



Processo nº : 13526.000010/99-81
Recurso nº : 118.190
Acórdão nº : 202-14.034

Recorrente : CALDAS MAIA & CIA. LTDA.
Recorrida : DRJ em Salvador - BA

**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 da 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 pessoa incompetente (art. 59, I, Dec. nº 70.235/72).

Processo anulado a partir da decisão de primeira instância, inclusive.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
CALDAS MAIA & CIA. LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em anular o processo a partir da decisão de primeira instância, inclusive.

Sala das Sessões, em 20 de agosto de 2002.

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Ana Neyde Olímpio Holanda
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Eduardo da Rocha Schmidt, Adolfo Montelo, Gustavo Kelly Alencar e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.
Eaal/ovrs



Processo nº : 13526.000010/99-81

Recurso nº : 118.190

Acórdão nº : 202-14.034

Recorrente : CALDAS MAIA & CIA. LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição de valores que o sujeito passivo teria recolhido a maior, referentes à Contribuição para o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, recolhidos a aliquotas superiores a 0,5%, correspondentes aos períodos de setembro de 1989 a novembro de 1992.

Juntamente com o pedido inicial, o sujeito passivo trouxe aos autos a planilha de fls. 02/03, em que são apresentados os valores recolhidos a serem restituídos, pagos com as aliquotas majoradas e aqueles devidos, tendo por base o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do recolhimento da Contribuição para o FINSOCIAL, das empresas vendedoras de mercadorias ou mistas, em alíquota superior a 0,5%, no julgamento do RE nº 150.764-1/PE, Documentos de Arrecadação de Receitas Federais – DARF, cópias do contrato social e alteração, cópias das declarações de imposto de renda das pessoas jurídicas nos períodos de 1990 a 1992, cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS.

A Delegacia da Receita Federal em Feira de Santana/BA, por meio do Despacho Decisório nº 179/99 (fl. 60), deliberou no sentido de reconhecer o direito creditório em favor do contribuinte, nos valores demonstrados através do Demonstrativo da contribuição para o FINSOCIAL a restituir, constante de fl. 61, parte integrante do ato, corrigido pelos índices fixados pelas Normas de Execução COSAR nºs 06 e 08/97 e acrescidos de juros calculados com base na Taxa SELIC, nos termos da Instrução Normativa/SRF nº 22/96.

Frente à Nota Técnica DISIT 003/00, da Divisão de Tributação da Superintendência Regional da Receita Federal – 5ª Região Fiscal, a DRF/Feira de Santana/BA, veio aos autos, por meio do Despacho Decisório nº 059/2001 (fl. 67), para, com base no disposto no artigo 832 do Decreto nº 3.000/99 e no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/99, anular o Despacho Decisório nº 179/99, e determinar o indeferimento do pedido de restituição objeto do processo, sob o fundamento de que, em observância aos artigos 165, I, e 168, I, ambos do Código Tributário Nacional, havia ocorrido a decadência do direito de pleitear a repetição do indébito, por contar mais de cinco anos entre as datas da extinção dos créditos tributários pelo pagamento e a formalização do pedido de restituição.

O sujeito passivo apresentou impugnação ao ato supra-referido, alegando, em apertada síntese, que:

1. o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 65.277-4/PE, manifestou no sentido de que, tratando-se de declaração de constitucionalidade de lei, o direito de pleitear a restituição perante a autoridade administrativa, de tributos pagos, somente nasce com a declaração de constitucionalidade pelo STF, em ação direta, ou com a suspensão pelo Senado, na via indireta;



Processo nº : 13526.000010/99-81

Recurso nº : 118.190

Acórdão nº : 202-14.034

2. para os tributos lançados por homologação, não tendo esta sido feita expressamente, tem-se que considerar que somente pelo decurso de 05 (cinco) anos, contados do pagamento antecipado, ocorre a homologação tácita, assim, dá-se a extinção do crédito correspondente, só a partir de então, portanto, começa a correr o prazo de decadência extintivo do direito à restituição do indébito, socorrendo-se de decisões judiciais nesse sentido.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador-BA manifestou-se por manter o indeferimento da solicitação, manifestando o entendimento de que o direito de pleitear a restituição questionada 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.

Irresignada com a decisão singular, a interessada, tempestivamente, interpôs recurso voluntário, trazendo os mesmos argumentos de defesa expostos na impugnação.

Na conclusão, requer seja autorizada a compensação pleiteada.

É o relatório.



Processo nº : 13526.000010/99-81
Recurso nº : 118.190
Acórdão nº : 202-14.034

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA

Preliminamente à análise das questões trazidas no 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 nº 70.235/72, possui também o efeito devolutivo: pois tem o escopo de obter da instância 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.

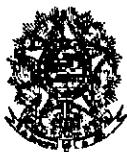
Nesse passo, observamos que a decisão singular foi emitida por pessoa outra, que não o(a) Delegado(a) da Receita Federal de Julgamento, por delegação de competência. Fato que deve ser à luz da alteração introduzida no Decreto nº 70.235/72 pelo artigo 2º da Lei nº 8.748/93, regulamentada pela Portaria SRF nº 4.980, de 04/10/94, que em seu artigo 2º, *Ipsis 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, resarcimento, 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, através 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 contexto, faz-se por demais importante para o sujeito passivo que a decisão proferida seja exarada da forma mais clara, analisando todos os argumentos de defesa, com total publicidade, e, acima de tudo, emitida pelo agente público legalmente competente para expedi-la.

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



Processo nº : 13526.000010/99-81
Recurso nº : 118.190
Acórdão nº : 202-14.034

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, delimitam 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)

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."

Sob esse enfoque, observamos que a delegação de competência conferida pela Portaria nº 11, de 15/06/1998, da DRJ em Salvador - BA, 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

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

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.



Processo nº : 13526.000010/99-81
Recurso nº : 118.190
Acórdão nº : 202-14.034

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 15/02/2001, portanto, posteriormente à vigência da Lei nº 9.784/99.

Frente às disposições legais trazidas à 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.

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, ressente-se de vício insanável, estando inquinado de completa nulidade, como determinado pelo inciso I do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72.

A retirada do ato praticado sem a observância das normas legais implica na 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 transrito:

"(...) 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 consequências 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

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



Processo nº : 13526.000010/99-81

Recurso nº : 118.190

Acórdão nº : 202-14.034

o ato que se deu em desconformidade com as determinações legais. Máxime, como já ressaltamos, quando, por efeito da interposição 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.

Com essas considerações, voto no sentido de que a decisão de primeira instância seja anulada, para que outra seja produzida na forma do bom direito.

Sala das Sessões, em 20 de agosto de 2002.

Ana Neyle Olímpio Holanda
ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA