



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13063.001025/2007-12
Recurso nº 255.080 Voluntário
Resolução nº **2302-000.214 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 14 de março de 2013
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente ARTE.COM - EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros da 2ª TO/3ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Liège Lacroix Thomasi - Presidente Substituta.

Arlindo da Costa e Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liège Lacroix Thomasi (Presidente Substituta de Turma), Adriana Sato, André Luis Mársico Lombardi, Juliana Campos de Carvalho Cruz e Arlindo da Costa e Silva.

1. RELATÓRIO

Período de apuração: 01/08/2007 a 30/09/2007

Data do Requerimento de Restituição: 21/11/2007.

Trata-se de processo formado a partir de Requerimento de Restituição de Contribuições Retidas - RRCR, protocolizado em 21/11/2007, relativo ao período de 08/2007 e 09/2007, mediante o qual o Requerente informa ser optante pelo SIMPLES e não manter contabilidade regular.

O pedido de restituição houve-se por indeferido, nos termos assentados no Despacho Decisório - DD ARF/SRA/RS, de 26/11/2007, a fls. 85/87, em razão de a DRF de Santo Ângelo haver considerado indevido o enquadramento da empresa no SIMPLES, pelo fato do interessado realizar cessão de mão de obra, forma de prestação de serviços vedada à opção pelo SIMPLES.

Devidamente cientificado do citado Despacho Decisório, inconformado, o Contribuinte apresentou recurso tempestivo, a fls. 89/94, ao Segundo Conselho de Contribuintes.

Em cumprimento às determinações contidas no art. 1º da Portaria 2CC nº 14/2008, a Chefe de Secretaria da Quarta Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais determinou o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento competente para julgamento do pleito, conforme despacho a fl. 104.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Santa Maria/RS lavrou decisão administrativa nos termos do Acórdão a fls. 106/108, julgando procedente a manifestação de Inconformidade e determinando a restituição do valor da retenção que excedesse as contribuições devidas no regime de tributação em que se figurar a empresa requerente no período em debate.

Após a ciência do Acórdão ao interessado e antes de dar prosseguimento ao pagamento da restituição, o processo foi encaminhado à SAFIS/DRF/SAO/RS para apreciação quanto à exclusão da empresa do SIMPLES, em virtude de exercício de atividades impeditivas, conforme Despacho a fl. 111, de 22/09/2009.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil em Santo Ângelo/RS emitiu Termo de Constatação Fiscal a fl. 114 onde resta consignado:

- a) Que os pedidos de restituição não são procedentes;
- b) Que a empresa realizava atividade vedada à opção pelo SIMPLES;
- c) Que em 26/10/2011 foram emitidos os Atos Declaratórios Executivos DRF/SAO nº 053 e 054, a fls. 115/116, declarando a exclusão da empresa do Simples Federal a partir de 01/01/2006 (até a extinção do sistema, em 30/06/2007) e do Simples Nacional a partir de 01/07/2007, respectivamente;
- d) Que na ação fiscal foram lavrados os autos de infração Debcad nº 37.369.369-9 e 51.018.764-1, relativos a contribuições devidas a Outras Entidades e Fundos;
- e) Que não houve lançamento de débito com relação à parte patronal e SAT porque os créditos dos valores retidos em notas fiscais e os recolhimentos em DARF referentes à Previdência Social satisfaziam à exigência;

Por fim, opinou o Auditor Fiscal pelo indeferimento da restituição, demonstrando em quadro demonstrativo a existência de débito do contribuinte perante a Seguridade Social.

Atos Declaratórios Executivos DRF/SAO nº 053 e 054, de 26/10/2011, a fls. 115/116, respectivamente.

Em 07/05/2012, a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Santo Ângelo/RS emitiu Despacho Decisório - DD, DRF/SAO/SAORT nº 376/2012, a fls. 117/118, indeferindo o pedido de restituição, pelas razões expostas no Termo de Constatação Fiscal a fl. 114.

Inconformado, o Contribuinte interpôs Manifestação de Inconformidade a fls. 120/130.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre/RS lavrou decisão administrativa aviada no Acórdão a fls. 143/147, não conhecendo a Manifestação de Inconformidade interposta pelo Contribuinte, por considerar ser descabida a rediscussão de matéria já submetida à decisão administrativa definitiva.

A empresa foi cientificada da decisão de 1ª Instância no dia 19/07/2012, conforme Aviso de Recebimento a fl. 149.

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão administrativo julgador *a quo*, o ora Recorrente interpôs recurso voluntário, a fls. 150/154, requerendo a restituição dos valores perseguidos.

Relatados sumariamente os fatos relevantes.

2. VOTO

Conselheiro Arlindo da Costa e Silva, Relator

*“Foi em diamantina onde nasceu J.K.
E a princesa Leopoldina lá resolveu se casar
Mas Chica da Silva tinha outros pretendentes
E obrigou a princesa a se casar com Tiradentes
Laiá, lá laiá, laiá, o bode que deu vou te contar
Joaquim José, que também é da Silva Xavier
Queria ser dono do mundo
E se elegeu Pedro Segundo
Das estradas de minas, seguiu pra São Paulo
E falou com Anchieta
O vigário dos índios
Aliou-se a Dom Pedro
E acabou com a falseta
Da união deles dois ficou resolvida a questão
E foi proclamada a escravidão
Assim se conta essa história
Que é dos dois a maior glória
A Leopoldina virou trem
E Dom Pedro é uma estação também
Oô, ô, oô, oô trem tá atrasado ou já passou”.*
Stanislaw Ponte Preta (Sérgio Porto)
Samba do Crioulo doído

2.1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O sujeito passivo foi válida e eficazmente cientificado da decisão recorrida no dia 19/07/2012. Havendo sido o recurso voluntário protocolado no dia 17 de agosto do mesmo ano, há que se reconhecer a tempestividade do recurso interposto.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

2.2. DAS PRELIMINARES

2.2.1. DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CERCEAMENTO DE DEFESA.

Por meio do Despacho Decisório - DD ARF/SRA/RS, de 26/11/2007, a fls. 85/87, a DRF de Santo Ângelo/RS indeferiu o pedido de restituição por considerar indevido o enquadramento da empresa no SIMPLES, em virtude de a atividade por ela realizada, executada mediante cessão de mão de obra, constitui-se óbice à opção pelo SIMPLES.

O Contribuinte foi cientificado do Despacho Decisório suso referido em 30/11/2007, e apresentou recurso tempestivo em 28/12/2007, a fls. 89/94, época em que a interposição de recursos em face de indeferimento de pedido de restituição de contribuições previdenciárias obedecia ao rito previsto nos artigos 254, 305 a 310 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Dec. nº 3.048/99.

Regulamento da Previdência Social

Art. 254. Da decisão sobre pedido de restituição de contribuições ou de outras importâncias, cabe recurso na forma da Subseção II da Seção II do Capítulo Único do Título I do Livro V.

Subseção II

Dos Recursos

*Art. 305. Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social e da Secretaria da Receita Previdenciária nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da seguridade social, respectivamente, **cabará recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS)**, conforme o disposto neste Regulamento e no Regimento do CRPS. (Redação dada pelo Decreto nº 6.032, de 1º de fevereiro de 2007) (grifos nossos)*

Art. 306. Em se tratando de processo que tenha por objeto a discussão de crédito previdenciário, o recurso de que trata esta Subseção somente terá seguimento se o recorrente pessoa jurídica instruí-lo com prova de depósito, em favor do Instituto Nacional de Seguro Social, de valor correspondente a trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão.

Art. 307. A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

Art. 308. Os recursos tempestivos contra decisões das Juntas de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social têm efeito suspensivo e devolutivo. (Redação dada pelo Decreto nº 5.699/2006)

§1º Para fins do disposto neste artigo, não se considera recurso o pedido de revisão de acórdão endereçado às Juntas de Recursos e Câmaras de Julgamento. (Incluído pelo Decreto nº 5.699/2006)

§2º É vedado ao INSS e à Secretaria da Receita Previdenciária escusarem-se de cumprir as diligências solicitadas pelo Conselho de Recursos da Previdência Social, bem como deixar de dar cumprimento às decisões definitivas daquele colegiado, reduzir ou ampliar o seu alcance ou executá-las de modo que contrarie ou prejudique seu evidente sentido. (Incluído pelo Decreto nº 5.699/2006)

Art. 309. Havendo controvérsia na aplicação de lei ou de ato normativo, entre órgãos do Ministério da Previdência e Assistência Social ou entidades vinculadas, ou ocorrência de questão previdenciária ou de assistência social de relevante interesse público ou social, poderá o órgão interessado, por intermédio de seu dirigente, solicitar ao Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social solução para a controvérsia ou questão. (Redação dada pelo Decreto nº 3.452/2000)

§1º A controvérsia na aplicação de lei ou ato normativo será relatada in abstracto e encaminhada com manifestações fundamentadas dos órgãos interessados, podendo ser instruída com cópias dos documentos que demonstrem sua ocorrência. (Incluído pelo Decreto nº 4.729/2003)

§2º A Procuradoria Geral Federal Especializada/INSS deverá pronunciar-se em todos os casos previstos neste artigo. (Incluído pelo Decreto nº 4.729/2003)

Art. 310. Os recursos de decisões da Secretaria da Receita Federal serão interpostos e julgados, no âmbito administrativo, de acordo com a legislação pertinente.

Na sequência, em 10/04/2008, o processo foi encaminhado ao 2º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, então órgão competente para apreciar recursos dos contribuintes contra as decisões relativas a pedidos de restituição de contribuições previdenciárias, conforme Despacho a fl. 101/102.

No mesmo sentido também se posicionam as disposições insculpidas no Parágrafo Único do art. 217 da IN SRP nº 3/2005, vigente à data da formalização do ato processual em foco.

Instrução Normativa SRP nº 3, de 14 de julho de 2005

Art. 216. Compete ao supervisor da UARP tipos "A" e "B" e à chefia da UARP tipo "C" decidir sobre requerimento de reembolso e de restituição. (Redação dada pela IN SRP nº 20, de 11/01/2007)

Art. 217. Da decisão proferida nos pedidos de que trata o caput do art. 216, será dada ciência ao requerente por meio postal ou por correio eletrônico.

Parágrafo único. Da decisão pela improcedência total ou parcial do pedido, caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, no prazo de trinta dias, contados da

data da ciência da decisão, devendo, nesta hipótese, serem apresentadas contrarrazões pela SRP. (grifos nossos)

Acontece que, em 03 de dezembro de 2008, foi editada a MP nº 449/2008 que fez inserir o §11 ao art. 89 da Lei nº 8.212/1991 determinando que os processos de restituição de contribuições previdenciárias passariam a obedecer ao rito fixado no Decreto nº 70.235/1972.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art.89. As contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

(...)

§11. Aplica-se aos processos de restituição das contribuições de que trata este artigo e de reembolso de salário-família e salário-maternidade o rito do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

O estudo das questões atávicas à aplicação da lei processual no tempo é objeto de direito intertemporal, cujo regramento observa dois princípios jurídicos fundamentais: o da não retroatividade relativa e o da aplicação imediata das normas de direito processual da lei nova, mesmo aos casos pendentes.

O princípio da irretroatividade visa a resguardar a certeza e a segurança jurídica dos atos praticados sob a égide da lei revogada, frente às garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. O da aplicação imediata almeja brindar a imediata eficácia da lei posterior, coroando o princípio *tempus regit actum*.

Deflui da conjugação de tais princípios que as normas de direito processual devem ter aplicação imediata, mesmo sobre os processos ainda em curso, não podendo, todavia, retroagir para alcançar os atos jurídicos perfeitos praticados na vigência da lei revogada.

Aliado a tal conclusão, acrescenta-se que o Direito Brasileiro sufragou o Sistema do Isolamento dos Atos Processuais como forma de delimitar a imediata aplicação das normas de direito processual aos processos em curso, com a única condição de respeitar os atos jurídicos praticados sobre a regência da lei anterior e que possuam valor próprio e independente. A regência *ex nunc* da lei nova abraça, tão somente, os atos futuros, assim considerados aqueles praticados no processo a partir da vigência e eficácia da nova lei, sendo assim asseguradas as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Os princípios acima invocados encontram-se espelhados, em nosso Ordenamento Jurídico, em diversos Diplomas Legais, bem como no Inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal.

Constituição Federal, de 03 de outubro de 1988

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Lei de Introdução do Código Civil

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

§1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

§2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

§3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

Código de Processo Civil

Art. 1.211. Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes.

Código de Processo Penal

Art.2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

A corte Superior de Justiça desta Nação já fez sedimentar em seus julgados um entendimento pacífico que não discrepa de nossas ilações:

REsp 1034251/RS

Rel. Ministra ELIANA CALMON

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Publicação/Fonte DJe 15/12/2008

Ementa PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - DECRETAÇÃO EX OFFICIO - POSSIBILIDADE - PRÉVIA OITIVA DA FAZENDA PÚBLICA - ART. 40, §4º DA LEI 6.830/80 (REDAÇÃO DA LEI 11.051/2004) - NORMA DE DIREITO PROCESSUAL - APLICAÇÃO AOS FEITOS AJUIZADOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA - OMISSÃO - ABORDAGEM EXPRESSA - INEXISTÊNCIA.

1. Havendo abordagem expressa sobre a tese devolvida à Corte Regional, inexistente omissão sanável por intermédio de embargos de declaração.

2. Na execução fiscal, interrompida a prescrição com a citação pessoal e não havendo bens a penhorar, pode a Fazenda Pública valer-se do art. 40 da LEF para suspender o processo pelo prazo de um ano, ao término do qual recomeça a fluir a contagem até que se complete cinco anos, caso permaneça inerte a exequente durante esse período.

3. Predomina na jurisprudência dominante desta Corte o entendimento de que, na execução fiscal, a partir da Lei 11.051/04, que acrescentou o §4º ao artigo 40 da Lei 6.830/80, pode o juiz decretar, de ofício, a prescrição, após ouvida a Fazenda Pública exequente.

4. Tratando-se de norma de direito processual, a sua incidência é imediata, aplicando-se, portanto, às execuções em curso.

5. O novo art. 219, § 5º, do CPC não revogou o art. 40, §4º, da LEF, nos termos do art. 2º, § 2º, da LICC.

6. Recurso especial provido.

AgRg no REsp 1221452/AM

Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Publicação/Fonte DJe 02/05/2011

Ementa PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO §4º DO ART. 40 DA LEI Nº 6.830/80, ACRESCIDO PELA LEI Nº 11.051/2004.

1. A jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de que a Lei 11.051/2004 é norma de direito processual e, por conseguinte, tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso.

Precedentes: REsp 1.015.258/PE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/09/2008; REsp 891.589/PE, Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 2/4/2007; REsp 911.637/SC, Primeira Turma, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJ 30/4/2007.

2. Agravo regimental não provido.

HC 152456/SP

Rel. Ministro FELIX FISCHER

Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA

Publicação/Fonte DJe 31/05/2010

Ementa PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 302, CAPUT, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP COM A NOVA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 11.719/08. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VALIDADE DO INTERROGATÓRIO DO RÉU REALIZADO SOB A VIGÊNCIA DE LEI ANTERIOR. PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM.

I - A norma de natureza processual possui aplicação imediata, consoante determina o art. 2º do CPP, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, consagrando o princípio do tempus regit actum (Precedentes).

II - Assim, nesta linha, o art. 400 do CPP, com a nova redação conferida pela Lei nº 11.719/08, - regra de caráter eminentemente processual -, possui aplicação imediata, sem prejuízo da validade dos atos processuais realizados em observância ao rito procedimental anterior.

III - Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa na espécie por ausência de realização de novo interrogatório do ora paciente ao final da audiência de instrução e julgamento, pois o referido ato processual foi validamente realizado pelo Juízo processante antes do advento da novel legislação em observância ao rito procedimental vigente à época, não possuindo a lei processual penal efeito retroativo.

Ordem denegada.

No caso ora em trato, em face da decisão de 1ª Instância proferida pela DRF de Santo Ângelo/RS, nos termos assentados no Despacho Decisório - DD ARF/SRA/RS, a fls. 85/87, que indeferiu o pedido de restituição, o Interessado interpôs Recurso Voluntário a fls. 89/94, em 28/12/2007, o qual foi remetido ao Segundo Conselho de Contribuintes, conforme despacho de 10 de abril de 2008, em plena conformidade com as normas processuais então vigentes e eficazes encartadas nos artigos 254 e 305 do Regulamento da Previdência Social e artigos 216 e 217 da IN SRP nº 3/2005.

Ocorre que, ao ser publicada em 03 de dezembro de 2008, a MP nº 449/2008, ao acrescentar o §11 ao art. 89 da Lei nº 8.212/91, determinou, laconicamente, que os processos em curso teriam que observar, a partir daquele instante para o futuro, o rito estabelecido no Decreto nº 70.235/72, respeitando-se, por óbvio, a validade e os efeitos dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, em razão do princípio da irretroatividade da lei nova.

No caso em espécie, a lide objeto do processo em debate já havia sido julgada, em primeira instância, pelo órgão competente e em conformidade com o trâmite estatuído na lei vigente à data de sua realização. Trata-se, por conseguinte, de ato jurídico perfeito, na fina acepção adotada pelo §1º do art. 6º da LICC.

Ora, sendo o processo um encadeamento de atos praticados pelos sujeitos processuais destinados à obtenção uma decisão final voltada a resolver a lide posta, no curso do Devido Processo Legal, estando o processo já munido de decisão de 1ª Instância válida e eficaz, o ato seguinte na sequência lógica seria o encaminhamento para o órgão *ad quem* para distribuição, apreciação e julgamento em segunda instância pelo Colegiado legalmente competente. O procedimento consignado na lei nova é o mesmo, *mutatis mutandis*, que aquele previsto na lei antiga. Nesta, o órgão de 2ª instância competente era o 2º Conselho de Contribuintes; naquela, a 2ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, nos termos dos artigos 3º e 7º do Anexo II do Regimento Interno do CARF.

Regimento Interno do CARF

Art. 3º À Segunda Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

I - Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (IRPF);

II - Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF);

III - Imposto Territorial Rural (ITR);

IV - Contribuições Previdenciárias, inclusive as instituídas a título de substituição e as devidas a terceiros, definidas no art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007; (grifos nossos)

V - penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias pelas pessoas físicas e jurídicas, relativamente aos tributos de que trata este artigo.

Art. 7º Incluem-se na competência das Seções os recursos interpostos em processos administrativos de compensação, ressarcimento, restituição e reembolso, bem como de reconhecimento de isenção ou de imunidade tributária. (grifos nossos)

§1º A competência para o julgamento de recurso em processo administrativo de compensação é definida pelo crédito alegado, inclusive quando houver lançamento de crédito tributário de matéria que se inclua na especialização de outra Câmara ou Seção.

§2º Os recursos interpostos em processos administrativos de cancelamento ou de suspensão de isenção ou de imunidade tributária, dos quais não tenha decorrido a lavratura de auto de infração, inclui-se na competência da Segunda Seção.

§3º Na hipótese do §1º, quando o crédito alegado envolver mais de um tributo com competência de diferentes Seções, a competência para julgamento será:

I - Da Primeira Seção de Julgamento, se envolver crédito alegado de competência dessa Seção e das demais;

II - Da Segunda Seção de Julgamento, se envolver crédito alegado de competência dessa Seção e da Terceira Seção;

III - Da Terceira Seção de Julgamento, se envolver crédito alegado unicamente de competência dessa Seção.

Assim, a observância do Devido Processo Legal determina a mera distribuição para o órgão julgador previsto na lei nova, qual seja, a 2ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Mas aí, meteram-se os pés pelas mãos.

Em 11 de dezembro de 2008, publicou-se no Diário Oficial da União a Portaria nº 14, de 09 de dezembro de 2008, do 2º Conselho de Contribuintes, nos seguintes termos:

Portaria nº 14, de 09 de dezembro de 2008

Art. 1º Os processos relativos a pedidos de restituição de contribuições previdenciárias previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do Parágrafo Único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 1991, de contribuições instituídas a título de substituição e de contribuições devidas a terceiros, que estejam aguardando julgamento no Segundo Conselho de Contribuintes serão encaminhados à Unidade Local da Receita Federal do Brasil da Jurisdição da Autoridade que exarou o Despacho Decisório relativamente ao qual haja a manifestação de inconformidade, com vistas ao encaminhamento à Delegacia da Receita Federal de Julgamento competente para o

juízo em razão da localidade e matéria, nos termos do Decreto nº 70.235, de 1972.

Parágrafo Único. A movimentação será realizada pelo Serviço de Logística e pelas Câmaras especializadas em matéria previdenciária mediante a utilização do Sistema Comprot e, no caso de o processo estar cadastrado no Sincon, com o registro de ocorrência "EXPEDIDO" nesse sistema.

Art. 2º Aplica-se aos processos de restituição de que trata o art. 1º que chegarem ao Segundo Conselho de Contribuintes, sem ter sido apreciado por Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento o procedimento estabelecido no referido artigo.

Em consequência, a Chefe de Secretaria da Quarta Câmara da Segunda Seção do CARF determinou o encaminhamento do Processo Administrativo Fiscal em julgamento à Delegacia da Receita Federal de Julgamento - DRJ em Santa Maria/RS, conforme Despacho a fl. 104.

E então, o angu encaroçou.

Em outras palavras, numa só tacada, a Portaria suso transcrita transgrediu o princípio da irretroatividade da lei nova, fez tábula rasa do ato jurídico perfeito, cassou a decisão de 1ª Instância, revogou norma de hierarquia superior, enxovalhou o devido processo legal e bagunçou a segurança jurídica.

Ao fazer retornar o processo para julgamento na Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre/RS, a Portaria citada simplesmente ignorou o princípio da irretroatividade da lei, fazendo a lei nova incidir no processo em curso para que fossem praticados atos processuais já consumados pela preclusão consumativa.

O que diria Bandeira de Mello diante de tal evento?

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas ao específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 16.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, pag. 818).

Não parou por aí, não: Cassou Decisão de 1ª Instância válida e eficaz proferida pela DRF de Santo Ângelo/RS, nos termos assentados no Despacho Decisório - DD ARF/SRA/RS, a fls. 85/87, a qual somente poderia ser reformada ou declarada nula pelo Órgão de 2ª Instância competente para apreciar o Recurso interposto pelo Interessado. Ou seja, tornou sem efeito, ao arpejo da lei, ato jurídico perfeito.

Mas não é só, há mais: Subverteu todo o Devido Processo Legal criando uma instância intermediária não prevista na lei processual e cuja decisão se sobrepõe integralmente à exarada na Instância anterior.

Assim, uma decisão administrativa dotada dos atributos de ato jurídico perfeito foi substituída, sem qualquer previsão legal, por outra de mesma hierarquia processual, providência essa que somente poderia emergir de determinação expressa de lei formal, jamais de uma Portaria do Segundo Conselho de Contribuintes.

Como é cediço, as Portarias são Atos Administrativos pelos quais as autoridades competentes determinam providências de caráter administrativo gerais ou especiais aos seus subordinados com vistas à execução de leis e serviços, definem situações funcionais e aplicam medidas de ordem disciplinar. Apesar de ato administrativo interno, os efeitos da Portaria podem atingir o público externo, como é o caso das Portarias que reajustam o valor mínimo das multas por infração a dispositivos da Lei de Custeio da Seguridade Social.

O que não se admite é que a portaria, ao expedir procedimentos, o faça ao asco da lei, ou inovando a ordem jurídica ou massacrando princípios constitucionais. Isso não pode ser.

Mas as atrocidades processuais cometidas no curso do procedimento não se esgotaram. Vejam:

Baixados os autos, em razão da Portaria 2CC nº 14/2008, a lide houve-se por apreciada e julgada pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Santa Maria/RS, que deu provimento à Manifestação de Inconformidade determinando a restituição do valor da retenção que exceder as contribuições devidas no regime de tributação em que se figurar a empresa no período.

A decisão de 1ª Instância referida no parágrafo precedente, que no curso do presente processo já era irregular, em razão da ilegal e inconstitucional retroatividade da Lei Processual nova, somente poderia ser reformada pelo órgão competente de 2ª Instância, *in casu*, a 2ª Seção de Julgamento do CARF.

Mas não foi isso que aconteceu.

Antes de os autos subirem para o órgão *ad quem*, a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Santo Ângelo/RS incluiu o contribuinte na agenda de planejamento fiscal, e com base em Termo de Constatação Fiscal, proferiu o Despacho Decisório DRF/SAO/SAORT nº 374/2012, indeferindo o Pedido de Restituição, que já havia sido deferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Santa Maria/RS.

Em outras palavras, o Despacho Decisório mencionado no parágrafo anterior, com uma só cajadada, matou uma variedade de coelhos.

Sem possuir competência legal para tanto, cassou decisão de 1ª Instância proferida pela DRJ em Santa Maria/RS.

Por outro lado, tendo a DRJ em Santa Maria/RS dado provimento ao pleito do contribuinte, e inexistindo Recurso de Ofício por parte da Fazenda, considerando que o Sistema Processual Brasileiro não admite a *reformatio in pejus*, o Contribuinte já possuía em seu patrimônio o direito à restituição do valor da retenção que viesse a exceder as contribuições

devidas no regime de tributação em que se figurar a empresa no período em foco, direito este conferido pela DRJ.

O Despacho Decisório DRF/SAO/SAORT nº 374/2012, subjugando a decisão da DRJ, aniquilou o Direito Adquirido do Contribuinte mencionado no parágrafo acima, intrometeu-se no curso do processo como mais uma instância administrativa, cassando os efeitos da Decisão de 1ª Instância proferida pela DRJ e apreciando o pleito novamente, triturou o Devido Processo Legal, e não deu bola para a Coisa Julgada Administrativa (relativa, não absoluta), eis que o processo já se encontrava adornado com decisão definitiva na instância primeira, e negou vigência às leis processuais, dentre outras barbáries.

Como dizia minha Avó, “*loucura pouca é bobagem*”.

Na sequência, em face da decisão do Despacho Decisório suso mencionado, o Interessado apresentou manifestação de inconformidade, a qual não foi conhecida pela DRJ em Porto Alegre, em razão da existência de Decisão Definitiva em 1ª Instância.

Por tal razão, o Contribuinte interpôs Recurso Voluntário e, assim, subiram os presentes Autos para apreciação e julgamento.

Por todo o exposto, vislumbra-se inaplicável, por ilegalidade, as providências administrativas assentadas na Portaria 2CC nº 14/2008 do 2º Conselho de Contribuintes, uma vez que suas determinações subverteram toda uma matriz principiológica constitucional e chocaram-se frontalmente com o Devido Processo Legal, corrompendo-o.

Nesse panorama, mediante mera Portaria, viu-se o Interessado alijado de seu direito de ter o Recurso por ele interposto em face da Decisão proferida pelo órgão de 1ª instância apreciado e julgado pelo Colegiado legalmente competente.

O Processo Administrativo Fiscal é refratário ao proferimento de despachos e decisões por autoridade incompetente ou que comportem qualquer forma de preterição do direito de defesa, as quais já nascem marcadas sob o estigma da nulidade, a teor do inciso II, *in fine*, do art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

O Segundo Conselho de Contribuintes não possui competência para expedir norma de ordenação interna que resulte em modificação substancial do Devido Processo Legal, providência essa que demanda lei *stricto sensu*, de competência do Congresso Nacional, não se contentando o Ordenamento Jurídico com mera Portaria, como sucedâneo.

Diante tal cenário, sendo nulas, por carência de fundamento jurídico, as determinações aviadas na citada Portaria 2CC nº 14/2008, assim como a decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Santa Maria/RS a fls. 106/108, pela falta de previsão legal no rito processual vigente e eficaz a data da prática do ato, nulos são todos os demais atos praticados no curso do vertente processo, que dela diretamente dependam ou sejam consequência, a teor do §1º do art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972

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.

§1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou supri-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748/93)

Assim sendo, tendo a lei nova encontrado o presente processo no momento processual específico em que o recurso interposto pelo Interessado (fls. 89/94) em face da decisão 1ª Instância (fls. 85/87) jazia no aguardo da prática do ato processual de distribuição ao órgão *ad quem* para apreciação e julgamento, o Devido Processo Legal exige que a lei nova prossiga deste então, de maneira prospectiva, mantida a eficácia dos atos processuais até então praticados na regência da lei antiga, de forma que, na sequência do encadeamento, o próximo ato a ser praticado seja, exatamente, a distribuição para o órgão de 2ª Instância competente, segundo a lei nova, para a apreciação e julgamento da lide em relevo.

Pelos motivos expendidos, voto por ANULAR todos os atos processuais realizados a contar da DECISÃO proferida a fl. 104, inclusive, que determinou o encaminhamento dos autos à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Santo Ângelo, eis que fundamentada em Portaria flagrantemente ilegal e com preterição do direito de defesa, devendo o processo retornar seu curso sob a nova legislação, de maneira *ex nunc*, para que seja apreciado e julgado o recurso interposto pelo Interessado a fls. 89/94, em face da decisão 1ª Instância a fls. 85/87.

Vencidas as preliminares, passamos ao exame do mérito.

2.3. DO MÉRITO

Cumpra de plano assentar que não serão objeto de apreciação por este Colegiado as matérias não expressamente impugnadas pelo Recorrente, as quais serão consideradas como verdadeiras, assim como as matérias já decididas pelo Órgão Julgador de 1ª Instância não expressamente contestadas pelo sujeito passivo em seu instrumento de Recurso Voluntário, as quais se presumirão como anuídas pela Parte.

Também não serão objeto de apreciação por esta Corte Administrativa as matérias substancialmente alheias ao vertente lançamento, eis que, em seu louvor, no processo de que ora se cuida, não se houve por instaurado qualquer litígio a ser dirimido por este Conselho.

2.3.1. DO JULGAMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Conforme salientado anteriormente, o vertente processo tem por objeto Requerimento de Restituição de Contribuições Retidas - RRCR, protocolizado em 21/11/2007, relativo ao período de 08/2007 e 09/2007, mediante o qual o Requerente informa ser optante pelo SIMPLES e não manter contabilidade regular.

O pedido de restituição houve-se por indeferido, nos termos assentados no Despacho Decisório - DD ARF/SRA/RS, de 26/11/2007, a fls. 85/87, em razão de a DRF de Santo Ângelo haver considerado indevido o enquadramento da empresa no SIMPLES, pelo fato do interessado realizar cessão de mão de obra, forma de prestação de serviços vedada à opção pelo SIMPLES.

Inconformado com a decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Santo Ângelo/RS, o Contribuinte interpôs Recurso Voluntário tempestivo, a fls. 89/94, ao Segundo Conselho de Contribuintes, concentrando seu inconformismo em alegações centradas nos seguintes elementos:

- Que o serviço de suporte e manutenção de equipamentos de informática é atividade permitida para fins de enquadramento no regime do simples (Lei 9.317/96), conforme faculta a o art. 4º, IV da lei nº 10.964/2004;
- Que a atividade desenvolvida pela recorrente, não pode ser considerada locação de mão-de-obra porque lhe faltam os elementos essenciais para a sua caracterização;

O busílis da questão reside na validade ou não do enquadramento da empresa Recorrente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, disciplinado pela Lei nº 9.317/96 e, posteriormente, pela Lei Complementar nº 123/2006.

No iter procedimental ordinário, não estando o Processo Administrativo Fiscal perfeitamente instruído de molde a sedimentar a convicção do Julgador, a lei processual autoriza que a Autoridade Julgadora determine as diligências que julgar necessárias visando à consolidação do seu convencimento.

Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972

Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

No caso presente, muito embora o vertente processo não esteja instruído de maneira adequada ao deslinde da controvérsia acerca da exclusão da Notificada do Simples Nacional, a deflagração de incidente processual visando à produção de tal prova não será necessária.

Isso porque durante o curso tortuoso em que o vertente processo indevidamente seguiu, foi emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Santo Ângelo/RS, em 26 de outubro de 2011, o Ato Declaratório Executivo nº 053, a fl. 115, determinando a exclusão da empresa ARTE.COM EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA LTDA, CNPJ nº 05.293.995/0001-40, estabelecida na Av. Tucunduva, 277, Sala 01, no Município de Horizontina/RS, do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, instituído pela Lei nº 9.317/1996, face ao exercício de atividade de locação/cessão de mão de obra, a partir de maio de 2005, na forma do disposto nos termos do art. 9º, inciso XII-f, da referida lei,

consoante informações contidas no processo administrativo nº 11070.721900/2011-48, com efeitos no período de 1º de janeiro de 2006 a 30 de junho de 2007.

Na mesma data, foi publicado, igualmente, o Ato Declaratório Executivo nº 054, a fl. 116, determinando a exclusão da empresa referida no parágrafo anterior do SIMPLES NACIONAL, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, em razão de a empresa realizar atividade de cessão/locação de mão de obra, além da falta de comunicação de exclusão obrigatória na forma do disposto no art. 29, incisos I e V da Lei Complementar nº 123/2006, consoante informações contidas no processo administrativo nº 11070.721900/2011-48, com efeitos a contar de 1º de julho de 2007.

É certo que, em resistência aos Atos Declaratórios Executivos acima referidos, o ora Recorrente ofereceu Impugnação Administrativa a fls. 129/146 dos autos do Processo Administrativo Fiscal nº 11070.721900/2011-48, a qual foi julgada improcedente pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre/RS, nos termos do Acórdão nº 10-39.712 da 6ª Turma da DRJ/POA, a fl. 406/414 do PAF acima aludido, que ratificou a exclusão da empresa em relevo do Simples e do Simples Nacional, nos termos dos Atos Declaratórios Executivos nº 053 e 054, em virtude da prestação de serviços mediante cessão de mão de obra.

Em face de Tal decisão administrativa, a Arte.Com Equipamentos de Informática Ltda interpôs Recurso Voluntário a fls. 424/436, ainda pendente de julgamento na 1ª SEJUL/CARF/MF/DF

O desfecho definitivo na instância administrativa do Processo Administrativo Fiscal nº 11070.721900/2011-48 é de visceral significância para decisão a ser proferida nos vertentes autos, em virtude da flagrante relação de prejudicialidade entre ambos. De fato, a eventual improcedência do Recurso Voluntário interposto naquele processo, com a consequente manutenção dos Atos Declaratórios Executivos nº 053 e 054, irá implicar, em tese, a negativa de provimento ao pedido aviado no Requerimento de Restituição de Contribuições Retidas - RRCR, de 11/06/2007, relativo ao período de 08/2007 e 09/2007.

A contrário senso, o acolhimento da defesa ofertada no Recurso Voluntário acima citado, e a decorrente cassação dos mencionados atos declaratórios, poderá desaguar no acolhimento total ou parcial do pedido de restituição em foco.

Dessarte, tudo depende do desenlace do litígio objeto do PAF nº 11070.721900/2011-48, uma vez que deste emergirá a decisão de mérito relativa aos Atos Declaratórios Executivos nº 053 e 054, e, daí, o atendimento ou não do pedido formulado no processo aqui em debate. *Alea jacta est.*

Por tais razões, pugnamos pela conversão do presente julgamento em diligência, até a prolação, nos autos do PAF nº 11070.721900/2011-48, da decisão definitiva de mérito, na instância administrativa, relativa aos Atos Declaratórios Executivos nº 053 e 054 tantas vezes aludidos.

Para que não restem dúvidas, a presente diligência deverá ser concluída com a juntada aos vertentes autos da decisão de mérito definitiva, na instância administrativa, a ser proferida nos autos do PAF nº 11070.721900/2011-48.

Do resultado da diligência, antes de os autos retornarem a este Colegiado, deverá ser intimado o Recorrente, para que tome ciência do resultado e conteúdo da diligência ora em foco e, desejando, possa se manifestar nos autos do processo, no prazo normativo.

3. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, voto pela **CONVERSÃO** do julgamento em **DILIGÊNCIA**, nos termos formulados nos parágrafos acima.

É como voto.

Arlindo da Costa e Silva, Relator.