



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16643.000116/2010-01
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-010.926 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 10 de novembro de 2020
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado SAP BRASIL LTDA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005

AÇÃO JUDICIAL. DEPÓSITOS JUDICIAIS INTEGRAIS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO PARA PREVENIR DECADÊNCIA. EFEITOS. CABIMENTO

Não há nulidade no lançamento que objetiva constituir crédito tributário referente a tributo, com a exigibilidade suspensa, em que os depósitos judiciais correspondentes, tomados em sua integralidade, sejam suficientes à cobertura do montante apurado e consequente garantia da suspensão da exigibilidade.

O depósito judicial no montante integral suspende a exigibilidade do crédito tributário, não ficando, entretanto, a União Federal impedida de constituí-lo pelo lançamento de ofício a fim de prevenir a decadência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, com retorno ao colegiado de origem para apreciação das demais questões postas no recurso voluntário, vencidas as conselheiras Tatiana Midori Migiyama, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Ceconello, que lhe negaram provimento.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Andrada Marcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Valcir Gassen, Jorge Olmiro Lock Freire, Erika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Ceconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergências interposto pela Fazenda Nacional, contra a decisão consubstanciada no **Acórdão nº 1302-003.573**, de 15/05/2019 (fls. 848/863), proferida pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da **Primeira Seção** de julgamento/CARF, que deu provimento ao Recurso Voluntário apresentado.

Do Auto de Infração

O processo trata de Auto de Infração de fls. 216/224, para exigir do Sujeito Passivo o imposto: **IRRF – Remessas ao exterior**, sobre fatos geradores que ocorreram no ano de 2005, acrescido de juros de mora. O lançamento foi objeto de lançamento de ofício, objetivando prevenir a decadência, com status de "exigibilidade suspensa", sem acréscimo de multa, em razão da discussão travada nos autos do Mandado de Segurança nº 2001.61.00.024442-3,

Conforme Termo de Verificação Fiscal - **TVF** (fls. 207/215), foram efetuados lançamentos fiscais relativos à falta/insuficiência de Recolhimento de IRRF - Remessa de Valores para o Exterior. O contribuinte foi intimado a apresentar esclarecimentos e documentos, bem como planilha demonstrativa contendo relação dos valores remetidos ao exterior.

Na referida planilha deveria conter a data do pagamento, nome do beneficiário, identificação da conta contábil, valor pago em moeda estrangeira, valor pago em reais, razão do pagamento, valor do IRRF e valor da CIDE. Durante o procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas divergências entre os valores declarados e os valores escriturados.

O Contribuinte impetrou **Mandado de Segurança nº 2001.61.00.024442-3**, que discute a exigibilidade do IRRF sobre os pagamentos feitos à empresa SAP AG, como contraprestação pela cessão de direitos de uso e comercialização de software, sem a transferência da correspondente tecnologia. Também questiona a incidência do IRRF sobre as remessas decorrentes dos contratos de prestação de serviços relacionados ao software licenciado e desenvolvido pela sociedade alemã SAP AG. Este mandado refere-se a fatos ocorridos em períodos anteriores ao fiscalizado, sendo que a legislação pertinente sofreu profundas alterações.

A Fiscalização solicita cópia de contratos de serviços feitos durante os anos-calendário fiscalizado. A fiscalizada afirmou que os contratos anteriormente apresentados, embora sejam datados de 2009, estabelecem em sua cláusula 10 que as relações de prestação de serviços objeto de tais contratos tiveram início em 01/01/2005.

Da Impugnação e Decisão de 1ª Instância

O Contribuinte foi cientificado do Auto de Infração e apresentou a Impugnação de fls. 228/253, aduzindo as seguintes razões de defesa:

- que a empresa tem por objeto social a prestação de serviços na área de informática, especialmente a distribuição e sub-licenciamento de programas de computador (software); o software é desenvolvido pela SAP Aktiengesellschaft System, Applications and Products in Data Processing ("SAP AG"), sediada na Alemanha;
- a aplicação do software e seu correto funcionamento dependem do acompanhamento da instalação e execução do programa e tais serviços são prestados à Contribuinte e aos usuários finais. A tecnologia não é transferida;
- a Contribuinte celebrou contratos de prestação de serviços com a sociedade alemã SAP AG. O objeto dos contratos é a prestação de determinados serviços aos usuários finais do software e também aos próprios funcionários, tais como os serviços de consultoria;

- que os créditos tributários lançados encontram-se com a exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151, incisos II e IV, do CTN, em razão do Mandado de Segurança n.º 2001.61.00.024442-3 (que aguarda julgamento pelo TRF-3ª Região) e da existência de depósitos judiciais efetuados em tais autos;

- o Contribuinte impetrou o referido Mandado de Segurança em 26/09/2001, por meio do qual pleiteia, com fundamento no então vigente Tratado Brasil-Alemanha para evitar a Dupla Tributação em matéria de Imposto sobre a Renda e o Capital ("Tratado"), a não incidência do IRRF sob as remessas feitas ao exterior à título de pagamento dos serviços prestados pela SAP AG. Neste sentido, vale ressaltar que o Governo da Alemanha denunciou o referido tratado que, por força de tal decisão, perdeu a eficácia a partir de 01/01/2006;

- que em 13/12/2001, o MM. Juiz da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo houve por bem deferir a liminar requerida, condicionando a suspensão da exigibilidade do tributo em tela a realização de depósitos judiciais de IRRF;

- no que interessa ao presente caso, vale ressaltar que os DARF dos depósitos judiciais relativos aos débitos de IRRF lançados no presente Auto (agosto a dezembro de 2005) correspondem aos doc. n.º 45 a 49, e indicam o depósito de 25% do valor das remessas efetuadas, por força da determinação contida na liminar referida acima;

- requer a nulidade do lançamento alegando ausência de descrição precisa dos fatos imputados e que a Fiscalização desrespeitou o artigo 62 do Decreto n.º 70.235, de 1972;

- resta claro a ausência de infração, daí a inexigibilidade do IRRF, uma vez que nos Contratos de prestação de serviços, não houve a transferência de tecnologia;

- aduz da ilegalidade da exigência dos juros de mora e também da ilegalidade cometida na utilização da taxa SELIC.

A DRJ no Rio de Janeiro I (RJ), apreciou a Impugnação e, em decisão consubstanciada no Acórdão n.º **12-74.185**, de 19/03/2015, (fls. 698/718), decidiu no sentido de julgar **improcedente** a Impugnação, para manter integralmente a autuação, nos seguintes termos:

a) descabe a decretação de nulidade quando não existirem atos insanáveis e quando a autoridade observa os devidos procedimentos fiscais, previstos na legislação tributária;

b) que a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de Ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia à instância administrativa;

c) a suspensão prevista nos incisos II e IV do art. 151 do CTN, não ilide o direito de a Fazenda constituir seus créditos, atividade mandatória, nos termos do art. 142 do CTN. Impede, sim, que fisco exerça qualquer ato que vise constranger o sujeito passivo ao pagamento;

d) que a concessão de liminar em Mandado de Segurança apenas suspende a exigibilidade do crédito não impede o lançamento tributário com exigibilidade suspensa;

e) a utilização da taxa SELIC decorre de expressa determinação legal. Não cabe à autoridade administrativa a análise de inconstitucionalidade, por fugir à sua competência e que o *caput* do art. 161 do CTN dispõe que o crédito não pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta.

Recurso Voluntário

Cientificada da decisão de 1ª instância, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário de fls. 725/753, que veio a repetir os argumentos apresentados na Impugnação. De

novidade, apenas noticiou que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região confirmou o teor da sentença proferida no Mandado de Segurança e que, após tal decisão, a União Federal apresentou Recursos Especial e Extraordinário ainda pendentes de julgamento.

Decisão de 2ª Instância/CARF

Em apreciação do Recurso Voluntário, foi exarada a decisão consubstanciada no **Acórdão n.º 1302-003.573**, de 15/05/2019 (fls. 848/863), proferida pela 2ª TO da 3ª Câmara da **Primeira Seção** de julgamento/CARF, que deu provimento ao Recurso Voluntário apresentado, decidindo por cancelar o lançamento, em observância ao entendimento do STJ de que a realização de depósito integral do crédito tributário possui o condão de impedir a lavratura do Auto de Infração sobre a mesma matéria. Nessa decisão, a Turma assentou que:

- da nulidade do lançamento: inexistente motivo para decretar a nulidade do lançamento quando não há atos, termos, despachos ou decisões proferidos por autoridades incompetentes, nem com preterição do direito de defesa (tanto é que a empresa produziu extensas peças processuais onde demonstra perfeita compreensão do feito fiscal);

- do lançamento para prevenir a decadência: o art. 63 da Lei n.º 9.430/96, ao prever a hipótese da constituição de crédito tributário com exigibilidade suspensa para prevenir a decadência, derogou a interpretação literal do art. 62 do Decreto n.º 70.235/72, segundo a qual a existência de alguma medida judicial que determine a suspensão da cobrança do tributo obstaculizaria a instauração de um procedimento de ofício; e

- depósito integral x lavratura do Auto de Infração: o STJ, no âmbito do REsp n.º 1.140.956-SP, processado na sistemática dos recursos repetitivos, decidiu que os efeitos da suspensão da exigibilidade pela realização do depósito integral do crédito tributário possuem o condão de impedir a lavratura do auto de infração sobre a mesma matéria.

Recurso Especial da Fazenda Nacional

Cientificada do Acórdão n.º 1302-003.573, de 15/05/2019, a Fazenda Nacional apresentou Recurso Especial de divergência (fls. 866/872), apontando o dissenso jurisprudencial que visa a rediscutir o entendimento firmado pelos julgadores, trazendo a seguinte matéria para ser confrontada: “quanto ao cancelamento do Auto de Infração, motivado pela observância do posicionamento do STJ no REsp n.º 1.140.956-SP”.

Defende que tendo em vista o dissídio jurisprudencial apontado, requer que seja admitido o Recurso Especial apresentado e, no mérito que seja negado provimento, para que seja reformada a decisão recorrida, restabelecendo-se o lançamento efetuado.

No recurso assevera que o depósito judicial não impede lançamento fiscal, não o exonera e nem o torna nulo, razão pela qual este deve se manter incólume.

Para comprovação da divergência, apresentou, a título de **paradigma** o Acórdão n.º **9202-004.303**, alegando que:

O **Acórdão recorrido** entendeu que, conforme o entendimento do STJ, em decisão proferida sob o rito do art. 543-C do CPC, o lançamento de ofício em que o tributo exigido encontra-se com a exigibilidade suspensa por força de depósito do seu montante integral deve ser cancelado.

De outro lado, no **paradigma**, decidiu, de modo diametralmente oposto, que o julgado em questão (Recurso Especial n.º 1.140.956-SP), 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, deva ser cancelado, por haver o Contribuinte efetuado depósito do montante integral do débito.

No exame de Admissibilidade do Recurso Especial, registra que não se aplica aqui a regra contida no art. 67, §12, II, do Anexo II do atual RICARF, segundo a qual não servirá como paradigma acórdão que, na data da análise da admissibilidade do recurso especial, contrariar “decisão definitiva do STF ou do STJ, 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”, porque a divergência jurisprudencial que foi alegada e demonstrada reside justamente na questão sobre o cabimento ou não da aplicação da referida decisão do STJ a esse tipo de situação que foi examinada no recorrido e no paradigma.

Ressalta que no acórdão paradigma restou demonstrado claramente que não há nada que impeça o Fisco de efetuar o lançamento, no caso da existência de depósito judicial integral. Desse modo, fica demonstrada a divergência jurisprudencial.

Desta forma, o Presidente da 3ª Câmara da 1ª Seção de julgamento/CARF, então, com base no Despacho de Admissibilidade do Recurso Especial de fls. 875/880, **deu seguimento** ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Contrarrrazões do Contribuinte

Devidamente cientificada do Acórdão nº 1302-003.573, de 15/05/2019, do Recurso Especial da Fazenda Nacional e do Despacho de sua análise de admissibilidade (dando seguimento), o Contribuinte apresentou suas contrarrrazões de fls. 886/898, em resumo, requerendo que seja negado conhecimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional e caso não seja este o entendimento sufragado, requer que, no mérito, seja negado seu provimento.

Aduz que à luz das considerações elaboradas, é imperioso reconhecer que o recurso fazendário não cumpriu adequadamente todos os requisitos exigidos pelo RICARF, sendo imperioso que a CSRF lhe negue seguimento. Assevera que no presente caso, deve prevalecer o que restou decidido pelo STJ, quando do julgamento do REsp nº 1.140.9561-SP, em sede de repetitivo, que decidiu que os efeitos da suspensão da exigibilidade pela realização do depósito judicial integral do crédito tributário possuem o condão de impedir a lavratura do auto de infração sobre a mesma matéria.

Conforme prorrogação de competência dada a esta 3ª Turma da CSRF (Portaria CARF nº 15.081, de 2020), o processo, então, foi sorteado para este Conselheiro para dar prosseguimento à análise do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Relator.

Conhecimento

O Recurso Especial é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, conforme consta do Despacho de Admissibilidade do Presidente da 3ª Câmara da 1ª Seção de julgamento/CARF de fls. 875/880, com os quais concordo e cujos fundamentos adoto neste voto.

No entanto, em suas contrarrazões, o Contribuinte aduz que no caso em tela, constata-se que o Recurso Especial da Fazenda Nacional não merece ser admitido por esta CSRF, uma vez que NÃO houve demonstração quanto à divergência de interpretação da legislação tributária, portanto, não atende plenamente os requisitos exigidos pelo art. 67 do RICARF.

Pois bem. A divergência aqui discutida é exclusivamente em relação “ao cancelamento do Auto de Infração, motivado pela observância do posicionamento do STJ no REsp n.º 1.140.956-SP”.

O Contribuinte explana em suas contrarrazões que o Recurso Especial foi admitido por considerar que a similitude fática entre o Acórdão recorrido e Acórdão paradigma encontrar-se-ia no tratamento dado à situação sob análise pelo STJ, no julgamento do REsp n.º 1.140.956/SP. No entanto, segundo entende, o Acórdão paradigma teria identificado o cerne da controvérsia na aplicação da súmula n.º 48 do CARF, que dispõe que a “*suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de medida judicial não impede a lavratura de auto de infração*”, considerando, para este fim, que o depósito judicial também serviria para suspender a exigibilidade da cobrança e não para impedir a lavratura.

No entanto, não assiste razão à Contribuinte. Explico. Na ementa do Acórdão paradigma n.º 9202-004.303, resta claro que, ainda que se tenha feito referência ao comando contido na Súmula CARF n.º 48, logo a seguir percebe-se que decidiu-se, também, sobre o impedimento contido no Recurso Especial n.º 1.140.956-SP.

Primeiramente, veja-se a ementa do **Acórdão recorrido** (parte interessa ao caso):

“DEPÓSITO INTEGRAL. RECURSO REPETITIVO. LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), **no âmbito do REsp n.º 1.140.956 SP**, processado na sistemática dos recursos repetitivos, **decidiu que os efeitos da suspensão da exigibilidade pela realização do depósito integral do crédito tributário possuem o condão de impedir a lavratura do auto de infração sobre a mesma matéria.** (Grifei)

Destaco trecho reproduzido do voto condutor:

“(…) Nesse mesmo sentido, **o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no âmbito do REsp n.º 1.140.956 SP**, processado na sistemática dos recursos repetitivos, decidiu que os efeitos da suspensão da exigibilidade pela realização do depósito integral do crédito tributário possuem o condão de impedir a lavratura do auto de infração sobre a mesma matéria”.

Veja-se a ementa do **Acórdão paradigma** n.º 9202-004.303, de 20/07/2016 (parte):

“AUTO DE INFRAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO JUDICIAL. COMPATIBILIDADE. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de medida judicial **não impede a lavratura de auto de infração** (Súmula CARF n.º 48), tampouco é nulo o lançamento que tem por objeto crédito tributário depositado judicialmente.

DECISÃO JUDICIAL. EFEITO REPETITIVO. INOCORRÊNCIA.

No julgamento proferido no âmbito do Recurso Especial n.º 1.140.956-SP, não foi apreciada a possibilidade de lançamento, **sem aplicação de penalidade e com suspensão da exigibilidade**, em face de crédito tributário objeto de depósito judicial integral. (Grifei)

Cumpre transcrever trecho do voto condutor do **Acórdão n.º 9202-004.303**

“(…) 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:

Como pode ser observado pelas ementas e trechos do voto dos Acórdãos (paradigma e recorrido), a divergência resta clara e objetivamente demonstrada. Enquanto a decisão recorrida entendeu que, conforme o entendimento do STJ, em decisão proferida sob o rito do art. 543-C do CPC, o lançamento de ofício em que o tributo exigido encontra-se com a exigibilidade suspensa por força de depósito do seu montante integral deve ser cancelado, o Acórdão paradigma apontado decidiu, de modo diametralmente oposto, que o julgado analisado (**Recurso Especial nº 1.140.956-SP**), 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, deva ser cancelado, por haver o Contribuinte efetuado depósito do montante integral do débito.

A legislação que foi interpretada de modo divergente foram os arts. 142 e 151 do CTN e art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996 e os dispositivos do **Recurso Especial nº 1.140.956-SP**. Rejeitam-se, portanto, os protestos do contribuinte em relação ao conhecimento do recurso impetrado pela Fazenda Nacional.

Diante do acima exposto, conheço do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

Mérito

Para análise do mérito, se faz necessária a delimitação do litígio. Cinge-se a controvérsia exclusivamente em relação **“ao cancelamento do Auto de Infração, motivado pela observância do posicionamento do STJ no REsp nº 1.140.956-SP”**.

No Acórdão recorrido, entendeu que, conforme o entendimento do STJ no REsp nº 1.140.956-SP, em decisão proferida sob o rito do art. 543-C do CPC, o lançamento de ofício em que o tributo exigido encontra-se com a exigibilidade suspensa por força de depósito do seu montante integral deve ser cancelado.

De outro lado, a Fazenda Nacional, aduz 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 efetuá-lo, mesmo que existente hipótese de suspensão de exigibilidade do crédito tributário (art. 151, CTN), sob pena de responsabilidade funcional*”.

A questão refere-se à possibilidade (ou não) de lavratura de Auto de Infração quando houver depósito do montante integral, especialmente em face de esta questão encontrar-se decidida pelo STJ sob a sistemática dos Recursos Repetitivos (decisão proferida pelo STJ no REsp nº 1.140.956-SP).

Pois bem. Como relatado, a Fiscalização lavrou em **25/04/2006**, o Auto de Infração para exigir **IRRF – Remessas ao exterior**, sobre fatos geradores que ocorreram no ano de 2005. O lançamento foi objeto de lançamento de ofício, objetivando prevenir a decadência, com status de “exigibilidade suspensa”, sem acréscimo de multa, em razão da discussão travada sobre essa matéria nos autos do **Mandado de Segurança nº 2001.61.00.024442-3**.

Consta-se que há depósito integral (efetuado para os PA 2005) nos autos do Mandado de Segurança nº 2001.61.00.024442-3, do valor dos tributos exigidos no Auto de Infração em comento, conforme comprovantes de depósito acostados às fls. 155/159 e 326/369.

Consta ainda à fl. 214 do TVF, que a Contribuinte efetuou depósitos judiciais referentes a CIDE no período fiscalizado (fl. 159), porem, sem informá-los em DCTF. Os valores devidos relativos ao IRRF foram os seguintes:

Ano/Mês	Data do Pagto	Fornecedor	País	VALOR INVOICE	Moeda	Valor BRL	Moeda	IRRF	Moeda	IRRF	Moeda	Aliq. %	Pagto de Imposto
2005/08	02/08/2005	SAP AG	Alemanha	216.722,29	USD	512.371,67	REAL	32.506,34	USD	76.855,66	REAL	15%	Depósito Judicial
2005/08	19/08/2005	SAP AG	Alemanha	679.709,91	USD	1.622.485,41	REAL	101.956,35	USD	243.369,81	REAL	15%	Depósito Judicial
2005/09	20/09/2005	SAP AG	Alemanha	127,58	EUR	301,03	REAL	16,14	EUR	45,15	REAL	15%	Depósito Judicial
2005/09	20/09/2005	SAP AG	Alemanha	389.895,03	USD	895.978,78	REAL	58.484,25	USD	134.396,82	REAL	15%	Depósito Judicial
2005/10	15/10/2005	SAP AG	Alemanha	685.104,76	USD	1.491.929,74	REAL	93.765,71	USD	223.769,46	REAL	15%	Depósito Judicial
2005/10	18/10/2005	SAP AG	Alemanha	22.993,00	EUR	88.735,09	REAL	4.948,95	EUR	13.310,26	REAL	15%	Depósito Judicial
2005/12	21/12/2005	SAP AG	Alemanha	648.372,48	USD	1.514.742,48	REAL	97.405,87	USD	227.211,37	REAL	15%	Depósito Judicial
TOTAL						6.126.523,60				916.978,54			

O Contribuinte aduz em suas contrarrazões, que a decisão recorrida não deve ser reformada, visto que com os depósitos judiciais deve ser afastado o Auto de Infração. Sustenta tal argumento com base na decisão proferida pelo STJ no REsp. 1.140.956-SP, no sentido de que o depósito integral impediria a lavratura do auto de infração e qualquer outro procedimento de cobrança dos débitos depositados.

Com efeito, uma interpretação literal do item 4 da ementa da citada decisão do STJ poderia levar à conclusão apressada de que essa proibição seria aplicável ao caso em tela. Contudo, como muito bem colocado no acórdão paradigma, citando o acórdão 1101-001.135, da relatoria da Conselheira Edeli Pereira Bessa, observa-se que a discussão que resultou no REsp. 1.140.956-SP tinha em conta execução fiscal promovida em face de sujeito passivo que promovera depósito classificado como insuficiente, pela Municipalidade e, assim, inábil a suspender a exigibilidade do crédito tributário. Por outro lado, 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. Portanto, não havendo similitude entre as situações enfrentadas na decisão do STJ e no presente processo, resta inaplicável ao caso a literalidade dos termos daquela ementa.

De fato, não se olvida do entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ), qual seja, no caso pela desnecessidade do lançamento, conforme decidido pelos REsp 1.042.739-RJ e Ag. 1.216.239-RJ, que reproduzo a ementa desse último:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. MANDANDO DE SEGURANÇA. DEPÓSITO EFETUADO 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 designio, **implica lançamento tácito no montante exato do quantum depositado**, conjurando eventual alegação de decadência do direito de constituir o crédito tributário. (Grifei)
2. (...).

Ressalta-se que o referido decisão acima fala em desnecessidade e não em vedação ao lançamento.

No entanto, como é cediço, o dispositivo que autoriza a lavratura de Auto de Infração é o art. 142 do CTN, que o determina em todas as hipóteses, sob pena de responsabilidade funcional, **independentemente da situação da exigibilidade** do Auto de Infração, nos seguintes termos:

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.

Frise-se também que de acordo com o art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, é possível sim a constituição de crédito tributário para prevenir a decadência, com o acertado afastamento de multa de ofício. Assim prescreve o dispositivo legal:

Art. 63. **Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência**, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, **não caberá lançamento de multa de ofício**. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001) (Grifei)

Nessa toada, a manutenção do lançamento como instrumento de formalização do crédito tributário correspondente é medida conservadora e justificada, de maneira a garantir que, ao final do processo judicial, acaso venha a Fazenda Nacional lograr êxito no todo ou em parte da discussão, não seja frustrado o exercício do direito pela ausência de constituição do crédito.

Nesse mesmo sentido, vem decidindo esta 3ª Turma da CSRF, como na decisão consubstanciada no **Acórdão nº 9303-009.370**, de 15/08/2019, de lavra do *Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas*, cuja ementa abaixo reproduzo:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 03/05/2016

DEPÓSITO JUDICIAL EM MONTANTE INTEGRAL. EFEITOS.

O depósito judicial no montante integral suspende a exigibilidade do crédito tributário, **não ficando, entretanto, a União Federal impedida de constituí-lo pelo lançamento de ofício a fim de prevenir a decadência**, sendo neste caso inaplicável multa de ofício e juros de mora. Recurso Especial do Procurador Provido” (Grifei)

Observa-se que o Contribuinte não será prejudicado, eis que, em homenagem ao princípio da igualdade previsto no art. 150, II, da CF, mediante o Parecer CST/SRF nº 02, de 1999, firmou-se o entendimento na RFB que, não caberia a multa de ofício nos casos de suspensão da exigibilidade em face do depósito do montante integral, nestes termos: “(...) *conclui-se que, ao dispor sobre a inaplicabilidade da multa de ofício na constituição de créditos tributários para prevenir a decadência, entendeu o legislador desnecessário expressar que o tratamento previsto no art. 63 da Lei nº 9.430/1996, estende-se aos casos de suspensão da exigibilidade do crédito em razão do depósito do seu montante integral, pois dispensável é legislar sobre o óbvio.*”

Saliente-se que o lançamento torna o crédito exigível, enquanto o depósito suspende essa exigibilidade, evitando, portanto, a impossibilidade de se promover a inscrição do débito em Dívida Ativa e a execução judicial. Desta forma, não há que se falar, em cancelar o lançamento efetuado pela Fiscalização em razão de depósito judicial, uma vez que, como visto alhures, este não tem o condão de impedir a constituição do crédito tributário.

Por fim, como reforço às razões de decidir, cabe manter o Auto de Infração, que foi a forma como o débito foi constituído, uma vez que se a autuação fosse cancelada, o débito deixaria de existir, possibilitando a ocorrência de eventuais discussões quanto à conversão em renda da União dos depósitos efetuados, no caso de julgamento final em desfavor do sujeito passivo.

Conclusão

Em vista do exposto, voto no sentido de conhecer e no mérito **dar provimento** ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, para afastar a aplicabilidade do disposto no item 4 da ementa da decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ no REsp. 1.140.956-SP ao caso, com retorno dos autos ao colegiado *a quo*, para apreciação das demais questões postas no Recurso Voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos