



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10805.000412/98-24
SESSÃO DE : 12 de agosto de 2004
ACÓRDÃO Nº : 302-36.327
RECURSO Nº : 126.037
RECORRENTE : TRANSPORTADORA FLOTILHA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP

PROCESSUAL. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA. NULIDADE.

É nula decisão proferida por outro agente público, que não o titular da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, em razão de delegação de competência conferida por Portaria do Delegado de Julgamento, em total confronto com as normas legais aplicáveis à espécie, especialmente o art. 59, inciso II do Decreto 70.235/72. É imprescindível que a decisão a ser prolatada pela Primeira Instância Administrativa observe todos os preceitos legais pertinentes, sobretudo que seja emanada de servidor legalmente competente para tal.

ACOLHIDA A PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, INCLUSIVE, POR UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, anular o processo a partir da decisão de Primeira Instância, inclusive, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. O Conselheiro Luiz Maidana Ricardi (Suplente) declarou-se impedido.

Brasília-DF, em 12 de agosto de 2004


PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Presidente em Exercício


SIMONE CRISTINA BISSOTO
Relatora

09 FEV 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: LUIS ANTONIO FLORA, MARIA HELENA COTTA CARDOZO, PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR, WALBER JOSÉ DA SILVA e MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM (Suplente). Ausentes os Conselheiros ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO e HENRIQUE PRADO MEGDA. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional PEDRO VALTER LEAL.

RECURSO Nº : 126.037
ACÓRDÃO Nº : 302-36.327
RECORRENTE : TRANSPORTADORA FLOTILHA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : SIMONE CRISTINA BISSOTO

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Auto de Infração, lavrado, em 23 de março de 1998, em face do contribuinte acima apontado, haja vista a falta de recolhimento de valores referentes à Contribuição para o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, correspondentes aos períodos de setembro de 1989 a março de 1992, no montante total de R\$ 127.186,94 (cento e vinte e sete mil, cento e oitenta e seis reais e noventa e quatro centavos), tudo com fundamento no Decreto-lei nº 1.940/82 (art. 1º, parágrafo 1º), no Regulamento do FINSOCIAL, aprovado pelo Decreto nº 92.698/86 (arts. 16, 80 e 83), e na Lei nº 7.738/89 (art. 28). O Termo de Início de Fiscalização foi aberto em 13 de novembro de 1997.

O contribuinte é empresa prestadora de serviços de transporte de cargas, que utiliza veículos próprios e de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, e que excluiu da base de cálculo do FINSOCIAL, a receita dos fretes que repassa a terceiros, exclusão esta que não encontra amparo legal, segundo o agente fiscal.

Em sua Impugnação de fls. 128/134 o contribuinte alegou, em apertada síntese, que o lançamento tributário objeto do Auto de Infração impugnado encontra-se irremediavelmente caduco, posto que já decorridos mais de cinco anos a partir do fato gerador dos tributos lançados, não mais assistindo o direito ao Fisco de cobrar eventuais diferenças, uma vez que já operara a homologação tácita a que se refere o artigo 150, parágrafo 4º do CTN – Código Tributário Nacional.

Quanto às razões que levaram o Agente Fiscal a apontar as diferenças na base de cálculo do FINSOCIAL, alegou o contribuinte que a exclusão das receitas de terceiros da base de cálculo da contribuição era feita porque os seus contratos com terceiros foram feitos a título de comissão mercantil, nos termos dos arts. 165 e 166 do Código Comercial, não havendo razão para serem consideradas, tais receitas, na totalidade da receita bruta do contribuinte.

Às fls. 140/145, a DRJ de Campinas (SP) manifestou-se no sentido de **julgar o lançamento procedente**, através da Decisão DRJ/CPS nº 952, de 27 de junho de 2001, corroborando os termos e fundamentos do Auto de Infração, afirmando que o prazo decadencial da Contribuição para o Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, é de dez anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o crédito poderia ter sido constituído, com fundamento no art. 45 da Lei nº 8.212/91, assim como anteriormente estabelecia o art. 3º do Decreto-lei nº

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.037
ACÓRDÃO Nº : 302-36.327

2.049/83, contados da data fixada para o seu recolhimento. Decidiu, também, que a base de cálculo do FINSOCIAL é a receita bruta, assim entendida a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

Inconformado com a decisão singular, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário a este Conselho (fls. 153/164), em que apenas reiterou os argumentos de defesa aduzidos na impugnação.

A intimação da decisão da DRJ foi feita em 09 de agosto de 2001 (fls. 151) e o Recurso Voluntário foi protocolizado em 29 de agosto de 2001 (fls. 153), indicando tempestividade.

Às fls. 163/164, o contribuinte apresentou bens para arrolamento, pedido que foi acatado pelo despacho de fls. 171, uma vez que atendem aos requisitos dos dispositivos legais pertinentes.

Em 25 de fevereiro de 2003 esses autos foram distribuídos a esta Conselheira, conforme atesta o documento de fls. 174, último deste processo.

É o relatório.



RECURSO Nº : 126.037
ACÓRDÃO Nº : 302-36.327

VOTO

Do exame detalhado dos autos, vislumbrei uma situação que merece ser analisada de ofício e preliminarmente, relativamente à competência da Auditora-Fiscal da Receita Federal, Maria Inês Dearo Batista, AFRF em exercício na Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campinas/SP, por delegação de competência, nos termos da Portaria DRJ/032/1998, DOU de 24/04/98, ao proferir a decisão singular de fls. 29/31, que indeferiu a solicitação do contribuinte.

Pela identificação constante às fls. 31, verifica-se que a decisão foi emitida por pessoa outra que não o Delegado da Receita Federal de Julgamento, nos termos do que exige o artigo 2º da Lei nº 8.748/93, regulamentado pelo artigo 2º da Portaria SRF nº 4.980, de 04/10/94, que assim dispõe:

“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.”

In casu, a manifestação de inconformidade apresentada pelo contribuinte às fls. 15/18 instaurou o contencioso fiscal junto às instâncias administrativas de julgamento, de modo a dirimir a controvérsia surgida com a impugnação (fls. 1/4). Assim, uma vez instaurado o Processo Administrativo Fiscal, é imprescindível que a decisão a ser prolatada pela primeira instância administrativa observe todos os preceitos legais pertinentes, sobretudo que seja emanada de servidor legalmente competente para tal.

Até a edição da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, que reestruturou as Delegacias de Julgamento da Receita Federal, transformando-as em órgãos colegiados, o julgamento em primeira instância de processos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal era de **competência dos Delegados da Receita Federal de Julgamento**, conforme previsto no art. 5º da Portaria MF nº 384/94, que regulamentou a Lei nº 8.748/93, *in verbis*:

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.037
ACÓRDÃO Nº : 302-36.327

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)

O dispositivo legal acima transcrito demarcava a competência dos Delegados da Receita Federal de Julgamento, fixando-lhes atribuições, sem, contudo, autorizar-lhes a delegação de competências inerentes ao cargo.

Nesse passo, tomamos de empréstimo parte do voto da ilustre Conselheira Ana Neyle Olímpio Holanda, da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, proferido no acórdão nº 202-13.617:

“Renato Alessi, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹, 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 por determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei.’

Observe-se, ainda, que a espécie exige a observância da Lei no. 9.784, de 29/01/1999², 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;

¹ Direito Administrativo, 3ª. Edição, Editora Atlas, p/ 156

² 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 : 126.037
ACÓRDÃO Nº : 302-36.327

II – a decisão de recursos administrativos;

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

Neste contexto, verifica-se que a delegação de competência conferida por Portaria do Delegado de Julgamento a outro agente público, que não o titular daquele órgão, encontra-se em total confronto com as normas legais aplicáveis à espécie, vez que julgar em primeira instância processos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal é **atribuição exclusiva dos ocupantes do cargo de Delegado da Receita Federal de Julgamento.**

Registre-se, por oportuno, que a decisão ora em exame foi proferida já sob a égide da Lei no. 9.784/99.

E, assim sendo, tal decisão reveste-se de vício insanável, incorrendo, pois, na nulidade prevista no art. 59 da Lei no. 70.235/72, *in verbis*:

“Art. 59 – São nulos:

*I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
...”*

O vício insanável de um ato contamina os demais dele decorrentes, impondo-se, por conseguinte, a anulação de todos eles.

Outro não é o entendimento do Mestre Hely Lopes Meirelles³, a seguir transcrito:

*“(...) 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 de infringência de princípios específicos do Direito Público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes 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*

³ Direito Administrativo Brasileiro, 17ª. edição, Malheiros Editores, 1992, p. 156.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.037
ACÓRDÃO Nº : 302-36.327

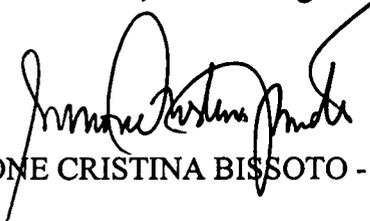
e futuros em relação às partes, só se admitindo exceção para com os terceiros de boa-fé, sujeitos às suas conseqüências reflexas."(sem destaques no original)

Nesse passo, importa ressaltar que, no caso sob exame, que trata de recurso voluntário do contribuinte, esta Conselheira comunga o entendimento de que tal recurso remete à instância superior o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas no processo, e, ainda, a observância à forma dos atos processuais, que devem obedecer às normas que determinam como devem proceder os agentes públicos e, finalmente, **a averiguação, de ofício, da validade dos atos até então praticados.**

De todo o exposto, meu voto é no sentido de que a decisão de primeira instância seja anulada e que outra, em boa forma e dentro dos preceitos legais, seja proferida.

Eis como voto.

Sala das Sessões, em 12 de agosto de 2004


SIMONE CRISTINA BISSOTO - Relatora