



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10140.001537/2001-35
SESSÃO DE : 16 de abril de 2003
ACÓRDÃO Nº : 303-30.682
RECURSO Nº : 124.801
RECORRENTE : A. DA SILVA PRADO & CIA. LTDA. – ME.
RECORRIDA : DRJ/CAMPO GRANDE/MS

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). 2) 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. 3) São nulos os atos e termos lavrados por pessoas incompetente (art. 59, I, Dec. nº 70.235/72).
ANULADA A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes por unanimidade de votos, declarar a nulidade da decisão de Primeira Instância por emitida por delegação de competência, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 16 de abril de 2003


JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente

08 JUL 2003


CARLOS FERNANDO FIGUEIREDO BARROS
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ANELISE DAUDT PRIETO, ZENALDO LOIBMAN, IRINEU BIANCHI, PAULO DE ASSIS, NILTON LUIZ BARTOLI e Nanci GAMA (Suplente). Ausente o Conselheiro HÉLIO GIL GRACINDO.

RECURSO Nº : 124.801
ACÓRDÃO Nº : 303-30.682
RECORRENTE : A. DA SILVA PRADO & CIA. LTDA. - ME.
RECORRIDA : DRJ/CAMPO GRANDE/MS
RELATOR(A) : CARLOS FERNANDO FIGUEIREDO BARROS

RELATÓRIO

A Empresa A. DA SILVA PRADO & CIA. LTDA. - ME., pessoa jurídica nos autos qualificada, recebeu comunicação de exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, denominado SIMPLES, mediante Ato Declaratório s/n (fls. 10), de 19/10/00, expedido pela Delegacia da Receita Federal em Campo Grande/MS, sob a alegação de que a excluída exerce atividade econômica não permitida para o Simples, ou seja, a empresa se dedica à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção civil (inciso V do art. 9º da Lei n.º 9.317/96).

Cientificada do referido ato de exclusão, a Interessada ingressou em 13/11/02 com Solicitação de Revisão da Exclusão da Opção pelo Simples - SRS (fls. 03 - verso e anverso), junto à DRF-Campo Grande/MS. Contudo, teve seu pleito indeferido, fls. 03v., sob o argumento que a mesma exerce atividade de prestações de serviços na moldagem de gesso, tais como a colocação de placas de gesso, conforme contrato social, constituindo execução de obra de construção civil, tendo como fundamentação legal o art. 9º, inciso V e § 4º, da Lei n.º 9.317/96, alterada pela Lei n.º 9.528/97, c/c o Ato declaratório Normativo COSIT n.º 30/99.

Tomando ciência em 10/04/01, fls. 06, do indeferimento de sua SRS, a empresa, inconformada, apresentou, em data de 10/05/01, impugnação (fls. 01), instruída com os documentos de fls. 02/05, dirigida à Delegacia da Receita Federal em Campo Grande/MS, onde alega o seguinte, em síntese:

- A referida empresa compra gesso em pó, da região nordestina, que molda em formato de placas e molduras a serem utilizadas em residência e comércio;

- Vende as placas e cobra serviços de moldagem sob medida, que são solicitados pelos clientes;

- Toda empresa que vende, tem que fazer entrega de suas mercadorias, como são os depósitos de material de construção, o que não configura para os mesmos "... execução de obra de construção civil";

- Esta empresa também faz a entrega de suas placas e vai nas obras somente medir tamanho, formato e necessidade de seus clientes, tal qual faz um

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.801
ACÓRDÃO Nº : 303-30.682

marceneiro, serralheiro e tantos outros, o que mais uma vez não configura “ ... execução de obra de construção civil”;

- Que se trata de uma pequena empresa, onde trabalham pai e filho, juntamente com a mãe, e que só mantém a empresa tendo em vista o incentivo do SIMPLES.

No final, requer a revisão da decisão que manteve a sua exclusão do SIMPLES, sob pena de que, não suportando outro tipo de tributação, seja obrigada a encerrar as suas atividades, haja vista já se encontrar em difícil situação financeira.

A Delegacia da Receita Federal em Campo Grande/MS, instruiu o processo com os documentos de fls. 09 - cópia da SRS, fls. 10 - cópia do Ato Declaratório, fls. 11 - cópia do CPF e RG do contador, fls. 12 - cópia do Cartão do CNPJ, fls. 13 - cópia do CPF e RG do sócio gerente, fls. 14/16 - cópia do contrato social da empresa e fls. 17/18 cópia da primeira alteração contratual.

Em 29/06/01, os autos foram encaminhados à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campo Grande/MS e por atender aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n.º 70.235/72, a autoridade julgadora de Primeira Instância proferiu a Decisão DRJ/CGE N.º 985/01, fls. 25/26, indeferindo o pleito da impugnante, conforme as seguintes ementa, voto e conclusão:

1 – Ementa:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Data do fato gerador: 01/11/2000

OPÇÃO AO SIMPLES. CONSTRUÇÃO CIVIL. VEDAÇÃO.

É vedada à empresa de prestação de serviços de colocação de placas de gesso, atividade essa que está contida no conceito de construção civil, optar pelo Simples.

Solicitação Indeferida

2 – VOTO:

A impugnação é tempestiva, dela tomo conhecimento e passo a decidir.

O § 4º ao art. 9º da Lei nº 9.317/1996 foi acrescentado pelo art. 4º da Lei nº 9.528/1997, o qual dispõe:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.801
ACÓRDÃO Nº : 303-30.682

“Compreende-se na atividade de construção de imóveis, de que trata o inciso V deste artigo, a execução de obra de construção civil, própria ou de terceiros, como a construção, demolição, reforma, ampliação de edificação ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo.”.

Interpretando essa norma, o Ato Declaratório Normativo COSIT nº 30, de 14 de outubro de 1999 (DOU de 18/10/1999), dispôs em caráter normativo à Administração Tributária, que a vedação ao exercício de opção ao Simples aplicável à atividade de construção de imóveis abrange as obras e serviços auxiliares e complementares de construção civil *tais como*: construção, demolição, reforma e ampliação de edificações; *pintura*, carpintaria, instalações elétricas e hidráulicas, aplicação de tacos e azulejos, colocação de vidros e esquadrias; e *quaisquer outras benfeitorias* agregadas ao solo ou subsolo etc. Vale dizer, a relação das atividades referidas acima não é exaustiva, mas exemplificativa. No caso, é perfeitamente razoável dentro dos parâmetros fixados por esses diplomas legais, que a atividade exercida pela contribuinte moldagem e colocação de placas de gesso em imóveis está contida no conceito de construção civil definido acima, pois tanto pode anteceder como substituir a pintura, constituindo benfeitoria agregada ao imóvel. Outrossim, tendo o órgão central da Secretaria da Receita Federal interpretado a norma não cabe, nesta sede, outro entendimento que não aquele baixado nos termos do art. 100, inciso I, do Código Tributário Nacional.

3 - CONCLUSÃO:

Isto posto, e considerando tudo mais que dos autos consta, conheço da impugnação por tempestiva e na forma legal para, no mérito, indeferi-la, e mantenho a exclusão da empresa do Simples, conforme o decidido às fls. 05v. e 10.

Tomando ciência da decisão singular, em data de 28/09/01, O sujeito passivo interpôs o recurso voluntário de fls. 29, protocolado em 24/10/01, onde repisa os argumentos apresentados na impugnação, instruindo a peça recursal com os documentos de fls. 30/31.

Em data de 06/12/01, os autos foram encaminhados ao Segundo Conselho de Contribuintes e a este E. Conselho em 29/05/02.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.801
ACÓRDÃO Nº : 303-30.682

VOTO

Tomo conhecimento do presente Recurso Voluntário, por ser tempestivo, por atender aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n.º 70.235/72 e por tratar de matéria da competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes, nos termos do art. 9º, inciso XIV, da Portaria MF n.º 55/98, com a alteração dada pelo art. 5º da Portaria MF n.º 103/02.

A empresa em epígrafe foi excluída do SIMPLES, em virtude de sua atividade econômica incluir-se na hipótese de vedação prevista no inciso V do art. 9º da Lei n.º 9.317/96.

Manifestando seu inconformismo pelo julgamento de Primeira Instância, cujo resultado foi a manutenção de sua exclusão do SIMPLES, a recorrente alega que do seu estatuto consta como atividade da empresa a moldagem do gesso e não a sua colocação, portanto ela não atua no ramo da construção civil. Ela vende as placas e molduras, mas não as aplica.

Inicialmente, antes de adentrar a análise do mérito, impõe-se examinar a questão da regular expedição do ato administrativo da autoridade singular - Decisão de Primeira Instância e que confirmou a exclusão da recorrente do SIMPLES, ou seja, se o mesmo foi praticado por pessoa competente e ao amparo da legislação de regência.

A matéria já foi por demais discutida no âmbito deste E. Terceiro Conselho de Contribuintes, existindo uma farta jurisprudência sobre o assunto.

Assim sendo, reporto-me ao voto proferido pela I. Conselheira Ana Neyle Olímpio Holanda, no Processo Administrativo de n.º 10830.006912/99-15, quando do julgamento do Recurso Voluntário n.º 114.436, o qual, por bem retratar e analisar a questão, adoto no julgamento da presente lide, com as devidas adaptações:

“Preliminarmente à análise do mérito do recurso apresentado, obrigo-me a tecer algumas considerações que justificam a averiguação do perfeito saneamento do processo administrativo pelos órgãos julgadores de segunda instância.

A meu sentir, o recurso voluntário, além do efeito suspensivo, literalmente inscrito no artigo 33, do Decreto n.º 70.235/72, possui também o efeito devolutivo: pois tem o escopo de obter da instância



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.801
ACÓRDÃO Nº : 303-30.682

julgadora *ad quem*, mediante o reexame da *quaestio*, a reforma total ou parcial da decisão proferida em Primeira Instância.

Nas palavras de Antônio da Silva Cabral¹ (...) por força do recurso o conhecimento da questão é transferido do julgador singular para um órgão colegiado, e esta transferência envolve não só as questões de direito como também as questões de fato. Para o autor, o recurso voluntário remete à instância superior o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas no processo, como também a observância à forma dos atos processuais, que devem obedecer às normas que ditam como devem proceder os agentes públicos, de modo a obter-se uma melhor prestação jurisdicional ao sujeito passivo.

Nesse passo, observamos que a decisão singular foi emitida por pessoa outra, que não o(a) Delegado(a) da Receita Federal de Julgamento, por delegação de competência. Fato que deve ser considerado à luz da alteração introduzida no Decreto nº 70.235/72 pelo artigo 2º da Lei nº 8.748/93, regulamentada pela Portaria SRF nº 4.980, de 04/10/94, que em seu artigo 2º, *in litteris*:

Art. 2º. Às Delegacias da Receita Federal de Julgamento compete julgar processos administrativos nos quais tenha sido instaurado, tempestivamente, o contraditório, inclusive os referentes à manifestação de inconformismo do contribuinte quanto à decisão dos Delegados da Receita Federal relativo ao indeferimento de solicitação de retificação de declaração do imposto de renda, restituição, compensação, ressarcimento, imunidade, suspensão, isenção e redução de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. (grifamos)

A irresignação do sujeito passivo contra o lançamento, por via de impugnação, instaura a fase litigiosa do processo administrativo, ou seja, invoca o poder de Estado, para dirimir a controvérsia surgida com a exigência fiscal, por meio da primeira instância de julgamento, as Delegacias da Receita Federal de Julgamento, tendo-lhe assegurado, em caso de decisão que lhe seja desfavorável, o recurso voluntário aos Conselhos de Contribuintes.

Nesse passo, faz-se por demais importante para o sujeito passivo, que a decisão proferida seja exarada da forma mais clara, analisando

¹ Processo Administrativo Fiscal, Editora Saraiva, p.413.

RECURSO Nº : 124.801
ACÓRDÃO Nº : 303-30.682

todos os argumentos de defesa, com total publicidade, e, acima de tudo, emitida pelo agente público legalmente competente para expedi-la.

Por isso, a Portaria MF nº 384/94, que regulamenta a Lei nº 8.748/93, em seu artigo 5º, traz, *numerus clausus*, as atribuições dos Delegados da Receita Federal de Julgamento:

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

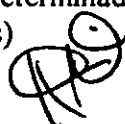
I – julgar, em primeira instância, processos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, e recorrer *ex officio* aos Conselhos de Contribuintes, nos casos previstos em lei.

II – baixar atos internos relacionados com a execução de serviços, observadas as instruções das unidades centrais e regionais sobre a matéria tratada”. (grifamos)

Os excertos legais acima expostos, com clareza solar, determinam as atribuições dos(as) Delegados(as) da Receita Federal de Julgamento, ou seja, determina qual o poder daqueles agentes públicos para executar a parcela de atividades que lhe é atribuída, demarcando-lhes a competência, sem autorizar que as atribuições referidas sejam sub-delegadas.

Renato Alessi, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro², afirma que a competência está submetida às seguintes regras:

1. decorre sempre de lei, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, as suas atribuições;
2. é inderrogável, seja pela vontade da administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público;
3. pode ser objeto de delegação ou avocação, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei. (grifamos)



² Direito Administrativo, 3ª ed., Editora Atlas, p. 156.

RECURSO Nº : 124.801
ACÓRDÃO Nº : 303-30.682

Observe-se, ainda, que a espécie exige a observância da Lei nº 9.784³, de 29/01/1999, cujo Capítulo VI – Da Competência, em seu artigo 13, determina:

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I – a edição de atos de caráter normativo;

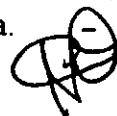
II – a decisão de recursos administrativos;

III – as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.
(grifamos)

Nesse passo, observamos que a delegação de competência conferida pela Portaria DRJ/CGE nº 02, de 30/04/1998, que confere a outro agente público, que não o(a) Delegado(a) da Receita Federal de Julgamento encontra-se em total confronto com as normas legais, vez que são atribuições exclusivas dos(as) Delegados(as) da Receita Federal de Julgamento julgar, em Primeira Instância, processos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Impende que seja observado que a decisão em questão foi proferida em 17/08/01, portanto, posterior à vigência da Lei nº 9.784/99.

