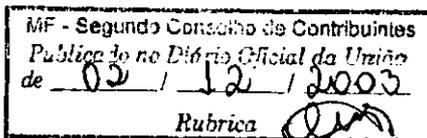




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.007334/97-71
Recurso nº : 119.526
Acórdão nº : 202-14.543

Recorrente : EMPRESA BAIANA DE JORNALISMO S/A
Recorrida : DRJ em Salvador - BA

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - COMPE-
TÊNCIA PARA JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA
- NULIDADE.** A competência para julgar, em primeira
instância, processos administrativos fiscais relativos a tributos e
contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal,
até a transformação das Delegacias da Receita Federal de
Julgamento em órgão colegiado, era privativa dos ocupantes do
cargo de Delegado da Receita Federal de Julgamento. As
decisões proferidas por pessoas outras, ainda que por delegação
de competência, padece de vício insanável e irradia mácula para
todos os atos dela decorrentes.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
EMPRESA BAIANA DE JORNALISMO S/A.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de
Contribuintes, **por maioria de votos, em anular o processo a partir da decisão de primeira
instância, inclusive.** Vencido o Conselheiro Eduardo da Rocha Schmidt (Relator). Designado o
Conselheiro Dalton Cesar Cordeiro de Miranda para redigir o acórdão.

Sala das Sessões, em 30 de janeiro de 2003

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Dalton Cesar Cordeiro de Miranda
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Ana
Neyle Olímpio Holanda, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar e Nayra Bastos
Manatta.

cl/opr



Processo nº : 10580.007334/97-71
Recurso nº : 119.526
Acórdão nº : 202-14.543

Recorrente : EMPRESA BAIANA DE JORNALISMO S/A.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição/compensação de valores indevidamente recolhidos a título de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) na vigência dos Decretos-Leis nºs. 2.445 e 2.449, de 1988.

O pedido foi indeferido por decisão proferida pelo Chefe do Dirco/DRJ/SRD, com base na delegação de competência estabelecida pela Portaria nº 11/98, DOU de 22.06.1998, que recebeu a seguinte ementa:

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/07/1988 a 30/03/1994.

Ementa: INDÉBITO. COMPENSAÇÃO. DECADÊNCIA.

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo pago indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

É entendimento propugnado pelo Supremo Tribunal Federal que quando uma norma revogadora de outra é declarada inconstitucional no controle concentrado de constitucionalidade, opera-se o efeito repristinatório da norma revogada, sendo compensável/restituível a exata diferença entre o valor do PIS recolhido com base nos Decretos-lei nºs 2.445 e 2.449, de 1988, e o da contribuição efetivamente devida à época, na modalidade PIS-Repique.

SOLICITAÇÃO DEFERIDA EM PARTE”.

Inconformada, interpôs a Contribuinte o Recurso Voluntário de folhas 113 a 122, onde, em suma, requer a procedência integral de seu pedido inicial.

É o relatório.



Processo nº : 10580.007334/97-71
Recurso nº : 119.526
Acórdão nº : 202-14.543

**VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR
EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT**

Sendo tempestivo o recurso, passo a decidir.

Antes, todavia, de analisar o mérito recursal, é necessário o exame de questão preliminar, decorrente do fato de a decisão recorrida ter sido prolatada por autoridade incompetente, tendo em vista a indelegabilidade da competência para decidir, conforme reconhecido por pacífica jurisprudência desta Câmara, na esteira de erudito e preciso voto da Conselheira ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA.

Entretanto, deixo de declarar tal nulidade, na forma do permissivo do artigo 59, § 3º, na medida em que a solução meritória que se impõe é inteiramente favorável à Contribuinte.

Com efeito, não negou a decisão a existência dos indébitos alegados pela Contribuinte, entendendo, apenas, que estaria prescrita em parte sua pretensão de repeti-los. Ou seja, diz respeito o mérito do recurso voluntário apenas e tão-somente à ocorrência de prescrição na espécie.

Com efeito, como se sabe, o SENADO FEDERAL, por meio da Resolução nº 49, de 10 de outubro de 1995, suspendeu a eficácia dos Decretos-Leis nºs. 2.445 e 2.449, de 1988, dando assim efeitos *erga-omnes* à anterior decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que os declarou inconstitucionais em face de pretérita Constituição da República. Entendo que somente a partir deste momento – edição da Resolução do SENADO FEDERAL que suspendeu a eficácia dos referidos diplomas legais, conferindo efeitos gerais à anterior decisão do Pretório Excelso –, é que começa a fluir o prazo prescricional para repetir os valores indevidamente recolhidos com base na legislação declarada inconstitucional.

Este é o entendimento exarado através do Parecer COSIT nº 58, de 26.11.98, lavrado nos seguintes termos, *verbis*:

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário.

Ementa: RESOLUÇÃO DO SENADO. EFEITOS.

A Resolução do Senado que suspende a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF tem efeitos ex tunc.

TRIBUTO PAGO COM BASE EM LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL. RESTITUIÇÃO. HIPÓTESES.

Os delegados e inspetores da Receita Federal estão autorizados a restituir tributo que foi pago com base em lei declarada inconstitucional pelo STF, em ações incidentais, para terceiros não-participantes da ação - como regra geral - apenas após a publicação da Resolução do Senado que suspenda a execução da lei. Excepcionalmente, a autorização pode ocorrer em momento anterior, desde que seja editada lei ou ato específico do Secretário da Receita Federal



Processo nº : 10580.007334/97-71
Recurso nº : 119.526
Acórdão nº : 202-14.543

que estenda os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a todos.
RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA

Somente são passíveis de restituição os valores recolhidos indevidamente que não tiverem sido alcançados pelo prazo decadencial de 5 (cinco) anos, contado a partir da data do ato que conceda ao contribuinte o efetivo direito de pleitear a restituição.

Dispositivos Legais: Decreto nº 2.346/1997, art. 1º Medida Provisória nº 1.699-40/1998, art. § 2º, Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional) art. 168.

(...)

CONCLUSÃO

32. Em face do exposto, conclui-se, em resumo que:

a) as decisões do STF que declaram a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, seja na via direta, seja na via de exceção, têm eficácia ex tunc;

b) os delegados e inspetores da Receita Federal podem autorizar a restituição de tributo cobrado com base em lei declarada inconstitucional pelo STF, desde que a declaração de inconstitucionalidade tenha sido proferida na via direta; ou, se na via indireta:

1. quando ocorrer a suspensão da execução da lei ou do ato normativo pelo Senado; ou

2. quando o Secretário da Receita Federal editar ato específico, no uso da autorização prevista no Decreto nº 2.346/1997, art. 4º; ou ainda

3. nas hipóteses elencadas na MP nº 1.699-40/1998, art. 18;

c) quando da análise dos pedidos de restituição/compensação de tributos cobrados com base em lei declarada inconstitucional pelo STF, deve ser observado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no art. 168 do CTN, seja no caso de controle concentrado (o termo inicial é a data do trânsito em julgado da decisão do STF), seja no do controle difuso (o termo inicial para o contribuinte que foi parte na relação processual é a data do trânsito em julgado da decisão judicial e, para terceiros não-participantes da lide, é a data da publicação da Resolução do Senado ou a data da publicação do ato do Secretário da Receita Federal, a que se refere o Decreto nº 2.346/1997, art. 4º), bem assim nos casos permitidos pela MP nº 1.699-40/1998, onde o termo inicial é a data da publicação:

1. da Resolução do Senado nº 11/1995, para o caso do inciso I;

2. da MP nº 1.110/1995, para os casos dos incisos II a VII;

3. da Resolução do Senado nº 49/1995, para o caso do inciso VIII;



Processo nº : 10580.007334/97-71
Recurso nº : 119.526
Acórdão nº : 202-14.543

4. da MP nº 1.490-15/1996, para o caso do inciso IX:

d) os valores pagos indevidamente a título de Finsocial pelas empresas vendedoras de mercadorias e mistas - MP nº 1.699-40/1998, art. 18, inciso III - podem ser objeto de pedido de restituição/compensação desde a edição da MP nº 1.110/1995, devendo ser observado o prazo decadencial de 5 (cinco anos);

e) os pedidos de restituição/compensação do PIS recolhido a maior com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/1988 e 2.449/1988, fundamentados em decisão judicial específica, devem ser feitos dentro do prazo de 5 (cinco) anos, contando da data de publicação da Resolução do Senado nº 49/1995;

f) na hipótese da IN SRF nº 21/1997, art. 17, § 1º, com as alterações da IN SRF nº 73/1997, não há que se falar em prazo decadencial ou prescricional, tendo em vista tratar-se de decisão já transitada em julgado, constituindo, apenas, uma prerrogativa do contribuinte, com vistas ao recebimento, em prazo mais ágil, de valor a que já tem direito (a desistência se dá na fase de execução do título judicial)."

Este foi, também, o entendimento que, afinal, prevaleceu na Câmara Superior de Recursos Fiscais, como se vê da ementa a seguir transcrita:

"DECADÊNCIA – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – TERMO INICIAL – Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se:

a) da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;

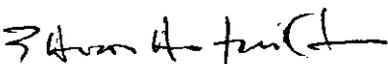
b) **da Resolução do Senado que confere efeito erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;**

c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária." (Acórdão CSRF/01-03.239, de 19/03/2001)

Por todo o exposto, considerando que o pleito da Contribuinte foi formulado em 24 de novembro de 1997, antes, portanto, de completados 5 (cinco) anos da edição da Resolução nº 49, de 9 de outubro de 1995, entendo que o mesmo não se encontra fulminado pela prescrição, pelo que dou provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 30 de janeiro de 2003


EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT 



Processo nº : 10580.007334/97-71
Recurso nº : 119.526
Acórdão nº : 202-14.543

VOTO DO CONSELHEIRO DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA
RELATOR-DESIGNADO

Antes de adentrarmos à discussão de mérito e com a devida vênia ao Conselheiro Eduardo da Rocha Schmidt, entendo que cabe a esta Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes apreciar a preliminar de delegação ilegítima de competência que, em sendo acolhida, resultará na anulação do processo a partir da decisão de primeira instância.

A propósito, e segundo o Ilustre Conselheiro Eduardo da Rocha Schmidt, tal preliminar de delegação de competência sequer deveria ser analisada, pois estaríamos fazendo "letra morta" da previsão contida no § 3º do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 (PAF).

Como o devido respeito e em face dos louváveis argumentos tecidos pelo aludido Conselheiro, afirmo não concordar com sua manifestação de inconformidade, nos termos que passo a seguir explicar.

Antes, entretanto, e em proveito de todo o contexto que envolve a matéria em discussão, vale transcrever as seguintes lições de Josivaldo Félix de Oliveira¹:

"(...)

Sendo o Estado uma pessoa jurídica, não pode ter vontade nem ações próprias, logo se manifestará por intermédio de pessoas físicas, que ajam na condição de seus agentes, desde que revestidos desta qualidade. Esses agentes públicos, desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores que atuam pelo aparelho estatal, segundo Maria Helena Diniz, "tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, pois estão prepostas no desempenho de funções públicas. Logo, a relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é de imputação direta de atos dos agentes do Estado, por isso tal relação é orgânica".⁴¹

Assim sendo, o que o agente público quiser ou fizer entende-se que o Estado quis ou fez. Nas relações externas não se considerará se o agente obrou ou não de acordo com o direito, culposa ou dolosamente, pois só importará saber se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal.⁴²

(...)

Impende, ainda, ser esclarecido que a responsabilidade do Estado é, portanto, pública, regida por princípios de Direito Público e, como tal, vai além do conceito de "meio técnico-jurídico" para composição patrimonial de

¹ "A Responsabilidade do Estado por ato lícito – Conceito de Responsabilidade Civil, Evolução e Pressupostos de Responsabilidade Civil, A Responsabilidade Jurídica do Estado, Aspectos Doutrinários do Estado e suas Funções e O Conceito de Serviço Público", 1ª edição, Editora *habeas*, pgs.42/43

⁴¹ Diniz, Maria Helena. "Curso de Direito Civil". 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 7º vol, p. 428.

⁴² Bandeira de Mello, Celso Antônio. "Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos". Revista dos Tribunais, 1972, p. 62.



Processo nº : 10580.007334/97-71
Recurso nº : 119.526
Acórdão nº : 202-14.543

conflito de interesses entre o ofendido e o ofensor, configurando uma forma de autolimitação jurídica do poder público, conseqüente da progressiva juridicização da entidade estatal, corolário do Estado Constitucional vigente." (destaques e grifos meus).

Nas lições administrativistas de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, agente público ou **sujeito**, "*é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato*"², sendo que, prossegue a referida doutrinadora, no "*direito administrativo não basta a capacidade; é necessário que o sujeito tenha competência*"³, que é "*o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo.*"⁴.

Neste sentido e para o que se presta a estes autos, vale citar o ensinamento de Celso Ribeiro Bastos, quando o renomado autor afirma que a competência decorre "*... sempre da lei o que vale dizer que os próprios órgãos não podem estabelecer ou alterar as suas atribuições.*"⁵.

Feitos esses breves esclarecimentos, necessários e essenciais para a solução da matéria que se oferece para análise, prossigo afirmando que a **nulidade** prevista no inciso II do artigo 59 do PAF, **declarada** quando houver "*... despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*", não é passível de enfrentamento com base na forma prevista no § 3º do dispositivo legal ora citado e examinado, pois filio-me à corrente doutrinária firmada por Hely Lopes Meirelles (1996:157), **no sentido de que a decisão proferida por autoridade incompetente não é ato administrativo passível de convalidação, com posterior exame de mérito.**

Aliás, Marcelo Caetano em sua obra "Princípios Fundamentais do direito administrativo" (p. 138-9), citado por Celso Ribeiro Bastos⁶, consigna que:

"É freqüente encontrar-se nas leis administrativas a faculdade conferida a um órgão delegar a totalidade ou parte dos poderes integrantes de sua competência noutro órgão ou num agente.

Qual a natureza dessa delegação?

Cumpra não esquecer que a competência pertence ao órgão ou ao cargo, e não às pessoas dos titulares. Se os poderes são o elemento definidor dos vários cargos, e resultam da lei, os indivíduos que desempenham as funções como seus servidores não podem dispor deles, transmiti-los a outrem, aliená-los, pois isso seria a sobreposição da vontade particular à lei que realiza a contade coletiva. A competência é inalienável.

² "Direito Administrativo". 10ª ed, Editora Atlas S/A/SP, 1998, p. 169.

³ op.cit

⁴ op.cit.

⁵ "Curso de Direito Administrativo". 3ª ed, 1999, Editora Saraiva, p. 96.

⁶ op.cit.



Processo nº : 10580.007334/97-71
Recurso nº : 119.526
Acórdão nº : 202-14.543

Portanto, quando se fala em delegação de competência ou delegação de poderes (...), já se sabe que não pode tratar-se de uma transferência resolvida por mera vontade do funcionário, de uma disposição discricionária de poderes funcionais, mas de um instituto que há de estar abrangido pelos princípios gerais da competência administrativa, segundo a qual os poderes para praticar aos que obriguem a Administração resultam sempre da lei.

A delegação de poderes consiste num ato pelo qual um órgão normalmente competente para prática de certos atos jurídicos autoriza um órgão ou um agente, indicados por lei, a praticá-los também.” (destaquei)

E a suposta aplicabilidade do que dispõe o § 3º do artigo 59 do PAF, ao caso concreto, não só já foi afastada com base em farta e mansa jurisprudência desta Segunda Câmara (Acórdão 202-13.025), como também **deve** ser agora afastada com embasamento em jurisprudência do Poder Judiciário, nos termos em que *“Pacífica é hoje a tese de que se a Administração praticou ato ilegal, pode invalidá-la tão logo verifique a sua ilegitimidade. O essencial é que a autoridade que o invalida demonstre a nulidade em que foi praticado. Evidenciada a infração à lei, fica justificada a anulação administrativa”* (TJSP, AgP 175.435).

Não fosse bastante o todo acima exposto, é ainda de se citar as lições doutrinárias⁷ e específicas ao caso ora em exame, exaradas nos seguintes termos:

“60.1. Delegação de competência

A DELEGAÇÃO, SEGUNDO CRETELLA JR., É UMA DAS CONSEQÜÊNCIAS DA HIERARQUIA. O SERVIÇO E FUNÇÃO PÚBLICA DEVEM SER ININTERRUPTOS. O ESTADO NÃO PODE PARAR POR ISTO, HÁ VÁRIOS INSTITUTOS QUE PROCURAM IMPEDIR QUE HAJA INTERRUPTÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS. ENTRE ESSES ESTÁ O INSTITUTO DA DELEGAÇÃO, A QUAL OCORRE QUANDO, NO CASO DE IMPEDIMENTO DO TITULAR OU PARA AJUDÁ-LO, A LEI (OU REGULAMENTO) PRESCREVE QUE DETERMINADA AUTORIDADE DESIGNARÁ AGENTE PÚBLICO PARA EXERCER, PROVISORIAMENTE, TODAS OU PARTE DAS ATRIBUIÇÕES DA AUTORIDADE DELEGANTE.²⁸³

O Decreto-lei nº 200, de 29 de fevereiro de 1967, estabelece que a delegação será utilizada como instrumento de descentralização administrativa com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as nas proximidades dos fatos, pessoas ou problemas a atender. No entanto, o parágrafo único do artigo 12 do mencionado ato legal dispõe que o ato de delegação indicará, com precisão, a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto de delegação. Dessa forma, não há como se atribuir elasticidade ao ato de delegação.

⁷ Marcos Vinicius Neder e Maria Teresa Martínez López. *Processo Administrativo Federal Comentado*. 1ª ed, Dialética, São Paulo, 2002, p. 248 e 249.



Processo nº : 10580.007334/97-71
Recurso nº : 119.526
Acórdão nº : 202-14.543

A Lei nº 9.784/99 estabelece que : “Art. 13. Não podem ser objeto de delegação: (...) II – a decisão de recursos administrativos.” Se a autoridade julgadora delega competência nessa hipótese, o ato delegado que vier a ser proferido ressente-se de vício de ilegalidade, podendo ser declarado nulo, como determinado pelo inciso I, artigo 59, do Decreto nº 70.235/72. Este posicionamento se esteia na balizada doutrina, para quem o ato nulo: “(...) 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 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 de 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.”²⁸⁴

(...)

A consequência da declaração de nulidade do ato praticado implica desconsideração de todos os outros dele decorrentes, vez que o ato produzido com esse vício insanável contamina, a partir da sua expedição, todos os outros praticados em decorrência deste.”

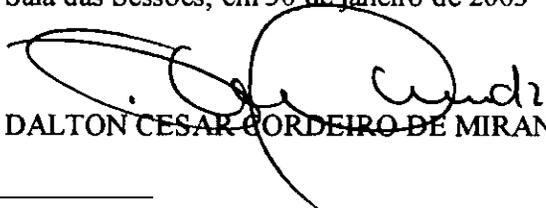
Como se vê e fundamentalmente demonstrado, o § 3º do artigo 59 do PAF, pois o referido dispositivo é expressamente inaplicável nos casos de delegação ilegítima de competência, como a verificada nestes autos.

Por fim, é ainda imperioso consignar que a “anulação feita pela própria Administração independe de provocação do interessado uma vez que, estando vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o poder-dever de zelar pela sua observância.”⁸, conforme legitimamente observado por esta Segunda Câmara na decisão consubstanciada no acórdão recorrido por embargos de declaração.

Concluindo, **voto** pela anulação do processo desde a decisão de primeira instância administrativa, inclusive, uma vez que o vício de ilegalidade observado nestes autos não é passível de convalidação (delegação ilegítima de competência), para posterior enfrentamento de matéria de mérito.

É como voto.

Sala das Sessões, em 30 de janeiro de 2003


DALTON CESAR GORDEIRO DE MIRANDA

²⁸⁴ Meirelles, Hely Lopes. “Direito Administrativo Brasileiro”, 17ª edição, Malheiros, 1992, p. 156.

⁸ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, op. cit., p. 195