



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 16327.000900/2006-16
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-003.474 – 1ª Turma
Sessão de 07 de março de 2018
Matéria DEPÓSITO JUDICIAL. LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO.
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado HSBC BANK BRASIL S.A. - BANCO MULTIPLO

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2000

DEPÓSITO JUDICIAL. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Ainda que se refira a crédito tributário objeto de depósito judicial, não é nulo o lançamento de ofício realizado para fins de prevenção da decadência, com o expresse reconhecimento da suspensão da sua exigibilidade e sem a aplicação de penalidade ao sujeito passivo.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2000

MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS NA FASE DE RECURSO VOLUNTÁRIO. DEVOLUÇÃO À TURMA *A QUO*.

Uma vez restabelecidas as autuações fiscais, faz-se necessário o retorno dos autos à Turma *a quo* para análise dos pontos específicos suscitados no recurso voluntário que deixaram de ser apreciados no acórdão recorrido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luis Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que não conheceram do recurso e que lhe negaram provimento. Votou pelas conclusões o conselheiro Flávio Franco Corrêa.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rego - Presidente

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luis Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra, Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela FAZENDA NACIONAL em 25/04/2014, com fundamento no art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009 (RICARF/2009), em que se alega a existência de divergência jurisprudencial acerca de matéria relacionada à lide.

A recorrente insurge-se contra o Acórdão nº 1201-000.887, por meio do qual os membros da 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF decidiram, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário.

A decisão recorrida cancelou integralmente a exigência dos créditos tributários de IRPJ objeto do presente processo. Durante o procedimento de fiscalização, verificou-se que parte do IRPJ apurado pelo contribuinte no ano-calendário 2000 não fora pago/compensado por estar sendo questionada judicialmente por meio do mandado de segurança nº 2000.61.00.024768-7. Na ação, pleiteava-se a dedutibilidade da CSLL na formação da base de cálculo do IRPJ relativo àquele período, afastando-se o disposto no art. 1º da Lei nº 9.316/1996.

Após obter decisões judiciais desfavoráveis, o contribuinte realizou, em 16/12/2005, depósito judicial correspondente ao valor de IRPJ que deixou de ser recolhido, no valor total de R\$ 5.107.096,24, sendo R\$ 2.747.818,92 de imposto e R\$ 2.359.277,32 a título de juros de mora incorridos até a data da realização do depósito.

Diante de tal cenário, a Fiscalização decidiu efetuar o lançamento fiscal com a finalidade de prevenção da decadência, reconhecendo que os créditos tributários estariam com sua exigibilidade suspensa em razão da existência de depósitos judiciais, em conformidade com o art. 151, II, do CTN. Foram lançados então R\$ 2.747.818,92 referentes ao IRPJ ainda devido em relação ao ano-calendário 2000 e R\$ 2.484.303,08 a título de juros de mora atualizados até 19/06/2006, data da lavratura do auto de infração.

A autuação fora integralmente mantida em sede de julgamento administrativo de primeira instância e, posteriormente, cancelada pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara, em julgamento que culminou na prolação do acórdão contra o qual ora se insurge a recorrente.

O acórdão recorrido foi assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2000

CRÉDITO JÁ CONSTITUÍDO MEDIANTE DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DESNECESSIDADE.

O depósito do montante integral, na esfera judicial, tem o condão de constituir o crédito tributário, tornando desnecessário qualquer ato formal de lançamento pelas autoridades competentes, de modo que, posteriormente, não há de se falar em decadência do direito de lançar.

Após a formalização do acórdão, os autos foram encaminhados de forma eletrônica à PGFN em 23/04/2014, para fins de ciência do teor da decisão. A intimação pessoal do Procurador se daria, portanto, em 23/05/2014, nos termos do §3º do art. 7º da Portaria MF nº 527/2010.

Antes disso, já em 25/04/2014, a PGFN interpôs recurso especial insurgindo-se contra o Acórdão nº 1201-000.887, sob a alegação de que a decisão teria dado à legislação tributária interpretação diversa da que tem sido adotada em outros processos julgados no âmbito do CARF, no que toca à possibilidade de realização de lançamento de ofício de crédito tributário objeto de depósito judicial integral.

Em atendimento aos requisitos de admissibilidade do recurso especial, então previstos nos arts. 67 e seguintes do Anexo II do RICARF/2015 (requisitos que basicamente foram mantidos nos arts. 67 e seguintes do Anexo II da versão atualmente vigente do Regimento, aprovada pela MF nº 343, de 09/06/2015 - RICARF/2015), a recorrente apontou acórdãos de câmaras dos extintos 1º e 2º Conselhos de Contribuintes, que teriam dado ao tema debatido interpretação diversa daquela esposada pela decisão recorrida.

A recorrente relata que o acórdão recorrido cancelou integralmente a exigência tributária em razão da existência, à época do lançamento, de depósito judicial do montante integral do débito em questão. A decisão teria se fundamentado na desnecessidade de qualquer ato formal de lançamento pela autoridade tributária, uma vez que o depósito judicial já teria o condão de constituir o crédito tributário.

Afirma a PGFN que, ao adotar tal entendimento, a decisão recorrida teria interpretado a legislação aplicável ao caso de forma conflitante com a adotada nos Acórdãos nº 203-10.179 (proferido pela 3ª Câmara do extinto 2º Conselho de Contribuintes) e nº 107-07.992 (prolatado pela 7ª Câmara do também extinto 1º Conselho de Contribuintes).

Segundo a recorrente, o Acórdão nº 203-10.179, diante de situação que em tudo se assemelha à circunscrita nos presentes autos (inclusive na inocorrência de divergência entre o Fisco e o sujeito passivo quanto aos valores apurados e declarados com exigibilidade suspensa), concluiu em sentido contrário à decisão recorrida, entendendo pela necessidade do lançamento de ofício e, portanto, de sua manutenção, para fins de prevenção da decadência, devendo-se excluir somente a multa e os juros lançados.

Também o Acórdão nº 107-07.992, segundo paradigma indicado pela recorrente, teria firmado posicionamento frontalmente colidente com o adotado pelo acórdão recorrido, ao decidir que a existência de depósito judicial no montante integral do crédito tributário não impede o lançamento de ofício para prevenir a decadência, sendo irrelevante se este seria ou não prescindível.

Após defender a existência de divergência jurisprudencial entre os acórdãos recorrido e paradigmas, a PGFN apresenta alegações que deveriam, sob seu ponto de vista, provocar a reforma da decisão recorrida. Em suma, argumenta-se que:

- Nos termos do art. 142 do CTN, o lançamento é ato administrativo de caráter vinculado e obrigatório, não podendo a autoridade fiscal eximir-se de efetuar-lo, mesmo que existente situação de suspensão de exigibilidade do crédito tributário (art. 151, do CTN), sob pena de responsabilidade funcional;

- O art. 63 da Lei nº 9.430/1996 autoriza que o Fisco, com vistas a prevenir a decadência, proceda ao lançamento quando o contribuinte, antes do procedimento fiscal, busca a tutela jurisdicional para deixar de recolher, total ou parcialmente, determinado tributo, realizando os respectivos depósito judiciais integrais;

- O fato de a exigibilidade do crédito tributário encontrar-se suspensa por depósito judicial integral do valor devido não caracteriza qualquer óbice a que seja efetuado lançamento de ofício, ainda que para prevenir a decadência. O depósito judicial suspende apenas a exectoriedade do crédito tributário, não impedindo seu lançamento;

- Esta linha de pensamento é corroborada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores;

- O fato de não haver divergência entre o contribuinte e o Fisco quanto aos valores informados em DCTF não torna tais valores "confessados", no sentido de confissão de dívida, a ponto de tornar desnecessário seu lançamento tributário;

- O depósito do montante integral apenas torna desnecessário o lançamento, mas não o impede. Na verdade, o STJ vem afirmando (REsp nº 1.140.956/SP) que os atos posteriores ao lançamento, tal qual o ajuizamento da Execução Fiscal, é que ficam impedidos de serem realizados.

A PGFN encerra seu recurso especial com o pedido de que este seja admitido e provido para reformar o acórdão recorrido, restaurando-se o lançamento promovido.

A irrisignação da Fazenda Nacional foi submetida a juízo de admissibilidade, a fim de se verificar a observância dos requisitos regimentalmente exigidos dos recursos especiais. As conclusões foram expostas em despacho de 29/10/2015, que entendeu ter sido devidamente comprovada pela recorrente a existência de dissenso jurisprudencial entre os Acórdãos nº 1201-000.887 (recorrido) e nº 203-10.179 e nº 107-07.992 (paradigmas) no que concerne à possibilidade de lançamento de ofício frente à existência de depósito judicial integral. Assim, deu-se seguimento ao recurso especial interposto pela PGFN.

Em 23/11/2015, o contribuinte foi intimado a tomar ciência do Acórdão nº 1201-000.887, do recurso especial apresentado pela PGFN e do despacho que o admitiu, por meio de mensagem eletrônica enviada à sua Caixa Postal (Domicílio Tributário Eletrônico).

Em resposta, ao invés de opor contrarrazões ao recurso especial fazendário, o contribuinte apresentou petição por meio da qual noticiou que teriam sido transformados em pagamento definitivo os depósitos judiciais relativos ao IRPJ do ano-calendário 2000 realizados nos autos do mandado de segurança nº 0024768-04.2000.4.03.6100 (antigo nº 2000.61.00.024768-7).

Com base nesta afirmação, formulou o contribuinte o seguinte pedido:

"Assim, tendo em vista a transformação do depósito judicial em pagamento definitivo (doc. j), resta evidente que o Recurso Especial da Fazenda Nacional restou prejudicado por perda de objeto em razão da extinção dos débitos exigidos no presente processo administrativo por conversão do depósito em renda da União Federal, nos termos do artigo 156, VI, do Código Tributário Nacional, motivo pelo qual requer seja determinada baixa dos débitos lançados e o consequente arquivamento do presente feito." (destaques no original)

Os autos foram então remetidos pela unidade de origem ao CARF, "tendo em vista a petição apresentada pelo contribuinte em que informa que o litígio está pago" e a pendência de apreciação de recurso especial da Fazenda Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator

Conforme relatado, o contribuinte, após ser intimado a apresentar suas contrarrazões ao recurso especial da Fazenda Nacional, apresentou petição afirmando que os débitos objeto do presente processo já teriam sido extintos em decorrência da transformação dos respectivos depósitos judiciais (associados ao mandado de segurança nº 0024768-04.2000.4.03.6100) em pagamento definitivo em favor da União.

Assim, pleiteia o contribuinte a baixa dos débitos lançados e o consequente arquivamento do presente feito, uma vez que o recurso especial manejado pela Fazenda Nacional teria restado prejudicado diante da perda de seu objeto.

Considero que a verificação da efetiva extinção dos créditos tributários sob exame, em razão da alegada conversão dos depósitos judiciais em pagamento definitivo, é matéria atinente ao momento da liquidação do acórdão, não influenciando de forma direta no presente julgamento.

Como o contribuinte não apresentou contrarrazões, uma vez que deixou de fazê-lo na oportunidade em que deveria, em razão de sua afirmação de que os débitos ali discutidos já teriam sido extintos pela conversão dos depósitos judiciais em renda a favor da União, então opera-se a preclusão consumativa relativamente às contrarrazões.

Assim, passo a expor meu voto a respeito do mérito da questão questionada no recurso especial da PGFN.

De plano, julgo prudente esclarecer que não entendo aplicável ao presente caso o mandamento insculpido no art. 62, § 2º, do Anexo II do RICARF/2015:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016) (grifou-se)

Nos processos administrativos em que se discute a (im)possibilidade de realização de lançamento de ofício de crédito tributário objeto de prévio depósito judicial, é frequente a alegação, por parte dos sujeitos passivos, de que a questão já teria sido decidida de maneira definitiva pelo STJ no acórdão de julgamento do REsp nº 1.140.956/SP.

O julgamento de tal recurso judicial efetivamente seguiu o rito previsto no art. 543-C do antigo Código de Processo Civil (CPC), em virtude de aquela Corte Superior ter considerado o recurso como representativo de controvérsia. Portanto, tal julgado se enquadraria, em tese, entre as hipóteses elencadas no § 2º do art. 62 do Anexo II do RICARF/2015.

Ocorre que o caso concreto enfrentado nos presentes autos não é alcançado pelo teor daquele julgado, de forma a vincular a decisão deste Colegiado.

A 2ª Turma da CSRF teve recentemente a oportunidade de deliberar a respeito do alcance do acórdão de julgamento do REsp nº 1.140.956/SP. Dispôs a respeito do assunto o voto condutor do Acórdão nº 9202-004.303:

"A esse respeito, o Contribuinte alega a existência de decisão do Superior Tribunal de Justiça, na sistemática do art. 543-B, do Código de Processo Civil, que vincularia os Conselheiros de CARF, conforme o art. 62, § 2º, do Anexo II, do RICARF. Trata-se do Recurso Especial 1.140.956-SP, que no entender desta Conselheira de forma alguma autoriza a conclusão de que deveriam ser declarados nulos os Autos de Infração lavrados em presença de depósito do montante integral do débito.

Assim, embora não seja imprescindível a lavratura de Auto de Infração nos casos em que haja depósito do montante integral do crédito tributário, não há base legal para que os lançamentos efetuados nessas condições sejam considerados nulos ou sejam cancelados. Nesse sentido, trago à colação e aqui incluo em minhas razões de decidir o voto proferido pela Ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa, no Acórdão nº 1101-001.135, de 05/06/2014, que analisou o Recurso Especial 1.140.956-SP, citado pelo Contribuinte em seu apelo, concluindo que o efeito repetitivo não contempla a tese esposada pelo Contribuinte:

"A recorrente invoca a observância do art. 62-A do RICARF em razão da manifestação do Superior Tribunal de Justiça assim consolidada na ementa do Recurso Especial nº 1.140.956SP:

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.

(...)

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 insindicável 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. (destaques do original)

Porém, observa-se que a discussão, naqueles autos, tinha em conta execução fiscal promovida em face de sujeito passivo que promovera depósito judicial classificado como insuficiente pela Municipalidade e, assim, inábil a suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Aqui, o lançamento foi formalizado sem aplicação de penalidade e com o reconhecimento da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, inexistindo qualquer questionamento acerca da suficiência do depósito judicial. Por sua vez, o voto condutor do julgado antes mencionado principia observando que:

Entrementes, dentre os multifários recursos especiais relacionados à questão da impossibilidade de ajuizamento de executivo fiscal, ante a existência de ação antiexacional conjugada ao depósito do crédito tributário, grande parte refere-se à discussão acerca da integralidade do depósito efetuado ou da existência do mesmo, razão pela qual impõe-se o julgamento da controvérsia pelo rito previsto no art. 543-C, do CPC, cujo escopo precípuo é a uniformização da jurisprudência e a celeridade processual. (destaques do original)

Sob esta ótica, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se acerca da implementação da suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão de depósito judicial, asseverando que sua implementação, quando integral, impede “atos de cobrança”, dentre os quais inseriu a “lavratura do auto de infração e aplicação de multa”, sem apreciar a possibilidade de lançamento sem aplicação de penalidade e com suspensão da exigibilidade. É nesse contexto específico que exsurge o impedimento à lavratura do auto de infração em face de depósito judicial integral do tributo.

No mais, o Superior Tribunal de Justiça teve em conta apenas a extinção do crédito tributário em razão da conversão do depósito em renda da Fazenda Pública, bem como a suficiência do depósito judicial no caso concreto em análise, determinando a extinção da execução fiscal em curso.

Conclui-se, do exposto, que o Superior Tribunal de Justiça não decidiu, no rito do art. 543-C, acerca da impossibilidade de lançamento, sem aplicação de penalidade e com suspensão da exigibilidade, de tributo depositado judicialmente.

Por tais razões, deve ser REJEITADO o pedido de vinculação ao julgado antes referido, por força do art. 62-A do RICARF."

(...)

Assim, resta claro que o julgado ora analisado de forma alguma autoriza a interpretação no sentido de que o Auto de Infração lavrado apenas para prevenir a decadência, adotando todas as cautelas legais, no sentido da manutenção da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, lavrado por pessoa competente e sem qualquer cerceamento de direito de defesa deva ser declarado nulo, por haver o Contribuinte efetuado depósito do montante integral do débito." (grifou-se)

Acompanho as razões expostas no julgado transcrito para concluir que a tese construída no acórdão de julgamento do REsp nº 1.140.956/SP não se aplica indistintamente a qualquer hipótese de lançamento de ofício de crédito tributário objeto de prévio depósito judicial.

A i. Conselheira Relatora do Acórdão nº 9202-004.303, fazendo remissão ao Acórdão nº 1101-001.135, conclui que o Egrégio STJ somente apreciou, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.140.956/SP, hipótese em que o sujeito ativo promove o lançamento de crédito tributário acompanhado de penalidade, em razão de entender-se, no momento do lançamento, pela não integralidade dos depósitos judiciais por meio dos quais o sujeito passivo pretendeu suspender a exigibilidade do crédito tributário, valendo-se da previsão legal do inciso II do art. 151 do CTN.

Não estão contempladas na manifestação exarada pelo STJ hipóteses como a encontrada nos presentes autos, em que a Fiscalização reconhece no auto de infração a suspensão da exigibilidade dos créditos constituídos e realiza o lançamento sem a imputação de penalidade alguma, com o propósito de prevenção da decadência.

Tal conclusão é corroborada pela declaração feita no início do voto condutor do acórdão de julgamento do REsp nº 1.140.956/SP. Ao justificar a necessidade de julgamento da controvérsia pelo rito do art. 543-C do CPC então vigente, o i. Ministro Relator faz referência à existência de grande quantidade de recursos especiais em que se discute acerca da integralidade ou mesmo da existência de depósito judicial e dos seus efeitos em relação à impossibilidade de ajuizamento de executivo fiscal.

Além disso, quando mencionou os atos de cobrança cuja realização estaria inibida pela existência do depósito judicial, o voto condutor do acórdão judicial fez menção apenas à "lavratura do auto de infração e aplicação de multa", não abordando a hipótese de lançamento realizado sem a aplicação de qualquer penalidade em virtude do reconhecimento da integralidade do depósito judicial e da consequente suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Diante de tais fatos, considero que o STJ, ao construir sua decisão no julgamento do REsp nº 1.140.956/SP, não contemplou hipóteses fáticas em que a autoridade tributária realiza lançamento de ofício com a exclusiva finalidade de prevenir a decadência, reconhecendo expressamente a suspensão da exigibilidade dos créditos constituídos em virtude

da existência de depósitos judiciais e corretamente se abstendo de aplicar penalidade ao sujeito passivo.

Assim, conclui-se que, embora o STJ tenha proferido o acórdão de julgamento do REsp nº 1.140.956/SP seguindo o rito estabelecido no art. 543-C do CPC então vigente, não há que se falar em vinculação dos conselheiros desta Turma, no presente julgamento, àquela decisão.

Em decorrência, não se subsume o presente caso ao inciso II do parágrafo 12 do art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, abaixo transcrito:

§ 12. Não servirá como paradigma acórdão proferido pelas turmas extraordinárias de julgamento de que trata o art. 23-A, ou que, na data da análise da admissibilidade do recurso especial, contrariar: (Redação dada pelo(a) Portaria MF nº 329, de 04 de junho de 2017)

(...)

II - decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil; (Redação dada pelo(a) Portaria MF nº 329, de 04 de junho de 2017)

Desse modo, voto no sentido de CONHECER do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

Passa-se então ao desenvolvimento das razões de decidir aplicáveis ao caso ora submetido ao julgamento desta 1ª Turma da CSRF.

Filio-me ao grupo dos julgadores administrativos que entendem não haver impedimento à lavratura de autos de infração para prevenção da decadência de obrigação tributária que já seja objeto de depósito vinculado a uma demanda judicial.

A autoridade tributária tem entre suas atribuições a atividade administrativa de lançamento, que, nos termos do parágrafo único do art. 142 do CTN, é vinculada e obrigatória. *In verbis*:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Identificando, portanto, a ocorrência de fato gerador de obrigação tributária, aquela autoridade tem como dever funcional a realização do lançamento tributário, que se completa com as etapas de determinação da matéria tributável, cálculo do montante devido, identificação do sujeito passivo e aplicação da penalidade cabível, se for o caso. O dispositivo é expresso ao definir a atividade administrativa de lançamento como vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, não trazendo qualquer previsão de tratamento diferenciado para hipóteses de crédito com exigibilidade suspensa nos termos do art. 151 do CTN.

Na hipótese de existência de depósito judicial relacionado à obrigação identificada pela autoridade tributária, poder-se-ia discutir a necessidade de realização do lançamento. Isso porque existe a tese de que a efetivação de tal depósito seria análoga ao pagamento antecipado do tributo pelo sujeito passivo, figura encontrada na sistemática adotada para os tributos submetidos ao lançamento por homologação. Os defensores de tal tese entendem que o depósito judicial seria suficiente para a constituição do crédito tributário (sujeita à posterior homologação do sujeito ativo), sendo desnecessária a realização de lançamento de ofício pela autoridade tributária.

Tal entendimento, todavia, não leva à conclusão de que os lançamentos de ofício realizados neste contexto sejam nulos ou passíveis de cancelamento.

O Decreto nº 70.235/1972 trata da seguinte forma as hipóteses de nulidade no processo administrativo tributário:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Lançamentos de ofício como o praticado nos presentes autos não se enquadram em nenhuma das situações de nulidade prescritas. O auto de infração foi lavrado por autoridade competente (Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil) e não houve qualquer preterição de direito de defesa. Após a formalização do lançamento, o contribuinte pôde exercer plenamente seu direito de defesa assegurado por lei, impugnando o auto de infração e provocando o contencioso administrativo, que inclusive nos trouxe até a presente fase de julgamento de recurso especial.

Os requisitos formais dos autos de infração, cujo descumprimento poderia, em tese e em último caso (impossibilidade de saneamento), levar a uma declaração de sua nulidade, são objeto do art. 10 do mesmo Decreto nº 70.235/1972:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

O auto de infração que originou os presentes autos cumpriu rigorosamente todas as formalidades que dele são exigidas, não se podendo cogitar de sua nulidade em razão de alguma mácula neste sentido.

Sendo assim, não se identifica qualquer vício ou irregularidade que possa provocar a nulidade do lançamento realizado. A autuação, embora possa ser considerada desnecessária por alguns, se deu de forma completamente regular, notadamente diante de seu propósito de prevenir a decadência, do reconhecimento da suspensão da exigibilidade do crédito constituído em virtude da existência de depósito judicial e da não imputação de penalidade ao sujeito passivo.

Acrescente-se que não acarretou qualquer prejuízo para o contribuinte o lançamento realizado com a finalidade de prevenção da decadência (e tampouco provocará prejuízo sua manutenção neste julgamento). Quando um sujeito passivo suspende a exigibilidade de crédito tributário mediante a realização de depósito judicial integral, nenhuma exigência lhe é feita até o trânsito em julgado da demanda judicial. Somente com o trânsito em julgado da ação é que o sujeito passivo é autorizado a levantar os valores depositados, devidamente corrigidos (caso obtenha êxito no mandado de segurança), ou observa a conversão do depósito judicial em renda a favor da União (caso a decisão judicial seja favorável à Fazenda Nacional).

Diante do exposto, quanto ao mérito do recurso especial da Fazenda Nacional, voto por DAR-LHE PROVIMENTO para restabelecer integralmente o lançamento objeto dos presentes autos.

Uma observação se faz necessária: prevalecendo entre os membros deste Colegiado o entendimento pelo provimento recursal, os presentes autos deverão ser devolvidos à Turma *a quo* para fins de realização de novo julgamento.

Isso porque, embora a 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara tenha efetivamente decidido pelo cancelamento dos débitos objeto do processo em virtude da impossibilidade da realização de lançamento de ofício de créditos tributários já garantidos por depósito judicial, não foi este o fundamento apresentado pelo sujeito passivo em seu recurso voluntário para pleitear a extinção das exigências.

O contribuinte defendeu que, na data em que teve ciência do lançamento realizado pela Fiscalização (26/06/2006), a pretensão do Fisco de constituir os créditos já teria sido fulminada pela decadência. Segundo a tese apresentada, a realização dos depósitos judiciais equivaleria a um pagamento antecipado e teria o condão de atrair a aplicação da regra de decadência prevista no § 4º do art. 150 do CTN (cinco anos contados da data do fato gerador).

O julgamento desta tese pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara foi prejudicado pela sua decisão de cancelar os débitos em razão da impossibilidade do lançamento diante da existência de depósitos judiciais, como ficou explícito na emenda do Acórdão nº 1201-000.887:

*"O depósito do montante integral, na esfera judicial, tem o condão de constituir o crédito tributário, tornando desnecessário qualquer ato formal de lançamento pelas autoridades competentes, **de modo que, posteriormente, não há de se falar em decadência do direito de lançar.**"*

Assim, para que não se corra o risco de uma indevida supressão de instância no contencioso administrativo, a Turma *a quo* deve ser instada a se manifestar acerca da tese apresentada no recurso voluntário.

Desse modo, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional para restabelecer integralmente o lançamento objeto dos presentes autos e determinar o retorno dos autos à Turma *a quo* para apreciação da tese contida no recurso voluntário que teve seu julgamento prejudicado, **após ser dada ciência às partes desta decisão.**

Em síntese, voto por CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso especial.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo