



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.006672/99-09
SESSÃO DE : 10 de junho de 2003
ACÓRDÃO Nº : 302-35.584
RECURSO Nº : 124.474
RECORRENTE : OLIVEIRA & OLIVEIRA S/C LDA.
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 DO PROCESSO A PARTIR 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, acolher a preliminar de nulidade do processo a partir da Decisão de Primeira Instância, inclusive, argüida pela Conselheira relatora, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 10 de junho de 2003

HENRIQUE PRADO MEGDA
Presidente

SIMONE CRISTINA BISSOTO
Relatora

07 JUL 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO, LUIS ANTONIO FLORA, MARIA HELENA COTTA CARDOZO, PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR, ADOLFO MONTELO (Suplente *pro tempore*) e PAULO ROBERTO CUCO ANTUNES. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional LEANDRO FELIPE BUENO

RECURSO N° : 124.474
ACÓRDÃO N° : 302-35.584
RECORRENTE : OLIVEIRA & OLIVEIRA S/C LDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : SIMONE CRISTINA BISSOTO

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte acima identificado (fls. 57/69), em face da r. decisão da DRJ de Campinas (fls. 51/55) que indeferiu a solicitação contida na impugnação inicialmente interposta pelo contribuinte contra o ATO DECLARATÓRIO n° 113.484, de 09 de janeiro de 1999, que comunicou a sua exclusão da sistemática do SIMPLES pelo exercício de atividade econômica não permitida (prestação de serviços profissionais de professor e assemelhados), com a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 1999

Ementa: Estabelecimento de ensino Opção.

As pessoas jurídicas cuja atividade seja de ensino ou treinamento – tais como auto-escola, escola de dança, instrução de natação, ensino de idiomas estrangeiros, ensino pré-escolar e outras – por assemelhar-se à de professor, estão vedadas de optar pelo SIMPLES.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA.

Importante destacar, para bem se entender a controvérsia, que o documento de fls. 18 (contrato social da contribuinte) indica como objeto social da sociedade: ENSINO MATERNAL E INFANTIL.

As razões de recurso do Recorrente podem ser assim sintetizadas:

- a) refutou o fundamento de que não cabe, na esfera administrativa, a discussão sobre a constitucionalidade do texto legal, com fundamento no artigo 5º., inciso LV da Constituição Federal de 1988;
- b) reiterou os argumentos inicialmente expendidos no que se refere a inconstitucionalidade do art. 9º. da Lei n° 9.317/96, por ferir o artigo 179 da CF/88, segundo o qual caberia à lei infra-

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 124.474
ACÓRDÃO N° : 302-35.584

constitucional a função de definir **quantitativamente** o que sejam microempresas e empresas de pequeno porte, transcrevendo parcialmente parecer supostamente emitido pelo jurista Ives Gandra da Silva Martins (sem trazer as referências que permitam identificá-lo como tal);

- c) argüiu a quebra do tratamento isonômico (art. 150 e inciso II da CF/88), no que se refere a “justiça distributiva em matéria fiscal”;
- d) inobstante as inconstitucionalidades argüidas, afirma que não há como prevalecer o entendimento de que a atividade empresarial exercida pela prestadora de serviços educacionais é muito mais ampla do que a exercida pelo professor ou assemelhado, vez que a atividade da escola não se resume à atividade do professor, nem o professor à atividade da escola, suscitando a Lei n° 8.170/91 e diversas Medidas Provisórias, inclusive a de n° 1.477, reeditada mais de cinquenta vezes, e a Resolução n° 01, de 14/01/83, do Conselho Federal de Educação, hoje Conselho Nacional de Educação;
- e) colacionou decisão do Conselho de Contribuintes, acórdão 104-9.223, e argumentou, fazendo uma comparação entre o disposto no artigo 3º, IV da Lei n° 7.256/84 e o art. 9º da Lei n° 9.317/96, que a vedação legal da lei em discussão é para os profissionais que, no exercício de sua profissão, criem uma pessoa jurídica e venham a se beneficiar da sistemática do SIMPLES;
- f) e, por fim, que a entidade mantenedora educacional não é uma sociedade de profissionais para o exercício da profissão de professor, mas sim uma sociedade de empresários, sem exigência de qualificação profissional, e livre para contratar profissionais devidamente qualificados e habilitados para o exercício de suas profissões;
- g) de todo o exposto, requereu a procedência do recurso, a insubsistência do ato de exclusão e a manutenção da opção feita pelo contribuinte recorrente.

Importa ressaltar, finalmente, que às fls. 57 o ilustre patrono do Recorrente, regularmente constituído e com escritório à Av. Dr. Alberto de Oliveira Lima, 100, Bairro do Morumbi, São Paulo, SP, CEP 05690-020, protestou pela sua notificação quando do julgamento, para fins de sustentação oral.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 124.474
ACÓRDÃO N° : 302-35.584

Em 20 de agosto de 2002, estes autos foram distribuídos ao Conselheiro Sidney Ferreira Batalha, e redistribuído a esta Conselheira em 25/02/2003, conforme atesta o documento de fls. 72, último deste processo.

É o relatório.

RECURSO N° : 124.474
ACÓRDÃO N° : 302-35.584

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, 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. 51/54, que indeferiu a solicitação do contribuinte.

Pela identificação constante às fls. 51, 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. 29/44 instaurou o contencioso fiscal junto às instâncias administrativas de julgamento, de modo a dirimir a controvérsia surgida com a impugnação (fls. 1/21). 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*:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.474
ACÓRDÃO Nº : 302-35.584

“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:

‘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 : 124.474
ACÓRDÃO Nº : 302-35.584

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 12 de janeiro 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 artigo 59 da Lei nº 70.235/72, *in verbis*:

“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.”

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 e futuros em relação às partes, só se admitindo exceção para com

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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 124.474
ACÓRDÃO N° : 302-35.584

os terceiros de boa-fé, sujeitos às suas conseqüências reflexas.”
(sem destaques no original)

Finalmente, 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.

Sala das Sessões, em 10 de junho de 2003


SIMONE CRISTINA BISSOTO - Relatora



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

Recurso n.º : 124.474

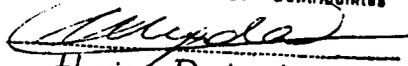
Processo n.º: 10880.006672/99-09

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 2ª Câmara, intimado a tomar ciência do Acórdão n.º 302-35.584.

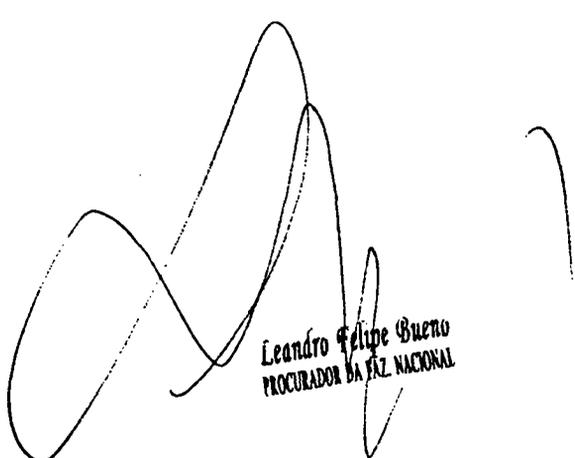
Brasília- DF, 07/07/03

MF - 3.º Conselho de Contribuintes


Henrique Prado Megda
Presidente da 2.ª Câmara

Ciente em:

7/7/03


Leandro Felipe Bueno
PROCURADOR DA FZ. NACIONAL