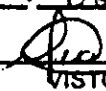




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA Segundo Conselho de Contribuintes Publicado no Diário Oficial da União De <u>11 / 02 / 05</u>  VISTO

2º CC-MF Fl. _____

Processo nº : 10880.024695/96-35
Recursos nº : 124.481
Acórdão nº : 203-09.418

Recorrente : ELDORADO S/A
Recorrida : DRJ em Salvador - BA

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADES.

As hipóteses de nulidade, no Processo Administrativo Fiscal, são aquelas elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores, entre as quais se enquadram os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

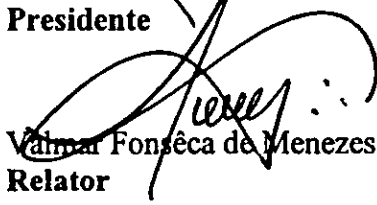
Processo ao qual se anula a partir da decisão de primeira instância, inclusive.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
ELDORADO S/A.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em anular o processo a partir da decisão de primeira instância, inclusive. Fez sustentação oral pela recorrente, o Dr. Selmo Augusto Campos Mesquita.

Sala das Sessões, em 16 de fevereiro de 2004

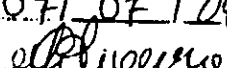

Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente


Valmar Fonseca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim (Suplente), César Piantavigna, Maria Teresa Martínez López, Valdemar Ludvig, Luciana Pato Peçanha Martins e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Ausente, justificadamente, a Conselheira Maria Cristina Roza da Costa.

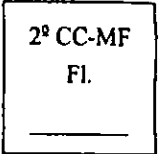
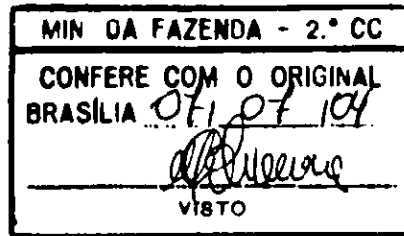
Eaal/ovrs

MIN DA FAZENDA - 2.º CC CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 07/02/05  VISTO
--



Processo nº : 10880.024695/96-35
Recursos nº : 124.481
Acórdão nº : 203-09.418

Recorrente : ELDORADO S/A



RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir.

“Trata-se o processo de Auto de Infração de fls.01/02 e 10/11 e Demonstrativos de fls.03/09, lavrado contra a interessada acima identificada, que pretende a cobrança de Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, com a exigência fiscal no valor equivalente a 1.085.055,44 UFIR (para os fatos geradores até 31/12/1994) e R\$857.805,09 (para os fatos geradores a partir de 01/01/1995), relativamente à contribuição, juros de mora e multa de ofício lançada.

2. *Quanto aos períodos de apuração fiscalizados, consta na Descrição dos Fatos de fls.10/11, que o lançamento é decorrente da falta de comprovação do recolhimento para o PIS, detectada através de auditoria de CAD, relativo à diferença de valores declarados pelo contribuinte na DCTF, com base nos Decretos-leis nº2.445 e 2.449, ambos de 1988, à alíquota de 0,65%, e os apurados pela fiscalização com fundamento na Lei Complementar nº7, de 1970, à alíquota de 0,75%, como seria o correto. O auto de infração está sendo lavrado com a exigibilidade suspensa uma vez que a contribuinte contesta judicialmente a cobrança do PIS através de Medida Cautelar nº 90.0000095-5 da 15ª Vara Federal de São Paulo.*

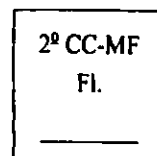
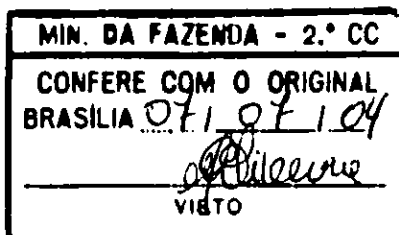
3. *O enquadramento legal aponta infração aos artigos: 3º, alínea “b” da Lei Complementar nº 07, de 7 de setembro de 1970, c/c art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973, Título 5, capítulo 1, seção 1, alínea “b”, itens I e II do regulamento PIS/PASEP, aprovado pela Portaria MF 142, de 1982.*

4. *Cientificada da exigência fiscal, em 28/06/1996 (fl.02), a empresa apresentou impugnação, em 30/07/1996, fls.24/34, argumentando, em síntese:*

- O auto de infração é nulo, na forma do artigo 61 do Decreto nº 70.235, de 1972, e insubsistente porque se discute a legalidade dos recolhimentos das contribuições ao PIS judicialmente e porque pretende a satisfação de encargos moratórios decorrentes da inobservância de norma legal que se encontrava superada por outra na época em que se deram os preenchimentos das DCTF;*

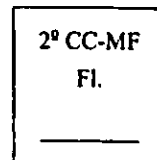
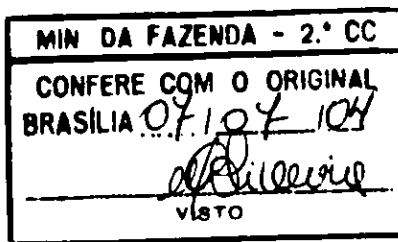


Processo nº : 10880.024695/96-35
Recursos nº : 124.481
Acórdão nº : 203-09.418



- *Obteve concessão de liminar, ficando autorizada a efetivação dos depósitos mensais, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário nos termos do artigo 151, II do CTN, ante a proposição, em 08/01/1990, perante a Justiça Federal em São Paulo, de Medida Cautelar, registrada sob o nº90.0000095-5, seguida de Ação Ordinária (processo nº 90.0003370-5), por meio da qual a impugnante objetiva a declaração de inexistência de relação jurídica tributária que a obrigue ao recolhimento da exação;*
- *O artigo 62, combinado com o artigo 7º do Processo Administrativo Fiscal impossibilita a instauração de procedimento fiscal contra o sujeito passivo na hipótese de suspensão por medida judicial;*
- *Descabimento da cobrança de encargos legais e multa de 100%, tendo em vista a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, pois não existindo inadimplemento da obrigação tributária, não há atraso de pagamento, conforme jurisprudência que transcreve;*
- *Os depósitos foram efetuados conforme legislação à época, cabendo a aplicação do Ato Declaratório Normativo COSIT nº3, de 14/02/1996, para que seja afastado não somente o valor supostamente devido a título de contribuição ao PIS, valor depositado judicialmente, mas também da multa e dos juros de mora, por tratarem-se de matéria diferenciada da discutida judicialmente;*
- *No período de maio de 1994 a setembro de 1995 declarou em DCTF e recolheu os montantes calculados segundo os Decretos-leis nº2.445 e 2.449, de 1988, editados pela própria União, imbuídos de presunção de legitimidade, portanto não cabe, em função da publicação da Resolução do Senado Federal nº49, de 10/10/1995, esperar que a contribuinte tivesse efetuado o recolhimento com alíquota de 0,75%, sendo insustentável exigir multa de 100%;*
- *Descabe a exigência de multa pois esta somente seria aplicável na hipótese de inexistência de declaração hábil a ensejar o lançamento do tributo, conforme se depreende do Ato Declaratório da Coordenação de Arrecadação e de Tecnologia e Sistema de Informação nº34, de 08/12/1993, item 6.3, que estabeleceu penalidades para os casos de não apresentação de declaração;*
- *Requer a insubsistência do Auto de Infração.*

5. *Intimada a interessada, a apresentar as certidões de objeto e pé dos processos judiciais referidos (fls.38/39), esta trouxe a documentação anexada de fls.40/43.*



Processo nº : 10880.024695/96-35
Recursos nº : 124.481
Acórdão nº : 203-09.418

6. Foi proferida a Decisão DRJ/SP nº 014148/97-11.2916, constituindo definitivamente o valor exigido do PIS e sobrestando a multa de ofício e os juros de mora até decisão terminativa do processo judicial, assim ementada:

EMENTA: Concomitância entre o processo Administrativo e Judicial. A propositura de ação judicial implica em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto. Nesta hipótese, considera-se o crédito tributário definitivamente constituído na esfera administrativa.

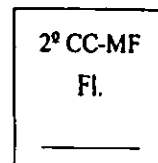
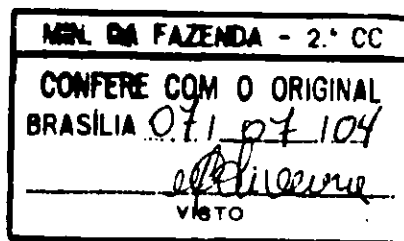
7. O processo foi encaminhado (fl.48) para o Grupo Intersistêmico de Medidas Judiciais que no Relatório de fls.204/205 esclarece que constatou que na ação ordinária sobreveio decisão transitada em julgado declarando o direito do impetrante de não se sujeitar às normas dos decretos-leis nº 2.445 e 2.449/88, prevalecendo o disposto na LC nº7/70 (fls.129/133 e 162/163). Assim, através dos documentos de fls.152/160 e 182/190, documentação apresentada pela interessada e extratos relativos aos Sistemas Informatizados da SRF e da Caixa Econômica Federal, verificou que a contribuinte efetuou o levantamento parcial das quantias depositadas, conforme guias de fls.164/175, e que, embora tenha sido determinada pelo juízo a conversão em renda da União do saldo remanescente, até o momento esta não foi feita (fls.161 e 179/181).

8. Assim o GIMJ/SP, através das planilhas de fls.145/146, Alvarás de Levantamento e documentação de levantamentos judiciais de fls.152/160, efetuou a Planilha de fl.191, encontrando os valores discriminados a converter (valores depositados menos os valores levantados pelo contribuinte) e esta planilha, em cotejo com os débitos informados pela contribuinte em DCTF (fls.176/177) e com os valores devidos, calculados de acordo com as alíquotas e os vencimentos da LC nº 7/70 (legislação não afastada pela decisão judicial), veio confirmar que os débitos declarados são inferiores aos devidos, conforme se vislumbra do Demonstrativo de fl.193 e da Consolidação de Débitos Declarados de fls.200/201, e relato feito pelo próprio autuante ao constituir o presente crédito tributário, relativo à parcela do PIS devido e não declarado.

9. O GIMJ/SP verificou que o saldo de conversão é insuficiente para extinguir integralmente os débitos informados conforme demonstrativo de Consolidação de Tributo – Débitos Declarados, fls.198/199, tendo sido formalizados dois processos, o de nº 13807.006416/2001-97, para cobrança do saldo de débito em aberto e o de nº13807.006417/2001-31, em suspensão por medida judicial, para controle da parcela dos débitos garantidos pelos valores ainda depositados e que seriam extintos quando da efetiva conversão. Informa que as bases de cálculo foram obtidas das declarações de IRPJ (fls.14/17) e restringiu-se aos elementos constantes do presente processo e/ou declarados pela contribuinte.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10880.024695/96-35
Recursos nº : 124.481
Acórdão nº : 203-09.418

10. Após despachos de fls. 207/208, e em face da transferência de competência para julgamento, prevista no anexo único da Portaria SRF nº 1.033, de 27 de agosto de 2002, o presente processo foi encaminhado a esta Delegacia de Julgamento."

A DRJ em Salvador - BA proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep.

Período de apuração: 01/05/1994 a 30/09/1995

Ementa: JULGAMENTO DO PROCESSO

Declarada a definitividade da exigência sub judice e sobrestado o julgamento da exigibilidade da multa de ofício e encargos legais, cabe apreciação do litígio apenas quanto às questões diferenciadas que não foram objeto da ação judicial.

DEPÓSITO JUDICIAL. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE.

Não suspende a exigibilidade da contribuição ao PIS o depósito judicial em montante inferior ao devido.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

Uma vez constatado o recolhimento da contribuição para o PIS à alíquota de 0,65%, a despeito de liminar concedida à contribuinte determinando o recolhimento à alíquota de 0,75%, legítima é a exigência da diferença entre as alíquotas do PIS, acrescida de juros de mora e da multa de ofício.

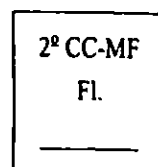
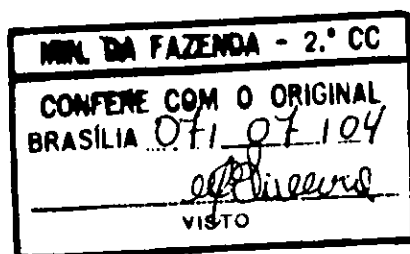
MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL. REDUÇÃO.

Tratando-se de lançamento de ofício, decorrente de infração a dispositivo legal detectado pela administração, em exercício regular da ação fiscalizadora, é legítima a cobrança da multa punitiva correspondente, cujo percentual, entretanto, deve ser reduzido de 100% para 75%, por força da alteração na legislação de regência.

Lançamento Procedente em Parte".

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, repisando os argumentos expendidos na peça impugnatória.

É o relatório.



Processo nº : 10880.024695/96-35
Recursos nº : 124.481
Acórdão nº : 203-09.418

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

Preliminarmente, há que se chamar a atenção para algumas nuances do processo.

Conforme relatado, constam dos autos duas decisões DRJ, - à fl. 45, de 7 de outubro de 1997, e à fl. 208, de 21 de maio de 2003.

A primeira, analisando a impugnação apresentada, decidiu que, segundo os seus próprios termos:

“a) não tomar conhecimento da impugnação quanto à parte do crédito tributário objeto da ação judicial. Em consequência, declaro definitivamente constituído na esfera administrativa o crédito relativo ao imposto/contribuição.

b) sobrestar o julgamento da impugnação apresentada relativamente à multa de ofício e juros de mora, até decisão terminativa do processo judicial, devendo este processo retornar para julgamento apenas se a decisão judicial transitada em julgado for desfavorável ao contribuinte.

(...)

Como este ato revela mera declaração formal da definitividade da exigência tributária na esfera administrativa, sem julgamento do mérito, não é cabível a apresentação de recurso à segunda instância julgadora .

(...)”.

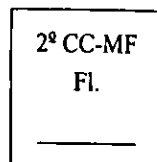
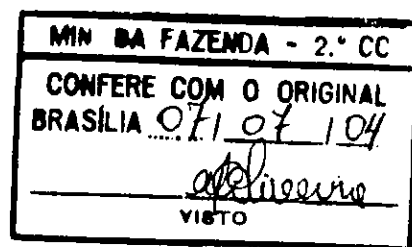
Observa-se, pela verificação das peças processuais, que a contribuinte não foi cientificada de tal decisão, tendo sido intimada, apenas, pela autoridade preparadora, a apresentar documentação referente às ações judiciais (fl. 52), não constando da intimação nenhuma referência à decisão prolatada pela DRJ.

Transcorridos quase quatro anos após aquele *decisum*, o processo é encaminhado à Delegacia de Julgamento, com a informação de que a contribuinte foi vitoriosa no seu pleito junto ao Judiciário, com trânsito em julgado da ação.

Contrariamente ao anteriormente determinado pelo Delegado de Julgamento, que havia decidido – condicionalmente - que os autos só deveriam retornar a Julgamento se ocorrida a condição de sentença desfavorável à contribuinte – como visto acima – a Delegacia de



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10880.024695/96-35
Recursos nº : 124.481
Acórdão nº : 203-09.418

Julgamento – quase dois anos após o referido encaminhamento – resolve proferir o seu julgamento, que se constitui na segunda decisão de primeira instância constante dos autos, à fl. 208.

Desta feita, a Delegacia de Julgamento, partindo da premissa de que a questão da opção pela via judicial já havia sido decidida antes, e sem atentar para o fato de que a recorrente não havia sido cientificada de tal, apenas apreciou as argumentações apresentadas na impugnação relativas à multa de ofício e aos juros de mora.

Diante de tais fatos, forçoso é admitir que a segunda decisão proferida guarda dependência com a primeira, visto que a adotou como premissa para não conhecer de parte da impugnação apresentada, embora, por outro lado, a tenha descumprido, pelo fato de que, tendo a decisão judicial sido favorável à contribuinte, a decisão anterior havia determinado que não haveria novo julgamento.

São interdependentes, pois, as duas decisões tomadas, o que implica em dizer que, se há algum vício processual em uma delas, fatalmente haveria reflexo contaminador na outra.

É justamente o que concluo. De fato, não foi dada ciência à recorrente da primeira decisão tomada, assim como, embora também sem lhe ser dada nenhuma satisfação, a autoridade singular, à época, lhe tolheu o direito de recurso à segunda instância.

Já se constitui em jurisprudência pacífica desta Câmara que, no caso, as Delegacias de Julgamento entendem que houve renúncia à esfera administrativa, por opção pela via judicial, este Colegiado é competente para apreciar o questionamento levantado pela recorrente quanto à ocorrência ou não de tal hipótese, não sendo raros os casos em que decidimos de forma diversa, e passamos à análise da parte não conhecida pela primeira instância.

Desta forma, incorre em vício processual a primeira decisão proferida pelo fato de não facultar à autuada recurso à segunda instância e, o que é muito mais grave, por não ter dado sequer ciência à mesma da decisão tomada. Por conseqüência, entendo que tal vício contamina mortalmente a posterior decisão tomada – mais de cinco anos depois.

O comportamento da autoridade julgadora, nas duas decisões, a meu ver, feriu o Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório, as disposições do Código Tributário Nacional, o Princípio da Verdade Material e o próprio artigo 31 do Decreto nº 70.235/72, que determina que a decisão deve referir-se, **expressamente**, às **razões de defesa suscitadas pela impugnante contra todas as exigências**.

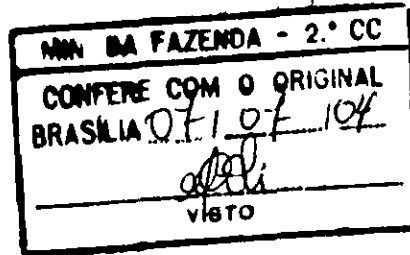
O próprio artigo Decreto nº 70.235/72 é taxativo, quando dispõe que:

“Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10880.024695/96-35
Recursos n° : 124.481
Acórdão n° : 203-09.418



bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748/93)

Parágrafo único. O órgão preparador dará ciência da decisão do sujeito passivo, intimando-o, quando for o caso, a cumpri-la, no prazo de 30 (trinta) dias, ressalvado o disposto no art. 33.

(...)

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos 30 (trinta) dias seguintes à ciência da decisão.

(...)

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."

Esta Câmara tem se pautado, sempre, na esteira de tais preceitos. A ampla possibilidade de defesa, além de ser determinação constitucional, confere maior vigor ao julgamento proferido.

Em face de tal circunstância, intransponível para possibilitar o julgamento do mérito, voto no sentido de anular o processo, a partir da primeira decisão proferida, para que nova seja prolatada, em substituição às duas prolatadas, dela sendo intimada a impugnante para eventuais providências de sua alçada.

É como voto.

Sala das Sessões, em 16 de fevereiro de 2004


VALMAR FONSECA DE MENEZES