Frente às disposições legais trazidas a lume, e esteada na melhor doutrina, outra não poderia ser a nossa posição, tendo-se que não seria razoável, do ponto de vista administrativo, que o agente público delegasse a outrem a função fim a que se destinam as Delegacias da Receita Federal de Julgamento. Admitimos, outrossim, que tal portaria de sub-delegação se preste para autorizar a realização de atos meios, ou seja, aqueles chamados de atos de administração, e que não se configuram como atos que devem ser praticados exclusivamente por quem a lei determinou, resultando que, em não tendo sido a decisão de Primeira Instância exarada por pessoa competente, promoveu direito de defesa.



³ No artigo 69, da Lei nº 9.784/99, inscreve-se a determinação de que os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos daquela lei.

A norma específica para reger o processo administrativo fiscal é o Decreto nº 70.235/72. Entretanto, tal norma não trata, especificamente, das situações que impedem a delegação de competência. Nesse caso, aplica-se subsidiariamente a Lei nº 9.784/99.

RECURSO Nº : 124.801
ACÓRDÃO Nº : 303-30.682

Os atos administrativos são assinalados pela observância a uma forma determinada, indispensável para a segurança e certeza dos administrados quanto ao processo deliberativo e ao teor da manifestação do Estado, impondo-se aos seus executores, uma completa submissão às pautas normativas. E a autoridade julgadora monocrática, em não proceder conforme as disposições da Lei nº 8.748/93 e a Portaria MF nº 384/94, exarou um ato que, por não observar requisitos que a lei considera indispensável, ressoante-se de vício insanável, estando inquinado de completa nulidade, como determinado pelo inciso I, artigo 59, do Decreto nº 70.235/72.

A retirada do ato praticado sem a observância das normas legais implica a desconsideração de todos os outros dele decorrentes, vez que o ato produzido com esse vício insanável contamina todos os outros praticados a partir da sua expedição, posicionamento que se esteia na mais abalizada doutrina, conforme excerto do administrativista Hely Lopes Meirelles⁴, quando se refere aos atos nulos, a seguir transcritos:

(...) é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei a comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do Direito Público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer desses casos o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei. A nulidade, todavia, deve ser reconhecida e proclamada pela Administração ou pelo Judiciário (...), mas essa declaração opera *ex tunc*, isto é retroage às suas origens e alcança todos os seus efeitos passados, presentes e futuros em relação às partes, só se admitindo exceção para com os terceiros de boa-fé, sujeitos às suas conseqüências reflexas. (destaques do original)

Ao Contencioso Administrativo, no direito brasileiro, é atribuída a função primordial de exercer o controle da legalidade dos atos da Administração Pública, através da revisão dos mesmos, cabendo às instâncias julgadoras administrativas reconhecer e declarar nulo o ato que se deu em desconformidade com as determinações legais. *Maxime*, como já ressaltamos, quando, por efeito da interposição

⁴ Direito Administrativo Brasileiro, 17ª edição, Malheiros Editores: 1992, p. 156.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.801
ACÓRDÃO Nº : 303-30.682

dos recursos administrativos, é levado ao pleno conhecimento do julgador *ad quem* a matéria discutida pela instância inferior, com a transferência, para o juízo superior, do ato decisório recorrido, que, reexaminando-o, profere novo julgamento, que, embora limitado ao recurso interposto, sob o ditame da máxima: *tantum devolutum, quantum appellatum*, não pode olvidar a averiguação, de ofício, da validade dos atos praticados. O recurso é fórmula encontrada para o Estado efetuar o controle da legalidade do ato administrativo de julgamento, sendo, na sua essência, um remédio contra a prestação jurisdicional que contém defeito.

A pretensa imutabilidade das decisões administrativas diz respeito, obviamente, àquelas que tenham sido proferidas com observância dos requisitos de validade que se aplicam aos atos administrativos, incluindo-se entre tais a exigência da observância dos requisitos legais”.

Em face de todo exposto, voto no sentido de que seja declarada nula a decisão de Primeira Instância, para que outra seja produzida na forma do bom direito.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 16 de abril de 2003



CARLOS FERNANDO FIGUEIREDO BARROS - Relator



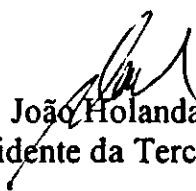
**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº: 10140.001537/2001-35
Recurso n.º: 124.801

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 2º do artigo 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional junto à Terceira Câmara, intimado a tomar ciência da Acórdão nº 303.30.682 .

Brasília- DF 04 de julho de 2003


João Holanda Costa
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em:

7.7.2003


Leonardo Felipe Bueno
PROCURADOR DA FAZ. NACIONAL