



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19679.004505/2005-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.076 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de outubro de 2020
Recorrente HEMELRIJK COMÉRCIO DE IMPLEMENTOS MÉDICOS LTDA. - EPP
(ATUAL DENOMINAÇÃO DA HEMELRIJK COMÉRCIO E
REPRESENTAÇÃO DE IMPLEMENTOS MÉDICOS LTDA.)
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

PRECLUSÃO. RECURSO. NÃO CONHECIMENTO.

A teor do artigo 17 do PAF (Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972), considerar-se-á não impugnada matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante, sendo preclusa a sua arguição em sede de recurso voluntário ao Tribunal de 2ª Instância, cabendo o não conhecimento da peça recursal.

MATÉRIAS DE CUNHO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

Nos termos do enunciado da Súmula CARF nº 2, o Tribunal Administrativo Tributário Federal de 2ª Instância não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Recurso que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, **por unanimidade de votos**, não conhecer do recurso voluntário, **i)** por precluso, na forma do artigo 17, do PAF, em razão de matéria trazida na peça recursal de 2ª Instância não arguida na manifestação de inconformidade, tendo a Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio acompanhado o Relator pelas conclusões; e, **ii)** por aduzir matéria de cunho constitucional, cuja análise é vedada aos julgadores administrativos, na forma da Súmula CARF nº 2.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Wilson Kazumi Nakayama (suplente convocado), Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela contribuinte acima identificada em face de decisão exarada pela 1ª Turma da DRJ/SP1, sessão de 05 de janeiro de 2011, que indeferiu a manifestação de inconformidade apresentada (fls. 29/41)¹ e ratificou o entendimento da DERAT/SÃO PAULO/SP, expresso no Despacho Decisório Simples Federal nº 045/2010, de 01 de setembro de 2010 (fls. 26/27), mediante o qual a recorrente foi impedida de aderir retroativamente a 01/01/2005 ao regime do SIMPLES FEDERAL (Lei nº 9.317/1996), em virtude da seguinte situação: “*efetuada a simulação de opção pelo Simples na Pesquisa Prévia Automática no Programa SIVEXWEB, fls 14, verifica-se a seguinte vedação para este CNPJ : CNAE fiscal secundária não permitida para o Simples - 6209-100 (Suporte técnico , manutenção e outros serviços em tecnologia da informação). Pela alteração contratual da empresa de 16/12/04 , fls. 02/10, em sua clausula nº 5 verifica-se que seu objeto social além do comércio atacadista, importação, exportação e representação abrange assistência técnica de aparelhos de uso em medicina, assistência técnica de equipamentos de informática em geral, consultoria e desenvolvimento inclusive com a prestação de suporte técnico de programas na área de informática (software) em geral*”.

O DD, na parte que interessa, está abaixo reproduzido:

	MINISTÉRIO DA FAZENDA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DE SÃO PAULO
Interessada : HEMELRIJK COMERCIO DE IMPLEMENTOS MEDICOS LTDA EPP CNPJ: 61.519.971/0001-37 Processo: 19679.004505/2005-11	
DESPACHO DECISÓRIO SIMPLES FEDERAL Nº 045/2010	
MÉRITO	
Efetuada a simulação de opção pelo Simples na Pesquisa Prévia Automática no Programa SIVEXWEB, fls 14, verifica-se a seguinte vedação para este CNPJ : CNAE fiscal secundária não permitida para o Simples – 6209-100 (Suporte técnico , manutenção e outros serviços em tecnologia da informação). Pela alteração contratual da empresa de 16/12/04 , fls. 02/10, em sua clausula nº 5 verifica-se que seu objeto social além do comércio atacadista, importação, exportação e representação abrange assistência técnica de aparelhos de uso em medicina, assistência técnica de equipamentos de informática em geral, consultoria e desenvolvimento inclusive com a prestação de suporte técnico de programas na área de informática (software) em geral. A Lei nº 9317 de 05/12/1996 em seu artigo 9º, XIII determina : Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida (Grifo nosso). De acordo. À vista do exposto e pela competência conferida pela Portaria DERAT nº 413/2009, indefiro o presente pedido de inclusão retroativa do interessado no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Federal e determino seja dado ciência desta decisão à empresa .	

¹ Inexistindo menção em contrário, a numeração referida será sempre a digital.

Cientificada e irresignada, a contribuinte acostou MI (fls. 29/41), alegando:

1. ter por objeto social: 1.1. comércio atacadista, importação, exportação, representação e assistência técnica de aparelhos de uso em medicina e materiais de suprimento em geral na área de saúde e atividades paramédicas, inclusive hospitalares; 1.2. comércio atacadista, importação, exportação, representação e assistência técnica de equipamentos de informática em geral; 1.3. consultoria e desenvolvimento, inclusive com a prestação de suporte técnico de programas na área de informática (software) em geral; 1.4. participação em outras sociedades como sócia acionista ou quotista;
2. que, devido ao reduzido volume de receita bruta anual, enquadra-se na possibilidade de regime simplificado de apuração, prevista no artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, comumente conhecido como Simples Nacional;
3. nesse contexto, com a entrada em vigor da referida Lei Complementar, a empresa, ora recorrente, optou expressamente pelo regime tributário previsto no Simples Nacional, cumprindo suas obrigações tributárias principais e acessórias segundo a referida sistemática;
4. destaca que mesmo antes do advento da Lei Complementar nº 123/2006 a recorrente já era optante pela Sistemática Simplificada de apuração, efetuando todos os recolhimentos tributários inerentes a sua atividade, segundo a sistemática da Lei nº 9.317, de 05/12/1996, com exceção do ano-calendário 2004;
5. o presente Processo Administrativo originou-se justamente no ano de 2005, tendo em vista que devido à exclusão da sistemática do Simples no ano anterior (2004) a recorrente efetuou pedido de inclusão retroativa a partir do ano de 2005, até a entrada em vigor da Lei Complementar nº 123/2006, quando houve nova opção ao regime simplificado, vigorante até a presente data;
6. ou seja, após a exclusão da sistemática simplificada no ano de 2004 e a reinclusão no ano de 2005, a recorrente continuou efetuando todos os recolhimentos sob o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, posteriormente, sob a sistemática do Simples Nacional, não havendo qualquer questionamento por parte da Receita Federal do Brasil nesse período;
7. ter sido surpreendida pelo despacho de indeferimento de seu pedido de inclusão com efeitos retroativos no Simples Federal, com fulcro no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996;
8. com a entrada em vigor da Lei Complementar 123/2006, todas as questões referentes à sistemática denominada SIMPLES passaram a ser regidas por seus ditames, em detrimento a qualquer legislação anterior que versasse sobre a matéria;
9. o Auditor Fiscal utilizou-se de 2 (dois) fundamentos para exclusão retroativa da Recorrente. O primeiro deles trata da aplicação do artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317 de 05/12/1996, inclusive por conter no objeto social algumas das atividades descritas no mencionado artigo;

10. nesse contexto, nota-se que o I. Auditor desconsiderou as alterações positivas trazidas pela Lei Complementar 123/2006, sob a égide do artigo 106, inciso II, do CTN;
11. como se verifica no incluso Comprovante de Inscrição no CNPJ, a empresa está registrada com atividade econômica principal no código CNAE 4645-1-01 (comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios), e como atividades secundárias, nos códigos 4651-6-01 (comércio atacadista de equipamentos de informática) e 6209-1-00 (suporte técnico, manutenção e outros serviços em tecnologia da informação);
12. ou seja, nenhum dos três códigos assinalados no CNPJ da Recorrente encontra-se na lista de atividades impeditivas constantes do Anexo I da Resolução CGSN nº 6, de 18/06/2007, expedida pelo Comitê Gestor do Simples Nacional;
13. assim, a contribuinte não apresenta em seus CNAE qualquer impedimento à sua inclusão na sistemática do Simples Nacional;
14. que o próprio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais tem se manifestado positivamente sobre o alegado “Princípio da Retroatividade da Lei Benigna” (transcreve ementa do Acórdão nº 102-49324, de 09/10/2008);
15. diz que melhor sorte não obtém a RFB à segunda alegação apresentada, sobre a existência de CNAE fiscal secundário vedado, porque, como já demonstrado, o CNAE 6209-100 (suporte técnico, manutenção e outros serviços em tecnologia da informação) não está presente na lista impeditiva ao Simples Nacional (Anexo I), mas na lista de códigos que abrangem, concomitantemente, atividade impeditiva e permitida ao Simples Nacional;
16. requer, por fim, o provimento do pedido.

Submetida à apreciação da 1ª Turma da DRJ/SP1, foi prolatada decisão (fls. 166/171) negando provimento à MI, com os seguintes excertos do voto condutor do Acórdão:

“13. Do cotejo das atividades consignadas no objeto social da interessada, com o descrito art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, constata-se o exercício de atividade impeditiva ao regime simplificado, pela prestação de serviços profissionais de representante comercial, consultor e programador.

14. Portanto, plenamente cabível o despacho denegatório exarado pelo órgão de competência originária.

15. Esclareça-se, no que se relaciona às inúmeras considerações da recorrente acerca do Simples Nacional, que o referido regime foi instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, ao passo que o litígio que se discute nos autos está vinculado ao Simples Federal, regime tributário instituído com supedâneo na Lei nº 9.317, de 05/12/1996.

16. Trata-se, portanto, de regime tributários distintos, com arcabouços legais próprios, descabendo a alegação de que “...com a entrada em vigor da Lei Complementar 123/2006, todas as questões referentes à sistemática denominada SIMPLES passaram a ser regidas por seus ditames, em detrimento a qualquer legislação anterior que versasse sobre a matéria.”

17. Observe-se que o despacho denegatório que se discute foi prolatado em 01/09/2010, com base em período que se inicia em 01/01/2005 e finaliza em 30/06/2007 (data de encerramento do Simples Federal), e que corresponde ao período em que a defendente requer sua inclusão e permanência no regime em questão.

18. Repita-se que não se examina nos autos solicitação de inclusão no Simples Nacional, regime em relação ao qual a empresa já é optante desde o seu início em 01/07/2007, como se constata nos sistemas da RFB (fls. 168 e 172).

19. Quanto à aplicação retroativa do art. 17, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, o art. 106 do CTN, quando abre espaço para a aplicação retroativa da lei, não o faz sob qualquer hipótese e à vista de qualquer lei:

(...)

20. Primeiro, estará excluído do campo de aplicação do art. 106 do CTN a lei que não seja expressamente interpretativa (inciso I do dispositivo). Ora, não consta dos dizeres do art. 17, §1º, da LC nº 123, de 2006 - pelo menos não expressamente, como requer o inciso I do art. 106 do CTN - , que ele seja interpretativo de coisa alguma. Ou seja, ali, diga-se, no art. 17, §1º, da LC nº 123, de 2006, não veio escrito algo como: “para efeito do disposto na lei tal, compreende-se por...”. Não! No máximo, o que se encontra ali, isto é, no art. 17, §1º, inciso XI, da LC nº 123, de 2006, é uma norma restritiva das normas de vedação insertas nos incisos do caput do art. 17 em comento. E, observe-se, ainda que se queira ver, aí, a nota da “norma interpretativa”, um tal efeito não deambula para além dos próprios lindes da LC nº 123, de 2006. É que, a teor do art. 11, inciso III, alínea “c”, da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, os parágrafos (no caso, o §1º do art. 17 da LC nº 123, de 2006) devem expressar “aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida” - veja-se, o §1º do art. 17 da LC nº 123, de 2006, só complementa ou excepciona a regra do caput do artigo a que se refere. Por fim, interessante notar que a hipótese do inciso I do art. 106 do CTN não trata da chamada “retroatividade benigna”, certo que se a lei em questão é interpretativa, concretamente, não está retroagindo, mas senão dando suporte seguro à incidência da norma interpretada.

21. Segundo - e, aí sim, no campo próprio da nomeada “retroatividade benigna” acaso a lei em questão seja não-interpretativa e, por isso e a princípio, fora do alcance do art. 106 do CTN, isso pelo seu inciso I, pode acontecer que o referido artigo do CTN ainda se lhe aplique. De fato, basta que a lei em consideração se trate de uma espécie de “novatio legis in melius”, seja porque revoga uma sanção (como uma “abolitio criminis”), seja porque ameniza uma sanção (como uma “lex mitior” criminal). Essa é a hipótese prevista no inciso II do art. 106 do CTN. Mas, ora, o art. 17, §1º, da LC nº 123, de 2006, não cuida de extinguir e/ou minorar sanção alguma; bem ao contrário, concorre com os demais dispositivos do art. 17 em referência para desenhar o campo de vedação ao ingresso no Simples Nacional (ou de permissão, depende do ponto de vista), isso sob o critério da atividade econômica explorada.

22. Assevera a interessada que o próprio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais tem se manifestado positivamente sobre o alegado “Princípio da

retroatividade da Lei Benigna” (transcreve ementa do Acórdão nº 102-49324, de 09/10/2008, às fls. 37 e 38).

23. Neste quesito, esclareça-se que as decisões administrativas ou judiciais, mesmo que proferidas pelos órgãos colegiados, sem uma lei que lhes atribua eficácia normativa, não constituem normas complementares do direito tributário. Destarte, não podem ser estendidos genericamente a outros casos, somente aplicando-se à questão em análise. Assim, o referido julgado não tem efeito vinculante em relação às decisões proferidas pelas Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil, tendo validade somente inter partes.

24. Ainda que se considere o teor do citado Acórdão, assinala-se que o mesmo tem pertinência a questões relacionada às multas de mora e de ofício, questão distinta da discutida nos autos.

25. Em consonância com o exposto, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade da contribuinte”.

A decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2005

INCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA.

A pessoa jurídica que presta serviços profissionais de representante comercial, consultor e programador não pode optar pelo regime simplificado, pois tais atividades encontram vedação taxativa na legislação de regência do regime.

SIMPLES FEDERAL. SIMPLES NACIONAL.

RETRO ATIVIDADE DE NORMA PERMISSIVA DESTE POR SOBRE O REGRAMENTO DAQUELE.

As normas permissivas respeitantes ao Simples Nacional (notadamente aquelas previstas nos incisos do § 1º do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006) estão fora da quadratura da possível incidência do art. 106 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional - CTN, é dizer, não retroagem, porque não são expressamente interpretativas e também porque não funcionam como "reformatio legis in mellius", isso com respeito a alguma norma sancionadora

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

DECISÕES ADMINISTRATIVAS OU JUDICIAIS.

A eficácia de decisões administrativas ou judiciais alcança apenas aqueles que originalmente figuraram na contenda.

*Manifestação de Inconformidade Improcedente
Sem Crédito em Litígio*

Discordando do r. *decisum*, a contribuinte acostou recurso voluntário (fls. 190/198), no qual rebateu a decisão da DERAT/SÃO PAULO/SP e da DRJ/SP1 e, no mérito,

depois de resumir os fatos presentes nos autos, construiu sua tese de defesa alegando inconstitucionalidade da Lei nº 9.317/1996 e, por consequência, nulidade do Despacho Decisório que teve suporte na referida norma.

Excertos do RV mostram o entendimento da recorrente (destaques no original):

*“Ocorre que, a referida decisão deve ser **REFORMADA**, considerando a inconstitucionalidade da Lei Ordinária Federal nº 9.317/1996 para legislar sobre matéria tributária a partir da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, que acrescentou a alínea “d”, no artigo 146 da Constituição Federal, período em que a ora Recorrente postula a inclusão no Simples Nacional. É o que se demonstrará com os motivos jurídicos a seguir expostos:*

(...)

*Preliminarmente, importante destacar que o fundamento constitucional para o tratamento diferenciado e favorecido para as MICROEMPRESAS e EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, está prescrito no artigo 146, inciso 111, alínea **d**, acrescentada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de Dezembro de 2003, **in verbis**:*

(...)

*Vê-se, pois, que a norma jurídica constitucional prevê expressamente que **SOMENTE LEI COMPLEMENTAR** pode estabelecer normas gerais em matéria tributária, assim sendo, é incontestável a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.317/1996 para regular o tratamento diferenciado e favorecido para as empresas de pequeno porte.*

É válido salientar que, o constituinte originário ou reformador, reserva à lei complementar matérias de especial importância, cuja disciplina seja desejável e recomendável à obtenção de um maior consenso aos parlamentares (quórum maioria absoluta).

*Desse raciocínio é possível concluir que, na verdade não existe hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, pois seus campos de abrangência são diversos, entretanto, **a lei ordinária que invadir matéria de lei complementar é inconstitucional.***

Ora, a validade da lei ordinária decorre, em princípio, da sua conformação com a Constituição, e apenas a lei ordinária é obrigada a respeitar o campo privativo da legislação complementar.

Quando se fala em hierarquia normativa, contudo, não se pode deixar de atentar para o que disse o saudoso Kelsen: “há hierarquia quando a norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior”.

Frise-se, quando a lei ordinária dispõe sobre matéria de lei complementar ela é inconstitucional por invasão de competência.

Nesse sentido, entende o Colendo Supremo Tribunal Federal: “Não pode, portanto, lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade por invasão de competência, ingressar na esfera de competência da lei complementar para derogá-la” (MS 20.382/DF, Rei. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ 09/11/90) e

em período mais recente confirmou a jurisprudência anterior (AGRAG 359.200/PR, Rei. Min. Nelson Jobim, DJ 13/6/2002)”.

Deste raciocínio é possível concluir que somente a Constituição pode estabelecer o tratamento reservado em matéria tributária.

Logo, a Lei nº 9.317/1996 é inconstitucional, em razão da previsão constitucional prescrita no artigo 146, inciso III, alínea “d” (acrescentada pela Emenda Constitucional nº 42/2005).

Ora, Ilustres Conselheiros, no período em que a recorrente solicitou a sua inclusão retroativa à 01/01/2005 no Regime Simplificado, a Emenda Constitucional nº 42, de 14/12/2003 já havia acrescentado a alínea d, no artigo supra transcrito, portanto, a matéria já estava reservada constitucionalmente à lei complementar, e, a lei ordinária supra referida jamais poderia ter sido aplicada.

Patente, portanto, que no período compreendido entre 01/01/2005 e 30/06/2007, a Constituição Federal já havia delimitado por meio da EC nº 42/2005 que somente Lei Complementar poderia dar tratamento ao regime tributário simplificado para as Empresas de Pequeno Porte, portanto, em razão da inconstitucionalidade da referida matéria em sede de Lei Ordinária Federal nº 9.317/1996, afigura-se o direito a inclusão retroativa a partir de 01/01/2005 no SIMPLES NACIONAL, amparado pela Lei Complementar nº 123/2006.

Sendo assim, a pretendida inclusão retroativa a partir de 01/01/2005 se enquadra nas normas permissivas respeitantes ao Simples Nacional, notadamente aquelas previstas nos incisos do § 1º do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

(...)

Demonstrada a inconstitucionalidade da Lei Ordinária Federal nº 9.317/1996, cabe salientar que o ato administrativo que considerou as atividades abrangidas pela empresa recorrente, impeditivas para a opção pelo Simples, está eivado de ilegalidade desde a origem.

O Ilustre Auditor Fiscal, ao proferir o despacho decisório Simples Federal nº 045/2010 baseou-se em legislação inconstitucional, assim sendo, tal ato administrativo ofende a Constituição.

Nesse sentido:

SÚMULA 473 DO STF: *A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

No mesmo sentido, o doutrinador Bandeira de Melo: “fulmina o que já ocorreu, no sentido de que se negam hoje os efeitos de ontem”.

Nesses termos em razão do Princípio da Legalidade, a Recorrente requer a anulação do ato próprio da Administração Pública, com efeito ex tunc, ou seja, desde o despacho decisório simples federal nº 045/2010.

IV-DO PEDIDO

*Pelo exposto, restou demonstrado que a Decisão prolatada pela 1ª Turma da DRJ/SP - 1, Acórdão 16-28.743 deve ser **REFORMADA**, terminando por **ANULAR** o Despacho Decisório Simples Federal nº 045/2010, em razão da inconstitucionalidade da Lei nº 9.317/1996, para regular o tratamento diferenciado e favorecido para as empresas de pequeno porte”.*

É o relatório do essencial, em apertada síntese.

Voto

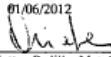
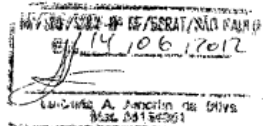
Conselheiro Paulo Mateus Ciccone - Relator

Prefacialmente a qualquer análise de mérito, há incidente processual que exige manifestação do colegiado, no caso, a inexistência de informações ou documentos que comprovem a tempestividade do recurso voluntário.

De fato, como se vê nos autos (fls. 188), há um “termo de notificação” datado de 19/04/2012 onde se informa sobre a remessa, à contribuinte, de cópia do Acórdão da DRJ.

Na sequência (fls. 189), está juntado o memorando nº 1581/12, de 01/06/2012, que dá conta de documentação acostada por dois contribuintes, um deles, a recorrente, sendo referido memorando interno datado de 01/06/2012 pelo CAC/Paulista e recepcionado pela DERAT/SP em 14/06/2012.

Veja-se:

		Delegacia da Administração Tributária de São Paulo – DERAT/SP Centro de Atendimento ao Contribuinte – CAC Paulista	
São Paulo, 01 Junho de 2012			
MEMORANDO: 1581/12			
DE: DERAT/CAC PAULISTA/SPO			
Para: EQCAD			
Encaminho em anexo documentação protocolada neste CAC – Paulista pertinente ao processo /documentos relacionados abaixo:			
PROCESSO/CNPJ/CPF	NOME		
19679.004505/2005-11	HEMELRIJK COM E REPR IMPL NEDICOS LTD		
Atenciosamente.			
MF/SRF/SRRF-8º RF/DERAT-SPO 01/06/2012			
			
Oriete de Matteo Padilla Mat: 27443 Denise Heloisa Rosa Mart: 19.392 CHEFES CAC PAULISTA			
			

Pois bem, mesmo inexistindo qualquer informação de “qual” seria a “documentação” entregue, lícito supor tenha sido o recurso voluntário, posto que protocolizado em 31/05/2012 (fls. 190).

PORÉM – e aí reside o centro da discussão -, NÃO HÁ nos autos quaisquer informações ou documentos que mostrem QUANDO a contribuinte tomou ciência da decisão de 1ª Instância e, assim, aferir a tempestividade do RV.

Certo que, nesse momento, a primeira solução seria a devolução dos autos à unidade de origem para que a mesma faça o devido saneamento, informando a data da ciência.

Porém, considerando o largo lapso temporal já transcorrido, que milita contra o princípio da celeridade processual, e o fato de que o PA inicialmente era “em papel” e foi digitalizado, não sendo inviável que haja uma “ciência” no verso de alguma folha, penso que tal medida se mostrará inócua ou, na melhor das hipóteses, só servirá para atrasar ainda mais o julgamento de um processo que data de 2005!

Neste cenário, a proposta inicial é acolher o RV como “tempestivo”, até porque, se falha ou lacuna processual houve, não foi causada pela recorrente.

Submeter ao colegiado a proposta

Superado este aspecto, há outras duas prejudiciais de mérito que se apresentam, a saber:

- i) preclusão, por alegação em 2ª Instância, de matéria não suscitada na manifestação de inconformidade inaugural (art.17, do PAF);
- ii) arguição de inconstitucionalidade de lei (Súmula CARF nº 2).

Deveras, ainda que sejam duas prejudiciais, na verdade acabam se fundindo em uma só, como se mostra abaixo.

Em relação à preclusão, dispõe o artigo 17, do Decreto nº 70.235/1972:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. [\(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997\) \(Produção de efeito\)](#)

Nessa linha, os argumentos que a recorrente trouxe à apreciação desta Turma de Julgamento do CARF não foram objeto de uma linha sequer na peça inaugural apresentada junto à DRJ. De outro giro, aquilo que a contribuinte aduziu em 1ª Instância (e foi refutado pela decisão *a quo*), foi solenemente ignorado por ela no recurso voluntário. **Em resumo, completa inovação argumentativa.**

Assim, sem nenhuma dúvida, o recurso encontra-se **precluso**, não devendo ser conhecido nesta parte.

É o que se extrai da preciosa lição de Gilson Wessler Michels expressa em sua didática obra “PAF- Processo Administrativo Fiscal”, (1ª reimpressão -11/2018 – Cenofisco –

SP – pg. 156), na qual analisa minuciosamente todas as diversas nuances presentes na “litigância tributária no contencioso administrativo” e cujo conceito, acerca da preclusão, aqui adoto.

Para o autor², há que se distinguir preclusão, perempção, decadência e prescrição, sendo que nesse rol de institutos jurídicos, “**preclusão**” representaria “a perda da prerrogativa de direito processual, em razão da inércia do agente”.

Em outro dizer, “a perda da faculdade de praticar ato processual”.

Na sequência, depois de ressaltar não ser apenas a inércia que traz a preclusão, alude aos seus quatro tipos, a saber: a temporal, a lógica, a consumativa e a *pro judicato*.

Para definir a primeira, que é o que interessa aos autos presentes:

“**Preclusão temporal**: é aquela que decorre da perda do prazo previsto para contestar o ato administrativo

(...)

*E tal efeito pode se dar de forma parcial, que é o que se dá quando o sujeito passivo contesta apenas parcialmente o lançamento; aqui, com base no artigo 17 do Decreto n.º 70.235/1972, tem-se **que só se terá como impugnada a matéria expressamente contestada, restando a matéria não impugnada fora dos limites do litígio e, portanto, em relação a ela operando-se a preclusão do direito do sujeito passivo de rediscuti-la no processo**”.*

Então, indubitavelmente, repita-se, a peça recursal está preclusa, não devendo ser conhecida nesta parte.

Já o segundo incidente acaba por se fundir ao primeiro, diga-se, embora já precluso, pela inovação, a sua matéria central cinge-se em questionar aspectos envolvendo a constitucionalidade de atos legais, no caso, a Lei nº 9.317/1996 (SIMPLES FEDERAL), tema que, sabidamente, não pode ser objeto de apreciação pelos julgadores administrativos.

Para que não parem dúvidas, veja-se excertos do RV (fls. 196/197)

“Demonstrada a **inconstitucionalidade** da Lei Ordinária Federal nº 9.317/1996, cabe salientar que o ato administrativo que considerou as atividades abrangidas pela empresa recorrente, impeditivas para a opção pelo Simples, está eivado de ilegalidade desde a origem.

O Ilustre Auditor Fiscal, ao proferir o despacho decisório Simples Federal nº 045/2010 baseou-se em **legislação inconstitucional**, assim sendo, tal ato administrativo ofende a Constituição”.

² O autor, auditor-fiscal da Receita Federal, foi Delegado da Delegacia da RFB de Julgamento em Florianópolis/SC, atuou em julgamentos na esfera do contencioso administrativo-fiscal e é professor de Direito Tributário e de Processo Tributário em cursos de graduação e pós-graduação na Faculdade Cesusc, Universidade Federal de Santa Catarina)

Ao assim agir, a recorrente atraiu a aplicação da Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Em face das duas prejudiciais de mérito acima tratadas, o recurso voluntário não pode ser conhecido.

De qualquer modo, apenas a título de esclarecimento final, a recorrente, desde o início, pretendia ver deferida sua opção pelo SIMPLES FEDERAL (regido pela Lei nº 9.317/1996) a partir de 01/01/2005, **mas sempre tratou da matéria com base na legislação do SIMPLES NACIONAL** (LC nº 123/2006), como bem mostra a decisão recorrida ao refutar tais argumentos (negrito):

“15. Esclareça-se, no que se relaciona às inúmeras considerações da recorrente acerca do Simples Nacional, que o referido regime foi instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, ao passo que o litígio que se discute nos autos está vinculado ao Simples Federal, regime tributário instituído com supedâneo na Lei nº 9.317, de 05/12/1996.

(...)

17. Observe-se que o despacho denegatório que se discute foi prolatado em 01/09/2010, com base em período que se inicia em 01/01/2005 e finaliza em 30/06/2007 (data de encerramento do Simples Federal), e que corresponde ao período em que a defendente requer sua inclusão e permanência no regime em questão.

18. Repita-se que não se examina nos autos solicitação de inclusão no Simples Nacional, regime em relação ao qual a empresa já é optante desde o seu início em 01/07/2007, como se constata nos sistemas da RFB (fls. 168 e 172)”.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por NÃO CONHECER do recurso voluntário, **i)** por precluso, na forma do artigo 17, do PAF, em razão de matéria trazida na peça recursal de 2ª Instância não arguida na manifestação de inconformidade; e, **ii)** por aduzir matéria de cunho constitucional, cuja análise é vedada aos julgadores administrativos, na forma da Súmula CARF nº 2, mantendo, pois, o Despacho Decisório nº 045/2010, da DERAT/SÃO PAULO/SP e a decisão *a quo*.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone

Fl. 14 do Acórdão n.º 1402-005.076 - 1ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 19679.004505/2005-11