



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

Processo n° 16682.720775/2013-36
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9202-007.129 – 2ª Turma
Sessão de 28 de agosto de 2018
Matéria CSP - LAVRATURA DE AI COM MEDIDA JUDICIAL - NULIDADE
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

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.

MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS NA FASE DE RECURSO VOLUNTÁRIO. DEVOLUÇÃO A 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 unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. Votou pelas conclusões a conselheira Ana Paula Fernandes. No mérito, por unanimidade de votos, acordam em dar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões as conselheiras Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros Maria Helena Cotta Cardozo, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Patricia da Silva, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Ana Paula Fernandes, Mário Pereira de Pinho Filho (suplente convocado), Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Relatório

O presente lançamento foi efetuado para prevenir a decadência em razão de discussão judicial da matéria e compreende os seguintes autos de infração:

a) AI n.º 51.014.8670: valor original de R\$ 23.410.554,03, refere-se à diferença de alíquota da contribuição para o GILRAT, depositada judicialmente, em sede do processo judicial n.º 2007.51.01.0175470;

b) AI n.º 51.014.8689: valor original de R\$ 1.868.794,91, refere-se às contribuições a Outras Entidades e Fundos (Terceiros) devidas ao INCRA, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados, depositadas judicialmente, em sede do processo judicial n.º 2004.51.01.0162930/

A autuada apresentou impugnação, tendo a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento do Rio de Janeiro/RJ I julgado a impugnação procedente em parte, para excluir do lançamento os créditos tributários em que se verificou a conversão dos depósitos judiciais em renda. Desta decisão, houve interposição de recurso de ofício.

Apresentado Recurso Voluntário, os autos foram encaminhados ao CARF para julgamento. Em sessão plenária de 08/06/2017, foi dado provimento ao recurso, prolatando-se o Acórdão n.º 2402-005.878 (fls. 293/300), com o seguinte resultado: “ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer dos recursos, para negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento ao recurso voluntário. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho e Waltir de Carvalho”. O acórdão encontra-se assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

CONVERSÃO EM RENDA. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

A conversão de depósito judicial em renda extingue o crédito tributário.

*TRIBUTO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa POR FORÇA DO
DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL. IMPROCEDÊNCIA.*

São improcedentes os lançamentos de ofício em que o tributo exigido esteja com a exigibilidade suspensa, por força de depósito do seu montante integral.

Decisão que se alinha ao entendimento firmado em decisão definitiva do Superior Tribunal de Justiça adotada sob o rito do art. 543C do CPC.

O processo foi encaminhado para ciência da Fazenda Nacional em 23/06/2017 para cientificação em até 30 dias, nos termos da Portaria MF nº 527/2010. A Fazenda Nacional interpôs, tempestivamente, em 07/08/2017, Recurso Especial (fls. 302/312). Em seu recurso visa a reforma do acórdão recorrido, restabelecendo-se o lançamento em sua totalidade.

Ao Recurso Especial foi dado seguimento, conforme o Despacho s/nº, da 4ª Câmara, de 23/10/2017 (fls. 316/322), considerados os acórdãos 1101-001.135 e 107-007.992.

- Em seu recurso a Fazenda Nacional argumenta que, de acordo com o 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 hipótese de suspensão de exigibilidade do crédito tributário (art. 151, CTN), sob pena de responsabilidade funcional.
- Alega que o fato de se ter realizado o depósito integral do montante do crédito tributário, não cria vedação a atuação funcional do agente público; e por isso, deve-se manter o lançamento quanto aos valores depositados, tendo em vista que não houve nulidade na constituição do crédito, nem prejuízo ao contribuinte, eis que pode haver a posterior conversão em renda da União, caso esta reste vencedora, ou levantamento pelo contribuinte, caso este seja vencedor.
- Acrescenta que nada impede que o Fisco, com vistas a prevenir a decadência, proceda ao lançamento quando o contribuinte, antes de procedimento fiscal, busca a tutela jurisdicional para deixar de recolher, total ou parcialmente, determinado tributo, realizando os respectivos depósitos judiciais integrais, conforme art. 63 da Lei 9.430/96, conforme mencionado supra.

Cientificado do Acórdão nº **2402-005.878**, do Recurso Especial da Fazenda Nacional e do Despacho de Admissibilidade admitindo o Resp da PGFN em 06/11/2017 (Termo de Ciência por Abertura de Mensagem – fl. 327), o contribuinte apresentou contrarrazões (fls. 330/339), em 21/11/2017, conforme Termo de Solicitação de Juntada à folha 328, portanto, tempestivamente.

- Em suas contrarrazões, o contribuinte alega que o Recurso Especial da Fazenda Nacional não deve ser provido, eis que se baseia em jurisprudência ultrapassada e detém caráter protelatório.

- Aduz que a jurisprudência pátria já consolidou o entendimento no sentido de que o depósito judicial possui natureza jurídica semelhante ao lançamento por homologação do crédito tributário.
- Assim, considera que a lavratura de autuação fiscal que tenha o mesmo objeto constitui ato administrativo despiciendo, tratando-se de lançamento de tributo em duplicidade que não deve ser admitido.
- Assim, requer que não seja conhecido o Recurso Especial interposto, ou ainda, sucessivamente, seja-lhe negado seguimento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora.

Pressupostos De Admissibilidade

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, conforme despacho de Admissibilidade, fls. 316/322. Assim, não havendo qualquer questionamento acerca do conhecimento e concordando com os termos do despacho proferido, passo a apreciar o mérito da questão.

Porém, cumpre esclarecer que embora o acórdão nº 1101-001.135, de 05/06/2014, tenha sido reformado pela Câmara Superior de Recurso Fiscais, esta reforma ocorreu posteriormente à apresentação do Recurso Especial da Fazenda Nacional, eis que a publicação do acórdão nº 9101-003.061 ocorreu em 23/10/2017 e o Recurso Especial da Fazenda Nacional foi apresentado em 07/08/2017. Assim, o acórdão pode ser utilizado para demonstrar a divergência jurisprudencial suscitada.

Contudo, esse fato não justifica o não conhecimento da medida, tendo em vista que o que se discute é o questionamento sobre a ausência de nulidade pela inaplicabilidade da decisão do STJ.

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 freqüente 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, de 03/12/2010.

O julgamento de tal recurso judicial efetivamente seguiu o rito previsto no art. 543C 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, como aplicou o acórdão recorrido. É nesse ponto que encontra-se a divergência, ou seja, enquanto no acórdão recorrido entendeu pela aplicação da decisão e promoveu a nulidade do lançamento o paradigma entendeu inexistir qualquer nulidade no lançamento a luz do CTN. Note-se que tanto o recorrido como o paradigma foram proferidos após a decisão do STJ, o que possibilita sua análise, posto que tratando-se de normas gerais tiveram os colegiados posições distintas em relação a situações semelhantes.

Nesse sentido, concordando com os termos do despacho proferido, passo a apreciar o mérito da questão.

Do mérito

O depósito judicial não impede o lançamento fiscal, não o exonera nem o torna nulo.

O Colegiado *a quo* entendeu por dar provimento ao Recurso Voluntário do contribuinte sob o fundamento de que o lançamento seria desnecessário face à existência do de depósitos judiciais no montante integral.

O contribuinte alega que há duplicidade de lançamento em razão da existência de depósito judicial, no entanto, não lhe confiro razão.

De fato houve a realização do depósito judicial nos mesmos valores lançados, deixando claro tratar-se de depósito do montante integral do crédito tributário.

Por sua vez, o presente lançamento foi efetuado com o intuito de prevenir a decadência, eis que a matéria está sendo discutida em juízo.

Cumprе dizer que nos termos do art. 142 do CTN, transcrito a seguir, o lançamento encontra-se dentre das atividades vinculadas do Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, não comportando juízo de conveniência.

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.

(g.n.)

É certo que o depósito judicial suspende a exigibilidade do crédito tributário. Ao final da demanda judicial, caso vença a Fazenda Nacional, os valores depositados serão convertidos em renda, caso contrário, os valores serão levantados pelo contribuinte.

Entretanto, não se vislumbra ilegalidade no lançamento ou qualquer vício que leve à sua nulidade.

Tampouco se pode dizer que há duplicidade de lançamento, porque, conforme já arguido, caso a contenda termine de forma favorável à Fazenda Nacional, o depósito será convertido em renda e o lançamento será desconstituído, tal qual ocorreu no provimento parcial dado pela decisão de primeira instância. Tanto é assim, que não se julga o mérito das questões quando existe identidade fática entre o lançamento e a ação judicial, em conformidade com o que: "***Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.***"

Por outro lado, não se vislumbra que o lançamento possa levar a algum prejuízo ao contribuinte, eis que havendo decisão final a seu favor, o crédito será considerado extinto e os valores depositados judicialmente poderão ser, por ele, levantados.

Não se pode olvidar que, por variadas hipóteses, o juízo pode decretar o levantamento do valor depositado ainda no curso da ação judicial. Caso isso ocorra e o contribuinte, por hipótese, venha a sucumbir no processo judicial, tendo transcorrido o prazo decadencial, ficaria o fisco impossibilitado de proceder à cobrança do crédito tributário, o que traria desnecessário dano ao Erário.

Ainda que a formalização do lançamento possa ser considerada desnecessária, uma vez efetuado o lançamento, não cabe sua anulação se inexistir qualquer mácula em sua constituição.

Por fim, considerando ter o relator do acórdão recorrido consubstanciado seu voto no art. 62 do RICARF, compete-nos apreciar a questão sob esse prisma.

Quanto a este ponto transcrevo trecho de voto apresentado em caso similar pelo ilustre conselheiro Rafael Vidal de Araújo no acórdão nº 9101-003.474, citando inclusive voto desta 2ª Turma de relatoria da ilustre conselheira Maria Helena Cotta Cardozo no Acórdão nº 9202004.303, ao qual a posição adoto como razões de decidir:

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. 543B e 543C 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) (grifouse)

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. 543C 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 9202004.303:

"A esse respeito, o Contribuinte alega a existência de decisão do Superior Tribunal de Justiça, na sistemática do art. 543B, 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 1.140.956SP, 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 1101001.135, de 05/06/2014, que analisou o Recurso Especial 1.140.956SP, 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. 62A 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. 543C, 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: exigibilida de inscrição; c) a cobrança judicial, via execução fiscal:

exigibilida de 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 jurídicotributária, 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 insindivável 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. 543C 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. 543C, do CPC, cujo escopo precípua é a uniformização da jurisprudência e a celeridade processual. (destaques do original)

Sob esta ótica, o Superior Tribunal de Justiça manifestouse 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. 543C, 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. 62A 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." (grifouse)

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 9202004.303, fazendo remissão ao Acórdão nº 1101001.135, 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 entenderse, no momento do lançamento, pela não integralidade dos depósitos judiciais por meio dos quais o sujeito passivo pretendeu suspender a exigibilidade o 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. 543C 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. 543C do CPC então vigente, não há que se falar em vinculação dos conselheiros desta Turma, no presente julgamento, àquela decisão.

[...]

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:

[...]

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, poderseia 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 (AuditorFiscal 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:

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.

Acrescentese 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.

Pelas razões acima transcritas, as quais adoto como razões de decidir, entendo deva-se dar provimento ao recurso da PGFN para afastar a nulidade declarada, contudo com retorno a Câmara *a quo*.

Conclusão

Pelo exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, contudo com retorno à Câmara *a quo* para apreciação das demais questões referentes ao mérito da inconstitucionalidade do INCRA, bem como não apreciação dessas questões pela DRJ.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.