o

magistrado não estar obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

5. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no Ag 1211443 / RJ, 1ª Turma do STJ, relator Ministro Luiz Fux, Dje 20/04/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL. DEPÓSITO JUDICIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DESNECESSIDADE DE LANÇAMENTO FORMAL PELO FISCO. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. *Não cabe a esta Corte analisar afronta a dispositivo constitucional, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpar-se da competência do Supremo Tribunal Federal.*

2. *A Primeira Seção desta Corte possui entendimento pacífico no sentido de que "no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o contribuinte, ao realizar o depósito judicial com vistas à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, promove a constituição deste nos moldes do que dispõe o art. 150 e parágrafos do CTN. Isso porque verifica a ocorrência do fato gerador, calcula o montante devido e, em vez de efetuar o pagamento, deposita a quantia aferida, a fim de impugnar a cobrança da exação. Assim, o crédito tributário é constituído por meio da declaração do sujeito passivo, não havendo falar em decadência do direito do Fisco de lançar, caracterizando-se, com a inércia da autoridade fazendária apenas a homologação tácita da apuração anteriormente realizada. Não há, portanto, necessidade de ato formal de lançamento por parte da autoridade administrativa quanto aos valores depositados." (EResp 686.479/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 22.9.2008).*

3. *Nesse sentido, destaco, também, os seguintes julgados: AgRg nos EREsp 1.037.202/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ 21.8.2009, EDcl nos EREsp 464.343/DF, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ 3.3.2008, EREsp 615.303/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 15.10.2007.*

4. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no Ag 1163962 / SP, 2ª Turma do STJ, relator Min. Mauro Campbell Marques, Dje 15/10/2009).

Além disso, mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça adotou o procedimento previsto no artigo 543-C do CPC, o qual deve ser observado por este Colegiado,

na forma do disposto no artigo 62-A, introduzido na nova redação emprestada ao Regimento Interno deste CARF, pela Portaria nº MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010 (publicada no DOU de 22.12.2010). Foi a seguinte ementa adotada por aquela Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO ANTIEXACIONAL ANTERIOR À EXECUÇÃO FISCAL. DEPÓSITO INTEGRAL DO DÉBITO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (ART. 151, II, DO CTN). ÔBICE À PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL, QUE, ACASO AJUIZADA, DEVERÁ SER EXTINTA.

1. O depósito do montante integral do débito, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN, suspende a exigibilidade do crédito tributário, impedindo o ajuizamento da execução fiscal por parte da Fazenda Pública.

(Precedentes: REsp 885.246/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 06/08/2010; REsp 1074506/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/09/2009; AgRg nos EDcl no REsp 1108852/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 10/09/2009; AgRg no REsp 774.180/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009; REsp 807.685/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 08/05/2006; REsp 789.920/MA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 06/03/2006; REsp 601.432/CE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2005, DJ 28/11/2005; REsp 255.701/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ 09/08/2004; REsp 174.000/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2001, DJ 25/06/2001; REsp 62.767/PE, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/1997, DJ 28/04/1997; REsp 4.089/SP, Rel. Ministro GERALDO SOBRAL, Rel. p/ Acórdão MIN. JOSÉ DE JESUS FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/1991, DJ 29/04/1991; AgRg no Ag 4.664/CE, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/08/1990, DJ 24/09/1990)

2. É que as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN) impedem a realização, pelo Fisco, de atos de cobrança, os quais têm início em momento posterior ao lançamento, com a lavratura do auto de infração.

3. O processo de cobrança do crédito tributário encarta as seguintes etapas, visando ao efetivo recebimento do referido crédito:

a) a cobrança administrativa, que ocorrerá mediante a lavratura do auto de infração e aplicação de multa: exigibilidade-autuação;

b) a inscrição em dívida ativa: exigibilidade-inscrição;

c) a cobrança judicial, via execução fiscal: exigibilidade-execução.

4. Os efeitos da suspensão da exigibilidade pela realização do depósito integral do crédito exequendo, quer no bojo de ação anulatória, quer no de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, ou mesmo no de mandado de segurança, desde que ajuizados anteriormente à execução fiscal, têm o condão de impedir a lavratura do auto de infração, assim como de coibir o ato de inscrição em dívida ativa e o ajuizamento da execução fiscal, a qual, acaso proposta, deverá ser extinta.

5. A improcedência da ação antiexacional (precedida do depósito do montante integral) acarreta a conversão do depósito em renda em favor da Fazenda Pública, extinguindo o crédito tributário, consoante o comando do art. 156, VI, do CTN, na esteira dos ensinamentos de abalizada doutrina, verbis:

"Depois da constituição definitiva do crédito, o depósito, quer tenha sido prévio ou posterior, tem o mérito de impedir a propositura da ação de cobrança, vale dizer, da execução fiscal, porquanto fica suspensa a exigibilidade do crédito.

(...)

Ao promover a ação anulatória de lançamento, ou a declaratória de inexistência de relação tributária, ou mesmo o mandado de segurança, o autor fará a prova do depósito e pedirá ao Juiz que mande cientificar a Fazenda Pública, para os fins do art. 151, II, do Código Tributário Nacional. Se pretender a suspensão da exigibilidade antes da propositura da ação, poderá fazer o depósito e, em seguida, juntando o respectivo comprovante, pedir ao Juiz que mande notificar a Fazenda Pública. Terá então o prazo de 30 dias para promover a ação. Julgada a ação procedente, o depósito deve ser devolvido ao contribuinte, e se improcedente, convertido em renda da Fazenda Pública, desde que a sentença de mérito tenha transitado em julgado"

(MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 27ª ed., p. 205/206).

6. In casu, o Tribunal a quo, ao conceder a liminar pleiteada no bojo do presente agravo de instrumento, consignou a integralidade do depósito efetuado, às fls. 77/78:

"A verossimilhança do pedido é manifesta, pois houve o depósito dos valores reclamados em execução, o que acarreta a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, de forma que ~~concedo a liminar pleiteada~~ para o fim de suspender a execução

até o julgamento do mandado de segurança ou julgamento deste pela Turma Julgadora."

7. A ocorrência do depósito integral do montante devido restou ratificada no aresto recorrido, consoante dessume-se do seguinte excerto do voto condutor, in verbis:

"O depósito do valor do débito impede o ajuizamento de ação executiva até o trânsito em julgado da ação.

Consta que foi efetuado o depósito nos autos do Mandado de Segurança impetrado pela agravante, o qual encontra-se em andamento, de forma que a exigibilidade do tributo permanece suspensa até solução definitiva.

Assim sendo, a Municipalidade não está autorizada a proceder à cobrança de tributo cuja legalidade está sendo discutida judicialmente."

8. In casu, o Município recorrente alegou violação do art. 151, II, do CTN, ao argumento de que o depósito efetuado não seria integral, posto não coincidir com o valor constante da CDA, por isso que inapto a garantir a execução, determinar sua suspensão ou extinção, tese insindicação pelo STJ, mercê de a questão remanescer quanto aos efeitos do depósito servirem à fixação da tese repetitiva.

9. Destarte, ante a ocorrência do depósito do montante integral do débito exequendo, no bojo de ação antiexacional proposta em momento anterior ao ajuizamento da execução, a extinção do executivo fiscal é medida que se impõe, porquanto suspensa a exigibilidade do referido crédito tributário.

10. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ, REsp 1140956/SP, relator Ministro Luiz Fux, 1ª Seção, DJe 03/12/2010) (grifos acrescidos)

Por esta razão, VOTO por dar provimento ao recurso e considerar o auto de infração nulo.

Marcelo Ribeiro Nogueira - relator

Declaração de Voto

Conselheiro Mércia Helena Trajano D'Amorim

Declaração de voto/Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Médicos e demais Profissionais de Nível Superior da área de Saúde de Campinas e Região.

O Regimento Interno desta Corte determina que os Conselheiros votem em conformidade com as decisões proferidas pelo STJ quando objeto do rito dos recursos repetitivos, forte no art. 62-A.

No presente caso, entendo que não deva ser aplicada, a *contrario sensu*, a decisão proferida no REsp nº 114.0956/SP, mencionado no voto do I. relator.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO ANTIEXACIONAL ANTERIOR À EXECUÇÃO FISCAL. DEPÓSITO INTEGRAL DO DÉBITO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (ART. 151, II, DO CTN). ÓBICE À PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL, QUE, ACASO AJUIZADA, DEVERÁ SER EXTINTA.

1. O depósito do montante integral do débito, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN, suspende a exigibilidade do crédito tributário, impedindo o ajuizamento da execução fiscal por parte da Fazenda Pública.

(Precedentes: REsp 885.246/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 06/08/2010; REsp 1074506/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/09/2009; AgRg nos EDcl no REsp 1108852/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 10/09/2009; AgRg no REsp 774.180/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009; REsp 807.685/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 08/05/2006; REsp 789.920/MA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 06/03/2006; REsp 601.432/CE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2005, DJ 28/11/2005; REsp 255.701/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ 09/08/2004; REsp 174.000/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2001, DJ 25/06/2001; REsp 62.767/PE, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/1997, DJ 28/04/1997; REsp 4.089/SP, Rel. Ministro GERALDO SOBRAL, Rel. p/ Acórdão MIN. JOSÉ DE JESUS FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/1991, DJ 29/04/1991, AgRg no Ag 4.664/CE, Rel. Ministro GARCIA

VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/08/1990, DJ 24/09/1990)

2. É que as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN) impedem a realização, pelo Fisco, de atos de cobrança, os quais têm início em momento posterior ao lançamento, com a lavratura do auto de infração.

3. O processo de cobrança do crédito tributário encarta as seguintes etapas, visando ao efetivo recebimento do referido crédito:

a) a cobrança administrativa, que ocorrerá mediante a lavratura do auto de infração e aplicação de multa: exigibilidade-autuação;

b) a inscrição em dívida ativa: exigibilidade-inscrição;

c) a cobrança judicial, via execução fiscal: exigibilidade-execução.

4. Os efeitos da suspensão da exigibilidade pela realização do depósito integral do crédito exequendo, quer no bojo de ação anulatória, quer no de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, ou mesmo no de mandado de segurança, desde que ajuizados anteriormente à execução fiscal, têm o condão de impedir a lavratura do auto de infração, assim como de coibir o ato de inscrição em dívida ativa e o ajuizamento da execução fiscal, a qual, acaso proposta, deverá ser extinta.

5. A improcedência da ação antiexacional (precedida do depósito do montante integral) acarreta a conversão do depósito em renda em favor da Fazenda Pública, extinguindo o crédito tributário, consoante o comando do art. 156, VI, do CTN, na esteira dos ensinamentos de abalizada doutrina, verbis:

"Depois da constituição definitiva do crédito, o depósito, quer tenha sido prévio ou posterior, tem o mérito de impedir a propositura da ação de cobrança, vale dizer, da execução fiscal, porquanto fica suspensa a exigibilidade do crédito.

(...)

Ao promover a ação anulatória de lançamento, ou a declaratória de inexistência de relação tributária, ou mesmo o mandado de segurança, o autor fará a prova do depósito e pedirá ao Juiz que mande cientificar a Fazenda Pública, para os fins do art. 151, II, do Código Tributário Nacional. Se pretender a suspensão da exigibilidade antes da propositura da ação, poderá fazer o depósito e, em seguida, juntando o respectivo comprovante, pedir ao Juiz que mande notificar a Fazenda Pública. Terá então o prazo de 30 dias para promover a ação. Julgada a ação procedente, o depósito deve ser devolvido ao contribuinte, e se improcedente, convertido em renda da Fazenda Pública, desde **que a sentença de mérito tenha transitado em julgado**"

(MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 27ª ed., p. 205/206).

6. In casu, o Tribunal a quo, ao conceder a liminar pleiteada no bojo do presente agravo de instrumento, consignou a integralidade do depósito efetuado, às fls. 77/78:

"A verossimilhança do pedido é manifesta, pois houve o depósito dos valores reclamados em execução, o que acarreta a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, de forma que concedo a liminar pleiteada para o fim de suspender a execução até o julgamento do mandado de segurança ou julgamento deste pela Turma Julgadora."

7. A ocorrência do depósito integral do montante devido restou ratificada no aresto recorrido, consoante dessume-se do seguinte excerto do voto condutor, in verbis:

"O depósito do valor do débito impede o ajuizamento de ação executiva até o trânsito em julgado da ação."

Consta que foi efetuado o depósito nos autos do Mandado de Segurança impetrado pela agravante, o qual encontra-se em andamento, de forma que a exigibilidade do tributo permanece suspensa até solução definitiva.

Assim sendo, a Municipalidade não está autorizada a proceder à cobrança de tributo cuja legalidade está sendo discutida judicialmente."

8. In casu, o Município recorrente alegou violação do art. 151, II, do CTN, ao argumento de que o depósito efetuado não seria integral, posto não coincidir com o valor constante da CDA, por isso que inapto a garantir a execução, determinar sua suspensão ou extinção, tese insindicação pelo STJ, mercê de a questão remanescer quanto aos efeitos do depósito servirem à fixação da tese repetitiva.

9. Destarte, ante a ocorrência do depósito do montante integral do débito exequendo, no bojo de ação antiexacional proposta em momento anterior ao ajuizamento da execução, a extinção do executivo fiscal é medida que se impõe, porquanto suspensa a exigibilidade do referido crédito tributário.

10. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ, REsp 1140956/SP, relator Ministro Luiz Fux, 1ª Seção, DJe 03/12/2010) (grifos acrescidos)

Não obstante, o Resp mencionado acima, observei que o mesmo é de aplicação para execução fiscal, por parte da Fazenda Pública, quando da existência de depósito integral (art. 151, inc. II do CTN), o que a meu ver, não é o caso em tela. Portanto, tem-se que

o lançamento é o instrumento hábil e necessário para constituição do crédito tributário para evitar a decadência, como discorrerei a seguir.

Alega-se que não haveria justificativa jurídica para se efetuar lançamento para prevenir a decadência do direito de constituição do crédito tributário, porque a suspensão de exigibilidade do crédito em questão, por medida liminar em Mandado de Segurança, nos termos do artigo 151, inciso IV, do CTN, afastaria os efeitos decadenciais oriundos da inércia da Administração na formalização da obrigação tributária descumprida (caso em foco).

Os efeitos da liminar ou sentença não transitada em julgado que suspenda a exigência de tributo, somente obstam a autoridade fiscal de proceder à cobrança do crédito em litígio, mas não a proíbe de efetuar a sua constituição mediante lançamento para prevenir a decadência.

O lançamento feito para prevenir a decadência representa apenas a constituição do título hábil a lastrear a *cobrança futura* caso o Fisco emergja vencedor na ação judicial, ou caso o contribuinte perca, no transcurso do processo, a proteção judicial de suspensão da cobrança.

O art. 142, parágrafo único, do CTN, é expresso ao determinar que a constituição o crédito tributário é obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, *in verbis*: “Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, (...). Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”.

Cito ainda, o Recurso Especial do STJ de nº 332693, em que segundo o voto da Ministra Eliana Calmon “o Fisco não está inibido de constituir o seu crédito, dispondo então de cinco anos para fazê-lo, com ou sem depósito, porque, como já visto, a única inibição provocada pelo depósito refere-se à exigibilidade, existente em um segundo momento, quando já constituído o crédito, nos termos do art. 142 do CTN”.

Nesse contexto, o art. 63, da Lei 9.430/96, prevê, também, que sejam feitos lançamentos de créditos com exigibilidade suspensa para prevenir a decadência, estabelecendo, nesse caso, que a autoridade competente o faça, sem aplicar a multa de ofício.

Em relação à outra questão, de que o lançamento não poderia consignar os juros de mora, sob o motivo de que inexistiria mora no caso de o tributo estar com exigibilidade suspensa, importa observar que também não assiste razão.

Existe mora quando o tributo devido está vencido. O vencimento do tributo é definido em lei. A medida judicial suspensiva de exigibilidade não tem por efeito alterar a data do vencimento do tributo, postergando-a, - como a tese da recorrente. E, se há mora, devem ser consignados no lançamento os competentes encargos legais.

Neste sentido, o CTN estipula no artigo 161, que os juros de mora são sempre exigíveis quando vencido o tributo, excetuados apenas os casos de consulta tributária sobre o crédito a vencer, dirigida ao Fisco.

Inclusive transcrevo, parte final do voto do I. relator, quando o mesmo declara a concordância na cobrança dos juros moratórios:

“Quanto à cobrança de acréscimos moratórios no lançamento efetuado, observo que este Colegiado tem sua decisão vinculada ao teor da Súmula nº 5 deste CARF, que tem o seguinte teor:

Súmula CARF nº 5

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

Portanto, incabível o provimento do pedido recursal neste particular.”

Assim sendo, o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora. Logo, cabimento do lançamento, bem como dos juros moratórios.

Por todo o exposto, não é caso de aplicação do Resp 1140956/SPO, que se aproveita para caso de depósito do montante integral do débito, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN, quando suspende a exigibilidade do crédito tributário, impedindo o ajuizamento

É por este motivo que votei por não acompanhar o voto do relator no sentido de não acolher a preliminar de nulidade do Auto de Infração.

Mércia Helena Trajano D’Amorim