



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10830.005807/00-01
SESSÃO DE : 15 de junho de 2004
ACÓRDÃO Nº : 302-36.146
RECURSO Nº : 126.205
RECORRENTE : BORGHI AGRÍCOLA E COMERCIAL S.A.
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 UNIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da decisão de Primeira Instância, argüida pela recorrente, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 15 de junho de 2004

HENRIQUE PRADO MEGDA
Presidente

SIMONE CRISTINA BISSOTO
Relatora

08 SET 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO, LUIS ANTONIO FLORA, MARIA HELENA COTTA CARDOZO, WALBER JOSÉ DA SILVA, PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES e LUIS ALBERTO PINHEIRO GOMES E ALCOFORADO (Suplente). Ausente o Conselheiro PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional PEDRO VALTER LEAL.

RECURSO Nº : 126.205
ACÓRDÃO Nº : 302-36.146
RECORRENTE : BORGHI AGRÍCOLA E COMERCIAL S.A.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : SIMONE CRISTINA BISSOTO

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição seguido de compensação da Contribuição para o Fundo de Investimento Social – Finsocial, protocolizado em 30/08/2000, relativo às parcelas recolhidas acima da alíquota de 0,5% (meio por cento), declaradas inconstitucionais pelo STF, conforme RE nº 150.764-1, referente ao período de apuração de dezembro de 1989 a março de 1992, no montante total de R\$ 16.161,27 (dezesesseis mil, cento e sessenta e um reais e vinte e sete centavos).

A Delegacia da Receita Federal em Campinas indeferiu o pedido (fls. 21), sob a alegação de que o direito do contribuinte pleitear a restituição ou compensação do indébito estaria decaído, pois o prazo para repetição de indébitos relativo a tributo ou contribuição pagos com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no exercício dos controles difuso e concentrado da constitucionalidade das leis, seria de cinco anos, contados da data da extinção do crédito, nos termos do disposto no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26 de novembro de 1999.

Cientificado do referido Despacho Decisório, e inconformado com o indeferimento do seu pedido, o contribuinte interpôs a manifestação de inconformidade de fls. 24/35, requerendo à DRJ a reforma daquele despacho para lhe ser deferida a restituição dos indébitos fiscais relativos ao Finsocial, uma vez que o seu direito foi exercido a tempo, pois os recolhimentos datam de 1989 a 1992 e a decadência se consumaria no ano de 2002 e, ao final, com base nas razões apresentadas, o contribuinte requereu a improcedência do despacho que determinou o indeferimento do pedido de restituição, restabelecendo seu direito à restituição dos pagamentos indevidos efetuados para o Finsocial.

Às fls. 37/42, a DRJ de Campinas (SP) manifestou-se no sentido de **manter o indeferimento da solicitação**, através da Decisão DRJ/CPS nº 263, de 22 de fevereiro de 2001, corroborando os termos do despacho decisório proferido pela DRF e ratificando o entendimento de que o direito de pleitear a restituição questionada, mesmo quando se tratar de pagamento com base em lei declarada inconstitucional pelo STF, teria sido extinto com o decurso de 05 (cinco) anos da data da extinção do crédito tributário, assim entendido como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação, assim ementado:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.205
ACÓRDÃO Nº : 302-36.146

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário
Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1992.

Ementa: Restituição de indébito. Decadência

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA

Assim, nos termos do art. 168, I, do CTN, o direito de pleitear restituição/compensação de créditos contra o Fisco extinguir-se-ia no transcurso do prazo de 5 anos, contados a partir da data de efetivação do suposto indébito, posição adotada no Parecer PGFN/CAT 678, de 28 de maio de 1999, que revogou o entendimento esposado no Parecer Cosit 58/1998.

O referido ato emanado do órgão responsável pela representação judicial da Fazenda Nacional foi corroborado pelo Parecer PGFN/CAT/1.538/99, de 28 de setembro de 1999, vinculante a todas instâncias administrativas (nos termos da Lei Complementar 73/1993), versando sobre o prazo decadencial para pleitear compensação/restituição de indébitos perante a Fazenda, o que foi corroborado pela edição do Ato Declaratório SRF nº 096/99, determinando a observância do Parecer citado.

Em face do princípio da hierarquia citado anteriormente, vinculando o julgador administrativo aos atos emanados da Secretaria da Receita Federal e do Ministério da Fazenda, não há como se deixar de aplicar o citado Ato Declaratório nº 096, de 1999, expedido em razão das conclusões do Parecer PGFN nº 1.538, de 28 de outubro de 1999, cuja base principal é a "*segurança jurídica*", um dos princípios fundamentais do estado de direito, plenamente consagrado na Constituição Federal. A consequência primordial da aplicação desse princípio seria admitir-se apenas a revisão dos atos administrativos contidos dentro dos prazos decadenciais previstos no art. 168 e no art. 165, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

Inconformado com a decisão singular, o contribuinte interpôs, tempestivamente, recurso voluntário a este Conselho (fls. 44/59), em que reiterou os argumentos de defesa aduzidos na impugnação, reiterando: a) que o Ato Declaratório nº 96/99 é inaplicável à espécie, por contrariar norma hierarquicamente superior (o Decreto nº 92.698/86), que estabelece o prazo de 10 anos para o contribuinte pleitear a restituição dos pagamentos indevidos efetuados sob a rubrica do FINSOCIAL, contados a partir do pagamento indevido; b) que o Ato Declaratório nº 96/99 trouxe

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.205
ACÓRDÃO Nº : 302-36.146

uma mudança no entendimento oficial sobre a matéria, contrariamente ao que dispunha o Ato Declaratório COSIT nº 58/98; c) listou inúmeras razões pelas quais o Ato Declaratório nº 96/99 seria inválido, d) suscitou jurisprudência do STJ no tocante ao início do prazo prescricional nos casos de declaração de inconstitucionalidade; e) e, por fim, citou entendimento do STJ quanto ao prazo de 10 anos para os tributos homologatórios.

Ao final, requereu que seja dado provimento integral ao presente recurso, resultando na reforma da decisão e no reconhecimento do direito à restituição do FINSOCIAL indevidamente recolhido.

Em 25 de fevereiro de 2003, estes autos foram distribuídos a esta Conselheira, conforme atesta o documento de fls. 64, último deste processo.

É o relatório.

RECURSO Nº : 126.205
ACÓRDÃO Nº : 302-36.146

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. 44/59, que indeferiu a solicitação do contribuinte.

Pela identificação constante às fls. 42, 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*:

5 

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.205
ACÓRDÃO Nº : 302-36.146

“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)

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:

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.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.205
ACÓRDÃO Nº : 302-36.146

'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 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 em 22 de fevereiro de 2001, 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 : 126.205
ACÓRDÃO Nº : 302-36.146

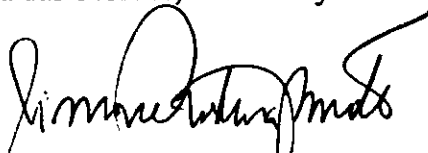
e futuros em relação às partes, só se admitindo exceção para com os terceiros de boa-fé, sujeitos às suas conseqüências reflexas.”
(sem destaques no original)

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 15 de junho de 2004



SIMONE CRISTINA BISSOTO - Relatora