



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10530.721658/2013-47
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-005.057 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 05 de agosto de 2020
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CHAVES & PEIXOTO LTDA EPP

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

INDEFERIMENTO DE OPÇÃO.

EXISTÊNCIA DE DÉBITOS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. Não subsiste o indeferimento de opção se o sujeito passivo prova a suspensão da exigibilidade dos débitos questionados na data limite de 31/01/2013. Irrelevante se a liminar foi cassada por sentença proferida depois deste marco temporal e, em consequência, desnecessário avaliar se o recebimento da apelação em mandado de segurança, com efeitos devolutivo e suspensivo, seria hábil a restabelecer a suspensão da exigibilidade retroativamente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Luis Henrique Marotti Toselli e Caio César Nader Quintela. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros André Mendes Moura e Andréa Duek Simantob (relatora). Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob – Presidente e Relatora

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Redatora designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Andre Mendes de Moura, Livia de Carli Germano, Edeli Pereira Bessa, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Viviane Vidal Wagner, Luis Henrique Marotti Toselli, Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional – PFN (fls. 122 e seguintes) em face do acórdão n.º 1001-000.420 (fls. 104 e seguintes), proferido pela 1ª Turma Extraordinária da Primeira Seção de Julgamento, por meio do qual, por unanimidade de votos, foi dado provimento ao recurso voluntário.

Eis a ementa do acórdão recorrido:

“ASSUNTO INDEFERIMENTO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL
ANO-CALENDÁRIO 2013

A concessão de medida liminar, em mandado de segurança é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional CTN, não se aplicando o disposto no inciso V, do artigo 17 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.”

Trata-se de processo em que o contribuinte teve a sua Solicitação de Opção pelo Simples Nacional indeferida (conforme Termo de Indeferimento de Opção pelo Simples Nacional de fls. 16) em razão da **existência de débitos para com a Secretaria da Receita Federal, sem exigibilidade suspensa** (discriminado às fls. 17-19), tendo por base o disposto no artigo 17, incisos V, da Lei Complementar n.º 123, de 2006.

Apresentada Manifestação de Inconformidade, a mesma foi julgada improcedente, por ausência de comprovação de que a exigibilidade dos débitos estaria suspensa, inclusive porque a contribuinte não trouxe aos autos a certidão negativa ou positiva com efeitos de negativa relativa às contribuições previdenciárias e às de terceiros (acórdão da DRJ às fls. 27 e seguintes).

O acórdão recorrido assim sintetizou os principais argumentos do recurso voluntário:

“● Suspensão da exigibilidade parcelamento Lei 11.941/09 sustenta que a recorrente efetuou o parcelamento dos seus débitos, em 17/08/2009, o qual foi rescindido de forma unilateral, consoante portaria PGFN/SRF 6/2011;

● Impetrou um mandado de Segurança perante a 1ª Vara Federal de Feira de Santana sob o número 000699878.2012.401.3304, obtendo uma liminar, em 22/11/2012 para sua reinclusão no referido parcelamento;

● Ocorreu uma sentença denegando a segurança e, 22/02/2013, quando apelou, tendo recebido nos efeitos suspensivos e devolutivo, conforme despacho de 14/05/2013;”

O acórdão recorrido afastou o fundamento de falta de apresentação da certidão negativa ou positiva com efeitos de negativa, defendida pela DRJ, tendo em vista que tal exigência, como forma de comprovar a regularidade fiscal, não se faz constar nem na Lei Complementar 123/2006 e nem na Resolução CGSN 94/2011.

E, com relação ao ponto acerca do qual versa o presente recurso especial (efeitos da sentença denegatória de segurança sobre a suspensão da exigibilidade dos débitos, o acórdão recorrido defendeu que, “*de acordo com artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional, a exigibilidade do crédito tributário estaria suspensa em 31/01/2013*”, pois “*a Recorrente apresentou prova da liminar obtida em 22/11/2012, a qual foi cassada em 22/02/2013*”, e, por esta razão, deu provimento ao recurso voluntário, assim concluindo o voto condutor daquela decisão:

“Com efeito, o inciso V, ao artigo 17, da LC 123/2006, dispõe que **a existência de débitos, com a exigibilidade não suspensa**, para com as Fazendas Federal, Estadual ou Municipal e para com a Previdência Social, impede a opção pelo Simples Nacional, o que **não se provou existir, no caso da Recorrente, posto que beneficiada por medida liminar, obtida em mandado de segurança, o que suspende a exigência do crédito tributário nos termos art. 151, inciso IV do CTN.**” (destaques acrescidos)

No recurso especial fazendário, sustenta a Procuradoria da Fazenda Nacional que, com a denegação do Mandado de Segurança pela sentença, a liminar anteriormente fica sem efeito, e que a apelação interposta contra esta sentença com efeito declaratório negativo, mesmo se recebida no duplo efeito (suspensivo e devolutivo), *“não revigora a medida liminar cassada [nem] impede que o ato administrativo seja cumprido, pois não afasta a auto executoriedade intrínseca do ato administrativo”*, apresentando como paradigma de divergência o Acórdão nº 201-80.676, o qual possui a seguinte ementa, no que importa ao caso (destaques da recorrente):

“CPMF. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. LIMINAR. EFEITOS. SÚMULA Nº 405 DO STF.

Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo dela interposto, **fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária (Súmula nº 405 do STF)**. As súmulas do STF, tendo por objeto a interpretação e eficácia de normas determinadas, acerca das quais há controvérsia atual entre órgãos judiciários e a administração pública que acarreta grave insegurança e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, têm efeito vinculante em relação à administração pública federal direta e indireta a partir de sua publicação na imprensa, nos expressos termos do art. 103-A da Constituição Federal, na redação dada pela EC nº 45/2004. **O efeito suspensivo concedido no recebimento da Apelação não tem aptidão de revigorar o provimento liminar revogado por decisum de direito**”

O recurso especial foi admitido pelo despacho de fls. 132 e seguintes.

Cientificada do recurso especial fazendário, e de sua admissão (fls. 139), não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Andréa Duek Simantob, Relatora.

1. Conhecimento

O recurso é tempestivo e interposto por parte legítima.

Além disso, tendo em vista que a parte contrária não trouxe contrarrazões, bem como não questionou o conhecimento do recurso especial, dele conheço, nos termos do despacho de admissibilidade.

2. Mérito

Quanto ao mérito, a divergência a ser sanada, conforme visto, diz respeito aos efeitos advindos da sentença denegatória de Mandado de Segurança, que revoga a liminar anteriormente concedida, e, ainda, mais especificamente, aos efeitos decorrentes da interposição de recurso, recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo, contra aquela sentença.

Em discussão nos autos impende saber se os débitos da recorrente, relacionados no Termo de Indeferimento de Opção pelo Simples Nacional podem ser considerados estarem com a sua exigibilidade suspensa, ou não, de modo a tornar possível (ou não) a sua opção pelo Simples Nacional no ano calendário de 2013.

Nada obstante a contribuinte tenha obtido liminar no Mandado de Segurança que interpôs para obter a sua reinclusão em parcelamento, do qual fora excluída pela autoridade administrativa, e no qual teria incluído os débitos que impediriam a sua opção pelo Simples Nacional, fato é que, poucos dias após a sua solicitação de opção, já em 22/02/2013, foi proferida sentença denegatória da segurança pleiteada.

Entendo não haver dúvidas quanto ao fato de que a sentença denegatória da segurança torne **sem efeito** a liminar concedida.

De fato, a sentença denegatória em Mandado de Segurança não apenas **revoga a liminar anteriormente concedida** (na qual houve apenas uma cognição sumária, superficial, baseada na mera na “aparência” de um direito líquido e certo), como em verdade **substitui a esta**, como se esta (liminar) jamais tivesse sido concedida.

O próprio art. 7º, § 3º, da Lei nº 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança, não destoa deste entendimento:

“Art. 7º (...)

§ 3º **Os efeitos da medida liminar**, salvo se revogada ou cassada, **persistirão até a prolação da sentença.**”

O efeito retroativo da sentença denegatória da segurança encontra-se de fato consolidado na Súmula nº 405 do STF, com o seguinte teor, *verbis*:

“Súmula 405

DENEGADO O MANDADO DE SEGURANÇA PELA SENTENÇA, OU NO JULGAMENTO DO AGRAVO, DELA INTERPOSTO, FICA SEM EFEITO A LIMINAR CONCEDIDA, RETROAGINDO OS EFEITOS DA DECISÃO CONTRÁRIA.”

