



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

Processo nº 19515.003894/2003-79
Recurso nº 258.243 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.250 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2009
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa,
DUPLICIDADE DE LANÇAMENTO. NULIDADE DA SEGUNDA
AUTUAÇÃO PORQUE A PRIMEIRA AINDA EM LITÍGIO.
Recorrente ASTER PETRÓLEO LTDA
Recorrida DRJ -São Paulo I/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/05/2000

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO ORIGINAL EM LITÍGIO. NOVO LANÇAMENTO. NULIDADE.

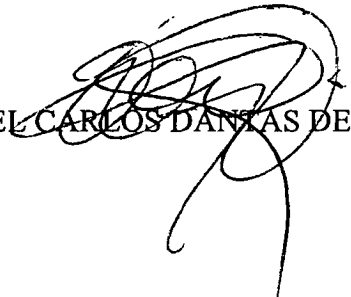
É nulo o lançamento que, em vez de proceder à revisão de ofício prevista no art. 149 do CTN, repete parte de autuação anterior ainda em litígio, com uma única diferença na exigibilidade do crédito tributário, suspensa na segunda autuação.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencido o Conselheiro Odassi Guerzoni Filho. O Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho declarou-se impedido de votar.


DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA- Vice-Presidente no
exercício da Presidência


EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS - Relator

EDITADO EM 30/09/2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda e Gilson Macedo Rosenberg Filho.

Relatório

O processo trata do Auto de Infração de fls. 48/52, relativo à Cofins, períodos de apuração de 01/2000 a 05/2000, no valor de R\$ 4.096.553,62, incluindo juros de mora. Em virtude liminar concedida no Mandado de Segurança nº 1999.61.00.046090-1, o crédito tributário foi lançado com a exigibilidade suspensa e não foi aplicada multa de ofício.

Por resumir o que dos autos até então, reproduzo o relatório da primeira instância (fls. 106/108):

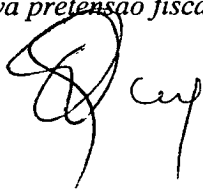
5. Segundo o Termo de Verificação Fiscal (fls. 43/46), o lançamento foi efetuado com exigibilidade suspensa em razão de liminar concedida nos autos do mandado de segurança nº 1999.61.00.046090-1 (fls. 14/16), impetrado pela empresa Acelub Comércio de Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda (incorporada pela contribuinte em 24/02/2000, conforme extratos do sistema CNPJ anexos às fls. 87/89), e visava a constituir as diferenças apuradas entre os valores devidos pela empresa nos moldes da lei complementar nº 70/1991, como determinava a decisão judicial, e o que seria devido de acordo com a lei nº 9.718/98, em vigor à época da ocorrência dos fatos geradores, conforme demonstram o quadro incluído na fl. 45 e a planilha anexa à fl. 47.

6. Como tais diferenças já haviam sido objeto de lançamento anterior, o qual todavia não levava em conta a existência da referida liminar, a DRJ/Campinas, ao apreciar a impugnação interposta contra este último nos autos do processo nº 10875.003281/2002-97, proferiu o acórdão nº 6.270/2004 (fls. 90/101), determinando a exclusão dos valores em apreço do auto de infração citado, a fim de evitar a duplicidade de lançamento.

7. O crédito tributário lançado, composto do principal, multa de ofício e de juros de mora calculados até 30/01/2004, perfaz o montante de R\$ 4.096.553,62.

8. Irresignada, a suplicante apresentou a impugnação anexa às fls. 54/63, acompanhada dos documentos das fls. 64/82, na qual expõe os seguintes argumentos:

8.1. O Termo de Verificação Fiscal afirma que a autuação primitiva havia efetuado a exigência com base na Lei nº 9.718, de 1998, quando havia determinação judicial expressa para que fosse aplicada a legislação anterior, isto é, a Lei Complementar nº 70/1991. Logo, de forma incontroversa, já que extraído da afirmação da própria Administração, o auto de infração primitivo (Processo nº 10875.003281/2002-97), que deveria subsumir-se em uma norma, acabou por buscar seu fundamento de validade em outra, do que decorre inequívoco erro de direito a viciar de forma irremediável aquela primitiva pretensão fiscal.



Por consequência, como pacificado em toda a doutrina e a jurisprudência pátria, o erro de direito não possibilita a revisão de lançamento, como ocorreu no presente feito.

8.2. A atividade administrativa é vinculada e obrigatória. Ademais, sendo a obrigação decorrente de lei, em face do princípio da legalidade – art. 5º, inciso II, da Constituição Federal –, não pode haver exigência de tributo sem adequação típica. Sobretudo no presente caso, em que havia prévia decisão judicial determinando com precisão o diploma legal que legitimaria a pretensão fiscal. Assim, demonstrado o erro de enquadramento, como já anteriormente asseverado, não resta a menor dúvida da configuração inequívoca de erro de direito. E, se o erro perpetrado é de direito, não pode a autoridade rever o lançamento, o qual, por decorrência, é nulo de pleno direito, como afirma a remansosa jurisprudência judicial (fl. 59) e administrativa (fls. 59/60);

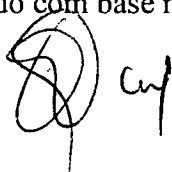
8.3. Ainda sobre outro relevante aspecto, há que se considerar o princípio da imodificabilidade do lançamento tributário, em razão das disposições do art. 146 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN). No mesmo sentido, a Súmula 227 do antigo Tribunal Federal de Recursos prescreve que “a mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco não autoriza a revisão de lançamento”.

8.4. Mas não é só. Muito embora tenha afirmado que a base de cálculo da exigência seria calculada considerando margem zero na operação subsequente, a auditora fiscal acabou por considerar precisamente o dobro da quantia discriminada nas competências respectivas, do que resulta igualmente vício substancial;

8.5. A autoridade julgadora {da DRJ/Campinas}, flagrando o erro perpetrado por ocasião do lançamento tributário primitivo, afirmou a impossibilidade de se determinar no feito administrativo, com precisão, quais as exigências relativas à substituição tributária e submetidas à legislação anterior e quais as exigências regradas pela Lei nº 9.718, de 1998, do que resultava a impossibilidade de pronto julgamento. Dessa decisão resultou a diligência que acabou por desaguar na autuação ora impugnada. Ocorre que, por aplicação das expressas disposições do inciso III do art. 145 do CTN, admite-se a alteração do lançamento por iniciativa de ofício unicamente nos casos taxativamente previstos no art. 149 do CTN. Ora, é absolutamente incontroverso que as razões que levaram a autoridade administrativa a flagrar a impossibilidade de julgamento daquela exigência primitiva por erro de direito não se encontram previstas nos diversos incisos do referido art. 149 do CTN.

A 6ª Turma da DRJ julgou o lançamento procedente.

Inicialmente assentou que “... não houve erro nem alteração no fundamento legal do auto de infração primitivo, o qual foi lavrado com base na lei nº 9.718/98 e permanece



fundado nela, assim como o auto de infração em exame, que se esteia no mesmo diploma legal, como se observa na fl. 51.”

Também considerou que o fato de o crédito tributário estar em parte ou integralmente *sub judice* não impede o lançamento, sendo que na situação em tela o próprio juízo monocrático, ao conceder a liminar, ressaltou o direito de a Fazenda Pública proceder ao lançamento para evitar a decadência, como deixa patente o despacho reproduzido nas fls. 14/16.

Quanto à alegação de que a fiscalização teria computado em duplicidade a base de cálculo, referendando a planilha de fl. 47 afirmou que, nos moldes da sistemática anterior ao advento da lei 9.718/98, cabia às distribuidoras de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado recolher a Cofins e o PIS duas vezes: uma como contribuinte e outra como substituto tributário dos comerciantes varejistas, consoante dispunha o art. 6º da lei nº 9.715/98.

Por fim, a DRJ discordou da argumentação no sentido de que o lançamento em exame estaria em desacordo com o disposto nos arts. 145, III, e 149 do CTN, asseverando que esse não decorreu de iniciativa de ofício da autoridade administrativa, mas da iniciativa da própria contribuinte ao impugnar o lançamento primitivo, o que levou a DRJ/Campinas a baixar aquele processo em diligência e resultou na lavratura do deste novo Auto.

No Recurso Voluntário, tempestivo, a contribuinte insiste na improcedência do Auto de Infração, repisando argumentos da Impugnação e contestando a decisão recorrida.

Requer, ao final da peça recursal, a reunião deste processo com o de nº 10875.003281/2002-97, para julgamento conjunto objetivando evitar decisões díspares, haja vista a conexão entre eles.

Quanto à arguição de nulidade do lançamento, afirma que consiste em “nova autuação na tentativa equivocada de corrigir uma indevida autuação anterior, sobre os mesmos fatos e elementos, sem que tenha havido julgamento definitivo da primeira” (fl. 131), ressaltando que os fatos tributáveis foram mantidos e continuaram os mesmos nas duas autuações.

Considera que tanto a fiscalização quanto a DRJ tentaram “salvar o insalvável, porque a autuação anterior descumpriu uma decisão judicial que mandava fosse considerada a LC nº 70/91, enquanto a nova (a deste Auto de Infração) “transferiu” o valor reduzido naquela antes do julgamento do lançamento primitivo.

Em apoio à defesa da nulidade, menciona o Acórdão nº CSRF/01-05.390, com inteiro teor disponível na internet.

No mais, aponta erros na apuração da base de cálculo. Afirma que os números da coluna “Base de Cálculo Lei 9718/98”, no relatório de fl. 45, estão sem amparo documental e restam não comprovados pela fiscalização. Em relação à coluna “Base de Cálculo LC 07/70 – Liminar” do mesmo relatório, indica dois vícios: o primeiro, consistente em ausência de previsão de previsão legal, já que o autuante duplicou os valores constantes da DIPJ, arbitrando a base de cálculo da substituição tributária sobre as vendas no varejo, quando inexistia à época norma a aplicar diante da inexistência da tabela de preços máximos para venda a varejo dos combustíveis; e o segundo, configurado pela incoerência entre as bases de cálculo encontradas segundo a LC nº 7/70 e a Lei nº 9.718/98, cuja diferença seria quase



nenhuma embora esta mais recente determine a multiplicação da base de cálculo por 4, para a gasolina, e por 3,33, para o óleo diesel

· É o relatório.

Voto

Conselheiro EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que dele conheço.

A Recorrente requer a reunião deste processo com o de nº 10875.003281/2002-97, para julgamento conjunto. Todavia, o recurso voluntário daquele, sob o nº 127638, já foi julgado em 19/05/2005 por este Colegiado, que na ocasião prolatou o Acórdão nº 203-10.172. Assim, a reunião para eventual julgamento conjunto é questão superada.

No relatório do recurso voluntário nº 127.638 há menção a este processo ora julgado, quando informa sobre a diligência determinada pela DRJ naquele. Durante aquela diligência a fiscalização, ao constatar que o auto de infração original fora lavrado sem a exigibilidade.suspensa em relação à parcela exigida com base na Lei nº 9.718/98, nos períodos de apuração de 01/2000 a 05/2000, decidiu por constituir novamente tal parcela, dando origem a este em julgamento (ver Termo de Verificação de fls. 72/75). Observe-se o que informa aquele relatório:

“Termo de Verificação Fiscal” (fls. 1.016/1.019 – 1.026/1.029) reporta que a COFINS devida por conta das competências 01/00 a 05/00 deveria constar com exigibilidade suspensa (fl. 1.018), não se fazendo acrescer por multa de ofício em virtude da previsão do artigo 63 da Lei nº 9.430/96 (fls. 1.018/1.019) A fiscalização elaborara auto de infração (Processo nº 19515.003894/2003-79 – fls. 1.023/1.024) da diferença de COFINS calculada com atenção às disposições da Lei Complementar nº 70/91 e da Lei nº 9.718/98.

A decisão recorrida, verificando a duplicidade de lançamento, cancelou naquele a parcela objeto do presente Auto de Infração. O cancelamento corresponde exatamente às parcelas lançadas neste Auto de Infração ora julgado, nos meses de fevereiro a maio de 2000 (no mês de janeiro de 2004 a DRJ excluiu no total o valor lançamento, em virtude de parcelamento no Refis). Este novo lançamento foi efetuado em 09/02/2004, enquanto o acórdão da DRJ naquele lançamento primitivo é datado de 24/03/2004 (ver cópia às fls. 90/101 deste).

Atualmente aquele processo (recurso voluntário nº 127638) encontra-se na CSRF, aguardando julgamento de recurso especial interposto pelo contribuinte.

Como a decisão da DRJ no processo nº 10875.003281/2002-97 se deu em 24/03/2004, após a lavratura deste Auto ora julgado, e como o cancelamento parcial daquele lançamento foi objeto de recurso de ofício, negado conforme o Acórdão nº 203-10.172, prolatado pela Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes em 19/05/2005, entre a



ciência do presente Auto ao contribuinte e 19/05/2005 coexistiram dois lançamentos em relação à parcela tributada conforme a Lei nº 9.718/98, nos períodos de apuração de 01/2000 a 05/2000: um sem exigibilidade suspensa, conforme o lançamento inicial; outro com a suspensão da exigibilidade, objeto do segundo lançamento ora julgado.

Afora a exigibilidade – mantida no primeiro, suspensa no segundo -, é clara a igualdade entre os dois lançamentos, já que são idênticos nos aspectos material (PIS exigido por ter sido auferido faturamento, nos termos da Lei nº 8.718/98), quantitativo (base de cálculo e alíquotas), pessoal (o sujeito passivo em ambos é o Recorrente), temporal (períodos de apuração coincidentes) e espacial.

Em face dessa o lançamento ora analisado deve ser anulado. O contrário implicaria em se admitir a existência concomitante de dois lançamentos idênticos, numa situação de extrema insegurança jurídica que não encontra amparo no nosso sistema tributário.

Embora seja certo que o art. 149 do CTN possibilita a revisão de ofício, na situação em tela caberia modificar o lançamento original, em vez de efetuar um novo com a única diferença na suspensão da exigibilidade. O art. 145 do CTN, ao estabelecer que o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de impugnação do sujeito passivo (I), de recurso de ofício (II) ou de iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149 (III), visa assegurar que os critérios jurídicos adotados não sofrerão modificações.

Na situação dos autos, o órgão de origem, em vez de alterar o lançamento original, apartando os valores com exigibilidade suspensa, manteve-o na íntegra e adicionou o novo Auto de Infração, numa duplicidade que parece não passível de correção. O julgamento de primeira instância, ao tentar corrigir tardiamente tal duplicidade, cancelando no lançamento inicial a parte repetida no segundo, não se mostra adequado porque antes desse julgamento coexistiram as duas autuações.

Outra alternativa seria, primeiro, cancelar parcialmente a primeira autuação, e depois constituir novamente o crédito tributário ora julgado. Após o cancelamento parcial do lançamento inicial nada impediria um segundo, especialmente porque houve a autorização de reexame para os mesmos períodos de autuação (ver a fl. 02, que expressamente se refere ao ano calendário 2000).

Dentre as duas alternativas acima, a preferível é a simples alteração do primeiro lançamento, com a suspensão da exigibilidade das parcelas que vieram a constituir a segunda autuação. Tal suspensão podia ser feita pela autoridade administrativa lançadora, seguindo-se reabertura do prazo para impugnação do sujeito passivo, ou então ser determinada pela autoridade julgadora de primeira instância, seguindo-se abertura do prazo regular para o recurso voluntário.

A corroborar a necessidade de se decretar a nulidade do lançamento, a seguinte jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes:

Número do Recurso: 103-128453

Turma: PRIMEIRA TURMA

Número do Processo: 10882.001235/94-11

Tipo do Recurso: RECURSO VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPJ E OUTROS

Recorrente: COMÉRCIO DE CARNES CSE LTDA.

Interessado(a): FAZENDA NACIONAL

Data da Sessão: 20/03/2006 09:30:00

Relator(a): José Carlos Passuello



Acórdão: CSRF/01-05.390

Decisão: OUTROS - OUTROS

Texto da Decisão: Por maioria de votos, ACOLHER a preliminar suscitada, para declarar a nulidade de todos os atos processuais praticados a partir da primeira impugnação, exclusive. Vencidos os Conselheiros Cândido Rodrigues Neuber e Victor Luis de Salles Freire.

Inteiro Teor do Acórdão

Ementa: IRPJ – PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. LANÇAMENTO. INAUGURAÇÃO DO LITÍGIO. IMPOSSIBILIDADE DE NOVO LANÇAMENTO SEM QUE TENHA HAVIDO DECISÃO SOBRE A MATÉRIA LITIGADA. NULIDADE. - Descabe a lavratura de novo Auto de Infração tendo por base a mesma matéria tributária quando, inaugurada a fase litigiosa do procedimento, deixa a autoridade competente de proferir decisão sobre lançamento anteriormente efetuado. A superveniente formalização da exigência, por ineficaz, não produz qualquer efeito, devolvendo-se os autos para que sejam observadas as disposições contidas no Decreto n 70.235, de 1972.

Preliminar de nulidade acolhida.

Número do Recurso: 119382

Câmara: SEGUNDA CÂMARA

Número do Processo: 12689.000352/94-98

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

Recorrida/Interessado: DRJ-SALVADOR/BA

Data da Sessão: 09/12/1998 00:00:00

Relator: MARIA HELENA COTTA CARDOZO

Decisão: Acórdão 302-33891

Resultado: APM - ANULADO POR MAIORIA

Texto da Decisão: Por maioria de votos, acolheu-se a preliminar de nulidade arguida pela recorrente, nos termos do voto do conselheiro relator. Vencidos os conselheiros Elizabeth Maria Violatto, Ricardo Luz de Barros Barreto e Paulo Roberto Cuco Antunes.

Ementa: IMPORTAÇÃO DE NAFTA. DIVERGÊNCIA QUANTO À QUANTIDADE DA MERCADORIA. NULIDADE.

É nulo o Auto de Infração que repete exigência já contida em procedimento fiscal anterior, não julgado, ainda que sob a denominação de Auto de infração Complementar.

Preliminar Acolhida.

Número do Recurso: 112960

Câmara: SÉTIMA CÂMARA

Número do Processo: 10930.002340/92-47

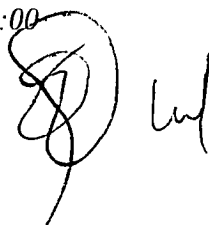
Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPJ

Recorrente: INDÚSTRIA DE DOCES RELÂMPAGO LTDA.

Recorrida/Interessado: DRJ-CURITIBA/PR

Data da Sessão: 11/06/1997 00:00:00



Relator: Jonas Francisco de Oliveira

Decisão: Acórdão 107-04224

Resultado: OUTROS - OUTROS

Texto da Decisão: P.U.V, DECLARAR NULOS OS ATOS PRATICADOS APÓS A PRIMEIRA IMPUGNAÇÃO.

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - IMPUGNAÇÃO A LANÇAMENTO DE OFÍCIO SEGUIDA DE NOVO LANÇAMENTO - NULIDADE DOS ATOS PRATICADOS APÓS SUA INTERPOSIÇÃO - Tendo o sujeito passivo impugnado o lançamento de ofício, destarte inaugurando a fase litigiosa do procedimento, descabe novo lançamento, mediante a lavratura de outro auto de infração, relativamente aos mesmos fatos e mesmo período de apuração, sem decisão do litígio, sob pena de acarretar a nulidade de todos os atos praticados após a sua instauração.

Declarados nulos os atos praticados após a primeira impugnação.

lançamento. Pelo exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário para anular o

EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS