

Processo nº : 10875.001301/97-11
Recurso nº : 113.429
Acórdão nº : 203-09.769

Embargante : DRJ em Sorocaba - SP
Embargada : Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes
Interessada : Getoflex Metzeler Indústria e Comércio Ltda.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGAMENTO. Conhece-se dos embargos face à omissão no julgamento e nega-se provimento em face da decisão de primeira instância. **Embargos conhecidos e negados.**

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE. Às Delegacias da Receita Federal de Julgamento compete julgar processos administrativos nos quais tenha sido instaurado, tempestivamente, o contraditório (Dec. nº 70.235/72, c/ a redação dada pelo art. 2º da Lei nº 8.748/93, Port. SRF nº 4.980/94). Entre as atribuições dos Delegados da Receita Federal de Julgamento inclui-se o julgamento, em primeira instância, de processos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal (art. 5º, Port. MF nº 384/94). A competência pode ser objeto de delegação ou avocação, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei. São nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente (art. 59, I, Dec. nº 70.235/72).

Anula-se a decisão de primeira instância e todos os atos dela decorrentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
GETOFLEX METZELER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: a) em rejeitar os embargos de declaração, tendo em vista a constatação de nulidade da decisão de primeira instância; e b) em anular o processo a partir da decisão de primeira instância, inclusive.

Sala das Sessões, em de 16 de setembro de 2004

Leonardo de Andrade Couto
Presidente

Maria Teresa Martínez López
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Valdemar Ludvig, Luciana Pato Peçanha Martins, César Piantavigna e Francisco Mauricio R. de Albuquerque Silva.

Eaal/mdc



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10875.001301/97-11
Recurso nº : 113.429
Acórdão nº : 203-09.769

N.º	113.429 - 2.º CC
COMO O ORIGINAL	
BRASIL 21/02/01	
<i>[Assinatura]</i>	
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

Recorrente : GETOFLEX METZELER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

RELATÓRIO

Em Sessão de 20 de junho de 2001, conforme Acórdão nº 203-07.412, o litígio proposto foi julgado, reconhecendo-se a semestralidade da base de cálculo do PIS.

A DRF em Sorocaba apresentou Embargos Declaratórios ao Acórdão acima referido, alegando necessidade de Revisão e Retificação do Acórdão, face ao questionamento da base de cálculo no Judiciário, e nesse sentido ter ocorrido "renúncia administrativa" sobre a qual impede ao julgador apreciar a matéria.

Instada a se pronunciar, como determina o Regimento deste Conselho, esta Relatora manifestou-se pelo acolhimento dos embargos, uma vez que o Acórdão recorrido apreciou a matéria *sub judice*, bem como, *a posteriori*, ter constatado a nulidade da decisão de primeira instância.

Volta, pois, o litígio à Câmara, para que se manifeste sobre as matérias discriminadas.

É o relatório.



Processo nº: 10875.001301/97-11
Recurso nº: 113.429
Acórdão nº: 203-09.769

MI	FAZENDA - 2.º CC
COM. PIS COM. O ORIGINAL	
ESP. 113 21/05/05	
VISTO	

**VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ**

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela Delegacia da Receita Federal em Sorocaba - SP sob o entendimento de ser necessário a revisão ou retificação do Acórdão nº 203-07.412 de fls. 145/157.

Consta das razões apresentadas pela Delegacia embargante:

INFORMAÇÃO

PAF nº 10875.001301/97-11 (PIS)
Interessado: Gtoflex Metzeler Ind. E Com. Ltda.
CNPJ: 49.032.667/0001-65

Em procedimento fiscal na pessoa da contribuinte em epígrafe, foi lavrado o auto de infração, formalizado através do PAF nº 10875.001301/97-11, em face da insuficiência de recolhimento de PIS e da compensação de créditos considerados inexistentes, correspondentes a excesso de recolhimento efetuado com base nos Decretos-Lei 2445/88 e 2449/88, declarados inconstitucionais.

O lançamento foi impugnado. A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas manteve o lançamento.

Necessidade de Revisão e Retificação do Acórdão nº 203-07.412 (Fls. 145/157)

A contribuinte apresentou Recurso Voluntário perante o Conselho de Contribuintes (fls. 105), do qual transcrevo os seguintes parágrafos:

"Toda a discussão gira em torno da definição correta para a base de cálculo do PIS/Faturamento à luz das regras erigidas pela Lei Complementar nº 7/70.

(...)

2. Examinando detidamente a legislação mencionada, constatamos que, no período que vai de julho de 1988 a setembro de 1995, em nenhum momento o legislador federal alterou a base de cálculo prevista no artigo 6º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 7/70, de forma que a base de cálculo do PIS, no período mencionado é o faturamento do sexto mês anterior ao fato gerador.

Por outro lado, nenhuma norma foi estabelecida no sentido de indexar a base de cálculo do PIS. Todas as normas de indexação referem-se à conversão do valor devido a título do PIS/PASEP a partir da ocorrência do fato gerador até a data legalmente prevista para o recolhimento da contribuição". (grifei).



ME:	2° CC
CON. FISC. G. FISC. AL	
BRASIL	21.02.05
<i>[Assinatura]</i>	
VISTO	

2° CC-MF
Fl.

Processo nº : 10875.001301/97-11
Recurso nº : 113.429
Acórdão nº : 203-09.769

Analisando os autos do PAJ nº 10875.000088/97-21 de acompanhamento da ação judicial nº 96.0039087-6, verifica-se que a contribuinte questiona judicialmente, dentre outros objetos, a base de cálculo do PIS, conforme cópia da petição inicial juntada a este processo (Fls. 238):

"Deste modo, as empresas comerciais e industriais, durante o período de vigência dos Decretos-leis, deverão sujeitar-se aos ditames da LC n.º 7/70, contribuindo ao PIS-Faturamento, com base na aplicação da alíquota de 0,75% sobre o faturamento do sexto mês anterior (base de cálculo), atualizando-se monetariamente o valor a recolher somente a partir do mês de ocorrência do fato gerador, podendo tal contribuição ser ilustrada da seguinte forma:

(...)

Do exposto deduz-se que não há que se aventar a hipótese de qualquer correção monetária sobre a base de cálculo (faturamento do sexto mês anterior), ante à falta de disposição legal para tanto. Com isso, a base de cálculo do PIS-Faturamento, sob a égide da LC 7/70, permanece em valores históricos, atualizando-se tão somente o recolhimento de tal contribuição (a partir da ocorrência do fato observado os diplomas legais supervenientes aos Decretos-Leis sob comento (Lei Federal nº 7.799/89 e legislação posterior).

(...)

VIII. DO PEDIDO

(...)

d) a concessão definitiva da segurança pleiteada, em sentença de mérito, com o reconhecimento do direito líquido e certo da Impetrante, consistente na possibilidade jurídica de promover a compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de PIS (com base nos Decretos-Leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88), devidamente atualizados monetariamente, com parcelas vincendas da mesma contribuição (sob a luz da Lei Complementar n.º 7/70);" (grifei).

A planilha de fl. 76/79, anexada pela contribuinte no ato da impugnação, é a mesma juntada aos autos do PAJ nº 10875.000088/97-21 (fls 268/271), por ocasião da impetração do mandado de segurança, esvaindo-se qualquer dúvida sobre a identidade dos objetos.

Desta forma, verifica-se que foi colocada à apreciação da Administração matéria tributária cujo mérito é objeto de mandado de segurança, impetrado pela contribuinte, o que implica em renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela Autoridade Administrativa julgadora.

Conforme dispõe o art 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.737, de 20/12/1979, e o art. 38, parágrafo único da lei nº 6.830, de 22/09/1980, a propositura, pelo contribuinte, de mandado de segurança, ação anulatória ou declaratória de nulidade de crédito da Fazenda Nacional, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Nesse sentido, foi expedido o Ato Declaratório Normativo nº 3, de 14/02/96, da Coordenação Geral do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, esclarecendo que: "a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo



MI	2ª CC - 2.º CC
COPIA DO ORIGINAL	
21.02.105	
<i>[Assinatura]</i>	

Processo nº : 10875.001301/97-11
Recurso nº : 113.429
Acórdão nº : 203-09.769

objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto."

Ressalto que também foi objeto de pedido da ação judicial n.º 96.0039087-8 (itens "b" e "e"), que fossem afastadas as disposições constantes da lei n.º 6.830/80 e do ADN n.º 3/96, restando indeferida a liminar neste sentido (Fls.272):

"Levando-se em conta que não cabe mandado de segurança na hipótese prevista no supra citado dispositivo legal, depreende-se que a impetração do mandamus pressupõe a renúncia ao direito de recurso administrativo com efeito suspensivo.

Destarte, ausentes os pressupostos legais (art. 72, inciso 11, da Lei n.2 1.533/51, denego a liminar. "

Sobre o tema, assim tem se manifestado o Conselho de Contribuintes:

*Número do Recurso: 120558
Câmara: QUINTA CÂMARA
Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO
Decisão: Acórdão 105-13164
Resultado: OUTROS -OUTROS*

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, retificar o acórdão n.º 105-13.021, de 07/12/99, para não conhecer do recurso, por renúncia às instâncias administrativas. Ausentes os Conselheiros Ivo de Lima Barboza e Maria Amélia Fraga Ferreira.

*Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL -RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO – RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA -Constatada omissão no julgamento anterior, cabe a sua retificação, pela inclusão da matéria omitida. A propositura pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.
Recurso não conhecido.*

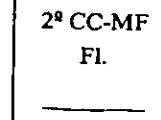
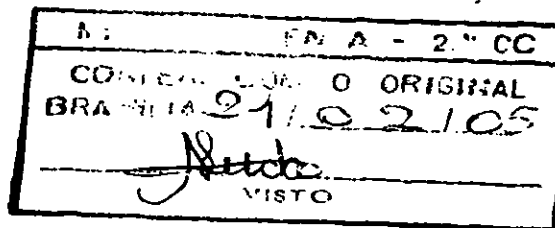
*Número do Recurso: 107706
Câmara: TERCEIRA CÂMARA
Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO
Decisão: ACÓRDÃO 203-07263
Resultado: NCU -NÃO CONHECIDO POR UNANIMIDADE*

Texto de Decisão: Por unanimidade de votos, não se conheceu do recurso, por opção pela via judicial.

Ementa. NORMAS PROCESSUAIS -PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL - DESISTÊNCIA DA INTÂNCIA ADMINISTRATIVA - Ao teor do que dispõe o art. 38, parágrafo único da Lei n.º 6.830/80, a propositura de ação judicial por parte do contribuinte importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa. Para os efeitos dessa norma jurídica, pouco importa se a ação judicial foi proposta antes ou depois da formalização do lançamento, havendo precedentes jurisprudenciais do



Processo nº : 10875.001301/97-11
Recurso nº : 113.429
Acórdão nº : 203-09.769



Superior Tribunal de Justiça a esse respeito. Recurso não conhecido, por opção pela via judicial.

Número do Recurso: 120154

Câmara: PRIMEIRA CÂMARA

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Decisão: Acórdão 301-29119

Resultado: NPR -NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO

Texto da Decisão: *Por unanimidade de votos, não se conheceu do recurso.*

Ementa: DISCUSSÃO NA ESFERA JUDICIAL -MANDADO DE SEGURANÇA. Optando o Contribuinte pela discussão da matéria litigiosa no âmbito judicial, mediante Mandado de Segurança, caracteriza renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa com a conseqüente desistência do recurso interposto por força do contido no parágrafo único do artigo 38, da Lei nº 6830/80. Recurso não conhecido.

O artigo 28, Anexo II do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes prevê:

"Art. 28. As inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão serão retificadas pela Câmara, mediante requerimento da autoridade julgadora de primeira instância, da autoridade incumbida da execução do acórdão, do Procurador da Fazenda Nacional, de Conselheiro ou do sujeito passivo."

Desta forma, vislumbra-se a necessidade da revisão e retificação do Acórdão proferido nos autos deste Processo Administrativo Fiscal, com suas conseqüências legais, uma vez que a propositura de ação judicial por parte da contribuinte importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa.

Necessidade da Elaboração da Minuta de Cálculo, caso seja mantido o Acórdão.

Através do acórdão n.º 203-07.412, o Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 157) deu provimento ao recurso "para reconhecer a exigência do PIS a ser calculado mediante as regras estabelecidas pela Lei Complementar nº 07/70, e, portanto, sobre o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem a atualização monetária da sua base de cálculo" (grifei e sublinhei), e não para anular o auto de infração.

Em sendo mantido o teor do Acórdão e visando ao atendimento do disposto no artigo 127, VI da Portaria MF nº 259 de 24/08/01, vislumbra-se a necessidade da elaboração da minuta de cálculo da exigência tributária, na parte originalmente alterada pelo acórdão do Conselho de Contribuintes, proferida nos autos deste processo administrativo fiscal.

O Termo de Conclusão de Auditoria DRF/SOR/SACAT nº 003/2002 determina (fls. 176), dentre outros procedimentos, a realização de atualizações no PROFISC/SIPADE (inclusive resultado de julgamento).

Há outro motivo que reforça a necessidade da elaboração dos cálculos. Sem prejuízo de outras inconsistências constantes do demonstrativo "Compensação de Contribuição ao PIS (1988 a 1996)", elaborado pela contribuinte para fins de apuração, de recolhimentos considerados indevidos, foi informado na coluna "valor pago conforme DARF um recolhimento de Cr\$ 50.927.851,19, resultando em diferença compensável de



Processo nº : 10875.001301/97-11
Recurso nº : 113.429
Acórdão nº : 203-09.769

ML	- 2 - CC
COM. P. L. C. ORIGINAL	
BRASIL 21 / 02 / 05	
Buda	
VISTO	

170.399,5296 UFIR's (fls. 78). Ocorre que este recolhimento refere-se à COFINS. O recolhimento efetuado a título de PIS na época foi de Cr\$ 16.915.128,28. Este fato está relatado no Termo de Verificação (fls. 27).

Outrossim, a contribuinte questiona judicialmente a compensação do PIS, sendo imprescindível o conhecimento das determinações judiciais já proferidas, principalmente as que possam vir a influenciar na elaboração da minuta de cálculo.

Diante do exposto, de momento, proponho:

I) tornar sem efeito o disposto na Comunicação nº 055/2002 (fls. 163) na parte que extingue totalmente o(s) débito(s) constantes do processo administrativo fiscal;

II) seja o presente processo encaminhado ao Segundo Conselho de Contribuintes, com proposta de revisão e retificação do Acórdão n.º 203-07.412 de 20/06/2001 ;

III) sejam efetuadas as devidas atualizações no PROFISC;

IV) em relação ao pedido de levantamento do depósito administrativo formulado pela contribuinte, entendo que sua análise deva aguardar a realização dos procedimentos acima propostos, sem prejuízo de outros que se façam necessários.

Feitas as reproduções necessárias, passo à análise dos fatos.

Examinam-se os embargos de declaração relativamente à alegada omissão no acórdão atacado quanto à figura da renúncia administrativa, eis que de fato a contribuinte discute a base de cálculo no Judiciário.

Nesse sentido, sob este prisma, não há dúvidas que deveriam ser acolhidos e providos os embargos, para retificar o Acórdão nº 203-07.412, eis que conheceu de razões meritórias colocadas em discussão no Judiciário.

No entanto, como questão preliminar à análise do mérito da matéria colocada em discussão deveria ter sido averiguado se presentes estão todos os pressupostos informadores do processo administrativo fiscal, em especial, no que diz respeito à competência para o julgamento do feito em primeira instância, quanto a observância à forma dos atos processuais, que devem obedecer às normas que dizem como devem proceder os agentes públicos, de modo a obter-se uma melhor prestação jurisdicional ao sujeito passivo.

Os atos administrativos são marcados pela observância a uma forma determinada, regrada, indispensável para a segurança e certeza dos administrados, impondo-se aos seus executores uma completa submissão às regras normativas.

Hely Lopes Meirelles¹ assim se posiciona:

“Poder vinculado ou regrado é aquele que o Direito Positivo - a lei - confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização. Nesses atos, a norma legal condiciona sua expedição aos dados constantes de seu texto. Daí se dizer que tais atos são vinculados ou regrados, significando que, na sua prática, o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações. Nessa categoria

¹ Meirelles, Hely Lopes, em Direito Administrativo Brasileiro -22ª ed. - Malheiros Editores: 1992, p. 101



MI	FA A - 2 ^a CC
CONF. CO. O ORIGINAL	
BRASIL 211 22 105	
<i>[Assinatura]</i>	
LISTO	

Processo nº: 10875.001301/97-11
Recurso nº: 113.429
Acórdão nº: 203-09.769

de atos administrativos a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do Direito Positivo para realizá-los eficazmente. Deixando de atender a qualquer dado expresso na lei, o ato é nulo, por desvinculado de seu tipo-padrão. O princípio da legalidade impõe que o agente público observe, fielmente, todos os requisitos expressos na lei como da essência do ato vinculado. O seu poder administrativo restringe-se, em tais casos, ao de praticar o ato, mas o de praticar com todas as minúcias especificadas na lei. Omitindo-as ou diversificando-as na sua substância, nos motivos, na finalidade, no tempo, na forma ou no modo indicados, o ato é inválido."

Compulsando os autos, verifica-se que a decisão de fls. 91/100 está eivada de nulidade, em face de total falta de competência da autoridade julgadora de Primeira Instância. A decisão recorrida foi assinada pelo AFRT Maria Inês Dearth Batista, por delegação de competência prevista pela Portaria DRJ/032/1998, publicada no DOU de 24/04/1998.

Vigente, à época da decisão de primeira instância, a Portaria MF nº 384/94, que regulamenta a Lei nº 8.748/93, em seu artigo 5º, trazia, as atribuições dos Delegados da Receita Federal de Julgamento:

"Art. 5º. São atribuições dos Delegados da Receita Federal de Julgamento:

I - julgar, em primeira instância, processos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, e recorrer "ex officio" aos Conselhos de Contribuintes, nos casos previstos em lei.

Portanto, a competência do julgamento é do Delegado da Receita Federal, conforme transcrição legal acima, e não do Auditor-Fiscal da Receita Federal, como no caso se verificou.

A Lei nº 9.784/99, que trata dos processos administrativos em geral e que é aplicada subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, determina:

"Art. 13 – Não podem ser objeto de delegação:

I – a edição de atos de caráter normativo;

II – a decisão de recursos administrativos;

III – as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade."

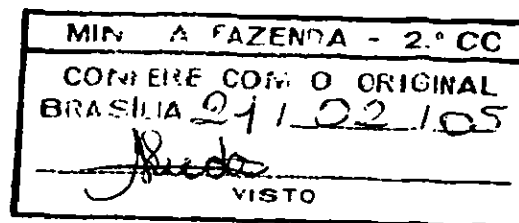
Esta Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes já consolidou entendimento no sentido da impossibilidade de delegação de competência do Delegado de Julgamento para proferir decisões a partir da vigência da norma citada.

Em segundo lugar, ainda que tivesse sido superada esta nulidade, observa-se que a decisão de primeira instância adentrou em matéria colocada *sub judice*, matéria esta que, em embargos é alegado que não poderia ter sido apreciada pelo Conselho de Contribuintes.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10875.001301/97-11
Recurso nº : 113.429
Acórdão nº : 203-09.769



2ª CC-MF
Fl.

Face aos erros apontados, e fundamentalmente, a nulidade da decisão de primeira instância, matéria que a qualquer instante pode ser invocada, voto no sentido de conhecer dos embargos e negar provimento tendo em vista a nulidade da decisão de primeira instância. Nesse sentido, voto por anular o processo a partir da decisão de primeira instância, inclusive.

Sala das Sessões, em 16 de setembro de 2004.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