É importante observar que **o que produz efeitos, a partir da sentença denegatória da segurança, é o ato impugnado, e não a própria sentença denegatória.** Neste sentido, pede-se vênha para transcrever excerto da doutrina de Nelson Nery Jr, em sua obra “*Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*, p. 209”, citado pela PGFN no seu recurso ao transcrever nota de rodapé da obra de Eduardo Arruda Alvim em “*Mandado de Segurança no Direito Tributário, Ed. Revista dos Tribunais*, pp. 214-215”, que bem esclarece este ponto:

“Ora, no caso de sentença denegatória de segurança, o que produz efeitos é o ato impugnado, não a sentença denegatória. Não se pode pretender suspender os efeitos de sentença declaratória negativa, pois esta não faz senão declarar situação preexistente, razão pela qual retroage à data da impetração. Se, por exemplo, se impugna via mandado de segurança ato de lançamento tributário, e a segurança é denegada, não é

a sentença que passa a produzir efeitos, mas o ato impugnado (lançamento tributário) que volta a produzir os efeitos que lhe são próprios e que estavam suspensos com a medida liminar. Do contrário, aliás, criar-se-ia uma situação profundamente iníqua, pois se o magistrado revogasse a liminar no curso do procedimento em primeiro grau, a situação seria distinta daquela em que houvesse revogação da liminar no bojo de sentença denegatória de segurança, o que se afigura, no mínimo, profundamente ilógico.”

Quanto à (im)possibilidade de eventual recurso contra a sentença denegatória da segurança, mesmo se recebido com efeito suspensivo, vir a restabelecer, ou revigorar, uma liminar, concedida em caráter precário, e já cassada quando da análise exauriente procedida por meio da sentença denegatória do direito alegado, cabe ainda trazer à baila o seguinte precedente do STJ, bastante esclarecedor a respeito do tema, ainda que não tratando especificamente, no caso, de mandado de segurança:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E ARRESTO. TUTELA ANTECIPATÓRIA CONCEDIDA NA JUSTIÇA FEDERAL. MANUTENÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA. ADVENTO DA SENTENÇA PROFERIDA PELO JUIZ FEDERAL, JULGANDO IMPROCEDENTE A AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE INQUÉRITO ADMINISTRATIVO E REVOGANDO, ÀS EXPRESSAS, A TUTELA ANTECIPADA. RECURSO PREJUDICADO, AINDA QUE A APELAÇÃO INTERPOSTA CONTRA A SENTENÇA TENHA SIDO RECEBIDA NO DUPLO EFEITO.

– Não restabelece a tutela antecipatória, expressamente revogada na sentença de improcedência, o fato de a apelação a ela interposta ter sido recebida nos dois efeitos.

Recurso tido por prejudicado. (REsp 145676/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 19/09/2005, p. 327) (destaques acrescidos)

Voltando mais atrás no tempo, pode-se verificar também a decisão do STF proferida no âmbito do RMS nº 11.412, que é justamente um dos precedentes da Súmula nº 405 do STF, ao norte transcrita:

*“Mesmo na hipótese de haver a segurança sido concedida na primeira instância e conseqüentemente sido mantida a liminar, a decisão do Tribunal de Justiça, negando a segurança, impediria a subsistência daquela liminar, porque seria subversivo da hierarquia a prevalência do ato do Juiz sobre a decisão do Tribunal Superior. E **dar ao recurso contra a decisão dêste a força de produzir tal prevalência seria atribuir-lhe não apenas efeito suspensivo mas efeito restaurador e subversivo.***

Nem efeito suspensivo tem o recurso do art. 101 n. II, a, da Constituição. (...)”

(RMS nº 11.412, Min. Luiz Gallotti, 10/06/1963, disponível em “<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>”)

Ademais, conforme bem pontuou a PGFN no seu recurso, entender de forma contrária, ou seja, que o recurso interposto contra a sentença denegatória da segurança pudesse ter a capacidade de *suspender a exigibilidade do crédito tributário* constituiria clara afronta ao quanto disposto no art. 151 do Código Tributário Nacional (CTN), no qual estão relacionadas, de forma *taxativa*, as hipóteses legais de suspensão da exigibilidade, dentre as quais evidentemente *não consta a hipótese em comento*.

Em síntese e conclusão, não estando suspensa a exigibilidade dos débitos do contribuinte, não pode ele ser admitido no Simples Nacional, motivo pelo qual se mostra correto o indeferimento de sua opção por este regime.

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É o meu voto.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob

Voto Vencedor

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada

A I. Relatora restou vencida em seu entendimento de dar provimento ao recurso especial da PGFN. A maioria do Colegiado decidiu que a conclusão do acórdão recorrido, mas com ressalvas em relação aos fundamentos que foram expressos na rejeição dos embargos opostos pela PGFN.

Trata-se de indeferimento de opção pelo Simples Nacional motivada pela constatação de débitos que não estariam com a exigibilidade suspensa. A Contribuinte alegou que os débitos questionados estariam com exigibilidade suspensa em razão da liminar proferida em 22/11/2012 e que produziu efeitos até 22/02/2013, quando denegada a segurança, para ser restabelecida em 14/05/2013 com o recebimento da apelação nos efeitos suspensivo e devolutivo.

O voto condutor do acórdão recorrido anota que *a Recorrente apresentou prova da liminar obtida em 22/11/2012, a qual foi cassada em 22/02/2013* e assim concluiu que a exigibilidade dos débitos questionados estaria suspensa em 31/01/2013. Em consequência, deu provimento ao recurso voluntário porque não provado que os débitos estariam com a exigibilidade não suspensa para fins de impedir a opção pelo Simples Nacional.

A PGFN opôs embargos afirmando que o acórdão recorrido *considerou que o débito estava suspenso por decisão judicial, entendendo que o recebimento da apelação no efeito suspensivo tinha a capacidade de restaurar a liminar anteriormente cassada sem, contudo, manifestar-se sobre o alcance da apelação interposta contra sentença com efeito declaratório negativo*. E, para rejeitá-los, o Presidente do Colegiado afirmou que:

A decisão embargada adotou a seguinte redação (fls. 107):

Com efeito, o inciso V, ao artigo 17, da LC 123/2006, dispõe que a existência de débitos, com a exigibilidade não suspensa, para com as Fazendas Federal, Estadual ou Municipal e para com a Previdência Social, impede a opção pelo Simples Nacional, o que não se provou existir, no caso da Recorrente, posto que beneficiada por medida liminar, obtida em mandado de segurança, o que suspende a exigência do crédito tributário nos termos art. 151, inciso IV do CTN.

Portanto, dou provimento ao Recurso Voluntário, sem crédito tributário em litígio.

Verifico que **a turma julgadora adotou o entendimento de que a limitar em mandado de segurança que beneficiou o contribuinte estava com seus efeitos revigorados pelo recurso de apelação**, o qual suspendeu os efeitos da sentença que negou o pedido do contribuinte, superando a liminar.

O embargante discorda do efeito dado à referida apelação, afirmando que a sentença com efeito declaratório negativo não altera a situação jurídica preestabelecida, de forma que a sua suspensão também não altera essa mesma situação jurídica. Com isso, concluiu que a medida liminar não foi restabelecida com a suspensão da sentença.

Verifico que esse argumento foi trazido apenas em sede dos presentes embargos, não tendo sido aventado no processo em qualquer outro momento. Verifico, ainda, que o argumento funda-se em uma construção doutrinária e jurisprudencial não vinculante, de que a turma julgadora não estava obrigada a se pronunciar expressamente sobre essa construção. *(negrejou-se)*

Com esta integração ao acórdão recorrido, restou caracterizado o dissídio jurisprudencial em face do paradigma segundo o qual *o efeito suspensivo concedido no recebimento da Apelação não tem aptidão de revigorar o provimento liminar revogado por decism de direito*. Contudo, o exame mais detalhado do acórdão recorrido evidencia que este aspecto não foi determinante para a decisão, porque a avaliação da exigibilidade era necessária, apenas, até o marco de 31/01/2013, quando verificada a regularidade para fins de opção ao Simples Nacional naquele ano-calendário.

Veja-se o que expresseo no voto condutor do acórdão recorrido:

De acordo com artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional, a exigibilidade do crédito tributária estaria suspensa em 31/01/2013:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

A DRJ baseou a sua decisão no fato de que

A interessada argumentou que o débito que ensejou o Termo de Indeferimento havia sido parcelado, conforme extratos de fls. 1819. Com efeito, consta nesses documentos a suspensão para inclusão em parcelamento, mas tal informação é de 21/01/2013 e não restou demonstrado que efetivamente ocorreu a inclusão em parcelamento e os pagamentos respectivos, inclusive da primeira parcela que deveria ocorrer até 31/01/2013.

Parece-me que a DRJ poderia ter confirmado se em 31/01/2013 (apenas 9 dias após a data da informação recebida) teria havido alteração no referido *status quo*.

Além do fato, é claro, de a recorrente ter sido beneficiada pela liminar em mandado de segurança, conforme antes dito.

Irrelevante, assim, se a liminar foi cassada por sentença proferida depois de 31/01/2013, e desnecessário, em consequência, avaliar se o recebimento da apelação em seu efeito suspensivo seria hábil a restabelecer a suspensão da exigibilidade retroativamente.

Assim, o acórdão recorrido deve ser mantido por seus próprios fundamentos, vez que não questionada a suspensão da exigibilidade dos débitos questionados em 31/01/2013, circunstância considerada suficiente para reverter o indeferimento da opção da Contribuinte pelo Simples Nacional para aquele ano-calendário.

Estas as razões, portanto, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA