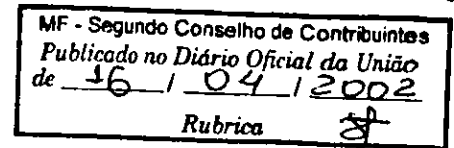




MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES



Processo : 10830.008096/99-67
Acórdão : 202-13.381
Recurso : 117.279

Sessão : 18 de outubro de 2001
Recorrente : A ILUMINADORA CASA BRANCA LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

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 (Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pelo art. 2º da Lei nº 8.748/93, Portaria 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, Portaria MF nº 384/94). 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. São nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente (art. 59, I, Decreto nº 70.235/72, c/c o art. 13, II, da Lei nº 9.784/99). **Processo que se anula, a partir da decisão de primeira instância, inclusive.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
A ILUMINADORA CASA BRANCA 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.** Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Dalton Cesar Cordeiro de Miranda e Alexandre Magno Rodrigues Alves.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2001


Marcos Vinicius Neder de Lima
Presidente


Adolfo Montelo
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Luiz Roberto Domingo, Ana Paula Tomazzete Urroz (Suplente), Adriene Maria de Miranda (Suplente), Eduardo da Rocha Schmidt e Ana Neyle Olímpio Holanda.
cl/cf



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10830.008096/99-67

Acórdão : 202-13.381

Recurso : 117.279

Recorrente : A ILUMINADORA CASA BRANCA LTDA.

RELATÓRIO

Em nome da pessoa jurídica qualificada nos autos foi emitido o ATO DECLARATÓRIO nº 10830/GAB/006/1999, de fls. 16, onde é comunicada a sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, com fundamento nos artigos 9º ao 16 da Lei nº 9.317/96, com as alterações promovidas pela Lei nº 9.732/98, constando como evento para a exclusão: “Atividade Econômica não permitida para o Simples”.

A exclusão ocorreu em razão da Representação de fls. 02/03 efetuada pelo Fisco da Previdência Social, com os anexos de fls. 04/12, porque a pessoa jurídica tem como atividade a prática de: locação de mão-de-obra; serviço de representação comercial e serviços de engenheiro eletricista, ambas vedadas para a opção, como previsto no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96.

Não se conformando com a sua exclusão daquela Sistemática, a empresa apresentou, tempestivamente, manifestação de inconformidade, na forma da Impugnação de fls. 17/29, e anexou as cópias de fls. 30/41, onde, em síntese, tece comentários sobre as atividades elencadas que motivou a exclusão da Sistemática do SIMPLES, ou seja:

- a) traz conceitos sobre a locação de mão-de-obra, como definido pela legislação trabalhista, nos moldes da Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974, que trata de trabalho temporário nas empresas urbanas;
- b) que tal atividade somente é admitida por empresas de intermediação, nas hipóteses previstas na Súmula nº 331 do TST, que não é o seu caso;
- c) nunca exerceu serviços de representação comercial para terceiros, o que poderá ser constatado pela fiscalização, com base nas notas fiscais de prestação de serviços que emitiu;

A



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 10830.008096/99-67
Acórdão : 202-13.381
Recurso : 117.279

- d) sendo admitida a opção pelo SIMPLES quanto à atividade exercida de representação comercial por conta própria, conforme entendimento constante do Boletim Central n.º 55, de 24/03/1997, editado sob a forma de Perguntas e Respostas pela Assessoria de Divulgações e Relações Externas da Receita Federal;
- e) também, não procede a afirmação de que a contribuinte exerce atividade dependente de profissional habilitado; não podendo ser utilizada a analogia de serviço assemelhado, o que não é permitido, a teor do art. 108, § 1º, do CTN;
- f) que a regra que impede a opção àquela Sistemática para certas atividades contraria expressamente os artigos 150, II, 170, IX e 179, da CF/1988, assim como o art. 47, § 1º, do ADCT;
- g) faz citações de conceitos de microempresas e transcreve julgados da Justiça Federal; e
- h) termina pedindo a revogação do Ato Declaratório para ser convalidada a sua opção pelo SIMPLES.

A autoridade julgadora de primeira instância, por delegação de competência, através da Decisão DRJ/CPS n.º 3483, de 27 de dezembro de 2000, manifestou-se pelo indeferimento da solicitação, cuja ementa transcrevo:

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Ano-calendário: 1999

Ementa: PROJETO, DIREÇÃO E EXECUÇÃO DE INSTALAÇÕES ELÉTRICAS E DE TELECOMUNICAÇÕES. OPÇÃO.

Pessoa jurídica que presta serviços de projetos, direção e execução de instalações elétricas não pode optar pelo Simples, por exercer atividade que requer o concurso de profissional legalmente habilitado.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MÃO-DE-OBRA POR CONTA DE TERCEIROS.

A



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10830.008096/99-67
Acórdão : 202-13.381
Recurso : 117.279

A prestação de serviços de mão-de-obra por conta de terceiros inclui a pessoa jurídica na vedação à opção relativa à locação de mão-de-obra.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA”.

Inconformada, a interessada, tempestivamente, apresenta o Recurso de fls. 51, no qual reitera alguns dos argumentos expostos por ocasião de sua impugnação e insurge-se contra a decisão monocrática, dizendo que:

- a) o conceito de locação de mão-de-obra é definido pela legislação trabalhista – Lei nº 6.019/74 -, e, nos termos do art. 110 do CTN, deve ser respeitado;
- b) o Parecer nº 69/1999 da COSIT está subvertendo, apenas e exclusivamente para fins de tributação, o conceito de mão-de-obra posto no direito do trabalho;
- c) numa análise de sua contabilidade, pode ser verificado que nunca houve a contratação de terceiros para a consecução de seu objetivo social e que possui empregados registrados;
- d) porque, simplesmente, consta do seu contrato social determinada atividade, não se pode afirmar que ela esteja sendo desenvolvida;
- e) o CREA admitiu, como responsável pelos serviços, um técnico em eletrônica e não um profissional legalmente habilitado para o exercício da profissão, nos moldes do Decreto nº 23.569, de 11 de dezembro de 1.933, portanto, não possui em seu quadro de pessoal nenhum engenheiro, mas, tão-somente, eletricitas, auxiliares e técnico em eletrônica; e
- f) finaliza requerendo seja dado provimento ao recurso, reformando-se a decisão de primeira instância.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10830.008096/99-67
Acórdão : 202-13.381
Recurso : 117.279

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ADOLFO MONTELO

Como relatado, a matéria em exame refere-se à inconformidade da recorrente devido à sua exclusão da Sistemática de Pagamentos dos Tributos e Contribuições denominada SIMPLES, com base no inciso XIII, artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, que veda a opção, dentre outros, à pessoa jurídica que presta serviços profissionais de projeto, direção e execução de instalações elétricas e de telecomunicações, e, ainda, a prestação de serviços de mão de obra por conta de terceiros.

Os motivos para a exclusão ficaram definidos na decisão de primeira instância às fl. 45/50.

Antes da análise do mérito, preliminarmente, devo considerar e verificar o perfeito saneamento do processo.

No ato Declaratório de fls. 16 não consta o real motivo de sua exclusão do SIMPLES, apesar de nele estar indicado como motivação a Atividade Econômica não permitida para o SIMPLES, e citar a norma legal que enumera várias atividades vedadas à opção.

O recurso voluntário previsto no artigo 33, inciso I, do Decreto nº 70.235/72, tem o escopo de obter da instância julgadora *ad quem*, mediante o reexame da *quaestio*, a manutenção ou a reforma total ou parcial da decisão proferida em primeira instância.

Constata-se que a bem fundamentada Decisão de Primeira Instância de fls. 45/50 não foi subscrita pelo Delegado(a) da DRJ em Campinas - SP, mas por servidor que recebeu delegação de competência (fl. 50).

Por essa razão, adoto, neste julgamento, as assertivas contidas no voto proferido pela ilustre Conselheira Ana Neyle Olímpio Holanda, no Recurso Voluntário nº 114.438, desta Câmara e Segundo Conselho:



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10830.008096/99-67
Acórdão : 202-13.381
Recurso : 117.279

"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, in 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 relativa 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.'

A discordância 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.

Nesse passo, 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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10830.008096/99-67
Acórdão : 202-13.381
Recurso : 117.279

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, determina 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:

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10830.008096/99-67
Acórdão : 202-13.381
Recurso : 117.279

“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.”
(grifamos)”*

Nesse diapasão, observamos que a delegação de competência conferida pela Portaria DRJ/032/1998 (DOU de 24/04/1998) da DRJ em Campinas - SP, que confere 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 Julgamento julgar, em primeira instância, processos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Observa-se que a Decisão DRJ/CPS nº 003483, de fls. 45/50, em questão foi proferida em 27 de dezembro de 2000, portanto, posterior à vigência da Lei nº 9.784/99.

Em face das referidas disposições legais, outra não poderia ser a nossa posição, tendo-se que não seria razoável, do ponto de vista administrativo, que o agente público continue delegando 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.

Disso resulta que a decisão de primeira instância não foi exarada por pessoa competente.

Os atos administrativos são assinalados pela observância a uma forma determinada, indispensável para a segurança e certeza dos administrados quanto ao processo

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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10830.008096/99-67
Acórdão : 202-13.381
Recurso : 117.279

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 da Portaria MF nº 384/94, exarou um ato que, por não observar requisitos que a lei considera indispensáveis, ressentiu-se de vício insanável, estando inquinado de completa nulidade, como determinado pelo inciso I, 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 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 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 conseqüências 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 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

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10830.008096/99-67
Acórdão : 202-13.381
Recurso : 117.279

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.

Mediante todo o exposto, 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 18 de outubro de 2001

ADOLFO MONTELO