



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 10855.003107/2008-78  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** **1301-00.692 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 30 de setembro de 2011  
**Matéria** SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO  
**Recorrente** ALBERTINO CARLOS PIMENTA E CIA LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Exercício: 2010

**SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DÉBITOS. NÃO  
REGULARIZAÇÃO NO PRAZO LEGAL.**

Deve ser excluída do Simples Nacional a pessoa jurídica que possui débitos junto a Fazenda Pública Federal, cuja exigibilidade não esteja suspensa. Não sendo os débitos regularizados no prazo legal de 30 dias, contados a partir da ciência do ato de exclusão, tal ato deve ser tido por perfeito e apto a produzir os efeitos que lhe são próprios.

**EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EFEITO  
SUSPENSIVO. INOCORRÊNCIA.**

Os embargos de devedor interpostos em ação de execução fiscal, após a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, que incluiu no CPC o art. 739-A, não possuem, como regra, efeitos suspensivos. Tais efeitos somente se darão se expressamente reconhecidos pelo Poder Judiciário, em atendimento a requerimento do devedor e atendidos os requisitos legais. Não sendo o que se verificou nos presentes autos, persiste a exigibilidade dos débitos executados.

**CERCEAMENTO DO DIREITO À AMPLA DEFESA E AO  
CONTRADITÓRIO. FALTA DE ALEGAÇÃO E COMPROVAÇÃO.  
INAPLICABILIDADE DA SÚMULA CARF Nº 22.**

Se o contribuinte demonstra pleno e específico conhecimento dos débitos com exigibilidade não suspensa que motivaram sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, não alega nem comprova cerceamento ao seu direito à ampla defesa e ao contraditório e, além disso, do exame dos autos não se constata qualquer prejuízo a esse direito, não se há de declarar a nulidade do Ato Declaratório de exclusão do regime simplificado. Inaplicável, no caso, a Súmula CARF nº 22.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro Valmir Sandri.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior, Paulo Jakson da Silva Lucas, Carlos Augusto de Andrade Jenier, Valmir Sandri e Alberto Pinto Souza Junior.

## Relatório

ALBERTINO CARLOS PIMENTA E CIA LTDA., já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 14-30.208, de 15/07/2010, da 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

O relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância descreve de forma sucinta e objetiva o ocorrido, pelo que peço vênha para transcrevê-lo.

Trata-se de processo administrativo relativo à manifestação de inconformidade do Ato Declaratório Executivo – ADE DRF/SJR nº 411657, de 22 de agosto de 2008, de exclusão do Simples Nacional, em virtude de a pessoa jurídica possuir débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa, com fundamento no inciso V do art. 17 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, e na alínea “d” do inciso II do art. 3º, combinado com o inciso I do art. 5º, ambos da Resolução CGSN n.º 15, de 23 de julho de 2007.

Em Pesquisa ao Sistema de Vedações e Exclusões do Simples – SIVEX, verifica-se que, após o prazo para regularização, permanecem débitos na PGFN (fls. 153/154). Da mesma forma, constam débitos no sistema Tratani da RFB (fls. 155/156).

O contribuinte, apresentou Manifestação de Inconformidade à exclusão do Simples Nacional, em 06/10/2008, argumentando que:

-todas as inscrições em dívida ativa estão suspensas, pois encontram-se devidamente garantidas por meio de penhora, e, ainda, com oposição de embargos à execução;

-débitos do Simples referentes ao período de 01/2000 a 11/2000 foram extintos por força de compensação realizada no processo 10855.000225/98-82;

A 9ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto/SP analisou a manifestação de inconformidade apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 14-30.208, de 15/07/2010 (fls. 157/158), considerou-a improcedente com a seguinte ementa:

*Assunto: Simples Nacional*

*Ano-calendário: 2008*

*SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO.*

*A existência de débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa, constitui motivo para a exclusão do Simples Nacional.*

Ciente da decisão de primeira instância em 16/08/2010, conforme Aviso de Recebimento à fl. 160, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 10/09/2010 conforme carimbo de recepção à folha 161.

No recurso interposto (fls. 162/175), a interessada revisa a legislação aplicável ao Simples Nacional, desde o art. 179 da Constituição Federal de 1988, passando pela Lei Complementar nº 123/2006 até a Resolução CGSN nº 4/2007.

A seguir, a recorrente sustenta que “os valores que figuram como pendências junto a PGFN são as CDA's 80402022736-55 e 80402022737-36, objeto das execuções fiscais nº 2002.61.10.009264-9 e 2002.61.10.009263-7, respectivamente, as quais se encontram com penhora e embargos oposto visando a extinção do feito e conseqüentemente encontram-se com sua exigibilidade suspensa”. Passa então a discorrer sobre a suspensão da execução fiscal, citando doutrina e dispositivos legais que entende pertinentes. Conclui, então, que “restando comprovado a suspensão da exigibilidade dos valores inscritos em dívida ativa resta claro o direito do impugnante em aderir ao Simples Nacional”.

No que toca aos débitos do Simples referentes ao período de 01/2000 a 11/2000, que também constam como pendências, aduz a interessada que teriam sido extintos por compensação realizada no processo administrativo nº 10855.000225/98-82. A negativa de sua adesão ao Simples Nacional por esse motivo teria sido indevida e arbitrária.

Conclui reafirmando a inexistência de débitos em seu desfavor, e requerendo a revisão da decisão recorrida e sua imediata inclusão na sistemática do Simples Nacional.

É o Relatório.

## Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Gira a lide em torno da exclusão do contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, em face de possuir débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa.

A exclusão se fez mediante Ato Declaratório Executivo (fl. 25), datado de 22/08/2008, com ciência por via postal em 17/09/2008 (fl. 151). O prazo para regularização foi até o dia 17/10/2008.

Eis os dispositivos da referida Lei Complementar aplicáveis à matéria e que fundamentaram o Ato Declaratório Executivo de exclusão:

*Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:*

[...]

*V - que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;*

[...]

*Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:*

[...]

*IV - na hipótese do inciso V do caput do art. 17 desta Lei Complementar, a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência da comunicação da exclusão.*

[...]

*§2º Na hipótese do inciso V do caput do art. 17 desta Lei Complementar, será permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito no prazo de até 30 (trinta) dias contado a partir da ciência da comunicação da exclusão.*

À fl. 147 e 147v encontro consulta aos sistemas de processamento da RFB, na qual consta a existência de débitos, consolidados até agosto de 2008, motivadores da exclusão do Simples Nacional, a saber:

- a) Onze (11) débitos não previdenciários na RFB, código de Receita 6106, processo 16027.000324/2008-45, períodos de apuração de 01/2000 até 11/2000.
- b) Dois (2) débitos na PGFN, números de inscrição 80 4 02 022736-55 e 80 4 02 022737-36.

À fl. 154, encontro consulta semelhante, porém referida aos débitos ainda encontrados após o prazo de 30 dias para regularização. Ali constam apenas os dois débitos

correspondentes ao item (b), acima, do que se depreende que os débitos do item (a) teriam sido tempestivamente regularizados, não mais integrando o litígio nem constituindo óbice à adesão do contribuinte ao sistema. A existência de débitos ainda em aberto foi decisiva para o desprovemento da manifestação de inconformidade, em primeira instância administrativa.

Em sede recursal, a contribuinte busca demonstrar que os dois débitos em questão, na PGFN, estariam com sua exigibilidade suspensa, em face da suspensão da execução junto ao Poder Judiciário.

Os dois débitos em questão correspondem às inscrições em Dívida Ativa da União nº 80 4 02 022737-36 e nº 80 4 02 022738-55, respectivamente processos administrativos nº 10855.201086/2002-89 e nº 10855.201085/2002-14 e processos de execução fiscal nº 2002.61.10.9263-7 e nº 2002.61.10.9264-9, ajuizados em 26/08/2002 na Seção Judiciária de São Paulo em Sorocaba. Neste processo, cópias às fls. 27/71 e 72/125.

A interessada se reporta ao Código de Processo Civil (CPC) para sustentar que os embargos do executado suspendem obrigatoriamente a execução. Deixou de atentar, porém, para as alterações naquele diploma legal introduzidas pela Lei nº 11.382/2006, a qual, entre diversas outras modificações, revogou o parágrafo primeiro do art. 739 e introduziu o art 739-A. Confira-se como ficou a redação dos dispositivos legais em comento (grifos não constam do original):

*Art. 739. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:*

[...]

*§ 1º Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 8.953, de 13.12.1994)–(Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)*

[...]

*Art. 739-A. **Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.** (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).*

*§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).*

*§ 2º A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).*

*§ 3º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à parte restante. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).*

*§ 4º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que **não embargaram, quando o respectivo fundamento disser***

*respeito exclusivamente ao embargante. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).*

*§ 5º Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).*

*§ 6º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).*

Como se vê, a partir das alterações acima, a regra geral passou a ser a ausência de efeitos suspensivos dos embargos. Nesse sentido também se posiciona abalizada doutrina:

a) a oposição de embargos na execução fiscal não poderá estar desvinculada da garantia do juízo, por aplicação do princípio da especialidade; b) os embargos na execução fiscal não terão efeito suspensivo, aplicando-se a regra geral do CPC em decorrência do princípio da subsidiariedade, já que não há regra especial na LEF. O executado em execução fiscal deve aguardar a garantia do juízo para interpor os embargos, que não terão efeito suspensivo, em regra. [...] A não-atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal será a regra, concedendo-se apenas excepcionalmente e mediante o preenchimento dos requisitos legais estabelecidos pelo CPC. As demais regras que disciplinam o efeito suspensivo, previstas nos §§ 2º a 4º do mencionado art. 739-A, também se aplicam aos embargos à execução fiscal já que não há disposição específica na LEF.<sup>1</sup>

Igualmente o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela aplicabilidade do novo dispositivo legal<sup>2</sup> (grifos não constam do original):

*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. LEI 11.382/2006. REFORMAS PROCESSUAIS. INCLUSÃO DO ART. 739-A NO CPC. REFLEXOS NA LEI 6.830/1980. "DIÁLOGO DAS FONTES".*

*1. Após a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, que incluiu no CPC o art. 739-A, os embargos do devedor poderão ser recebidos com efeito suspensivo somente se houver requerimento do embargante e, cumulativamente, estiverem preenchidos os seguintes requisitos: a) relevância da argumentação; b) grave dano de difícil ou incerta reparação; e c) garantia integral do juízo.*

*2. A novel legislação é mais uma etapa da denominada "reforma do CPC", conjunto de medidas que vêm modernizando o*

<sup>1</sup> MENDES DA SILVA, Márcio Henrique; BEGO, Thiago Pucci; SILVA DE OLIVEIRA, Danilo Mendes. Considerações acerca das principais alterações no processo de execução de título extrajudicial trazidas pela Lei 11.382/2006 e seus reflexos perante a Lei de Execuções Fiscais. RePro 156/154, fev/08. Citado por PAULSEN, Leandro e outros, in *Direito Processual Tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6ª Ed, rev. atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 328.

<sup>2</sup> REsp nº 1.024.128 - PR (2008/0015146-7), Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 13/05/2008 - DJe

*ordenamento jurídico para tornar mais célere e eficaz o processo como técnica de composição de lides.*

*3. Sob esse enfoque, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor deixou de ser decorrência automática de seu simples ajuizamento. Em homenagem aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, exige-se que o executado demonstre efetiva vontade de colaborar para a rápida e justa solução do litígio e comprove que o seu direito é bom.*

*4. Trata-se de nova concepção aplicada à teoria geral do processo de execução, que, por essa ratio, reflete-se na legislação processual esparsa que disciplina microssistemas de execução, desde que as normas do CPC possam ser subsidiariamente utilizadas para o preenchimento de lacunas. Aplicação, no âmbito processual, da teoria do "diálogo das fontes".*

*5. A Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980) determina, em seu art. 1º, a aplicação subsidiária das normas do CPC. Não havendo disciplina específica a respeito do efeito suspensivo nos embargos à execução fiscal, a doutrina e a jurisprudência sempre aplicaram as regras do Código de Processo Civil.*

*6. A interpretação sistemática pressupõe, além da análise da relação que os dispositivos da Lei 6.830/1980 guardam entre si, a respectiva interação com os princípios e regras da teoria geral do processo de execução. Nessas condições, as alterações promovidas pela Lei 11.382/2006, notadamente o art. 739-A, § 1º, do CPC, são plenamente aplicáveis aos processos regidos pela Lei 6.830/1980.*

*7. Não se trata de privilégio odioso a ser concedido à Fazenda Pública, mas sim de justificável prerrogativa alicerçada nos princípios que norteiam o Estado Social, dotando a Administração de meios eficazes para a célere recuperação dos créditos públicos.*

*8. Recurso Especial não provido.*

Nos embargos à execução interpostos em ambos os processos, em 08/06/2007, posteriormente às alterações legislativas acima referidas, verifico que a recorrente não peticiona para que sejam atribuídos efeitos suspensivos aos embargos. Também não encontro nos autos qualquer sentença ou decisão proferida nos processos judiciais, mediante a qual se possa ter por suspensa a execução fiscal em andamento. Esse entendimento é corroborado pelo fato de que, nos sistemas de controle da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, ambos os débitos se encontram com a situação "ATIVA AJUIZADA" (fl. 155)

Por todo o exposto, concluo que não assiste razão à recorrente. Os débitos em virtude dos quais se promoveu sua exclusão do Simples Nacional eram exigíveis à época do Ato Declaratório Executivo, e nessa situação persistiam, após o decurso do prazo legal de trinta dias, contados da ciência do ato. Em tais condições, o ato administrativo de exclusão deve ser considerado hígido e apto a surtir os efeitos que lhe são próprios.

Finalmente, é de se verificar se seria o caso de declaração de nulidade do Ato Declaratório de exclusão do SIMPLES NACIONAL, em face da súmula CARF nº 22, a seguir transcrita.

*Súmula CARF nº 22: É nulo o ato declaratório de exclusão do Simples que se limite a consignar a existência de pendências perante a Dívida Ativa da União ou do INSS, sem a indicação dos débitos inscritos cuja exigibilidade não esteja suspensa.*

O contexto em que surgiram as decisões administrativas que deram origem à súmula acima era o da vigência da Lei nº 9.317/1996, sendo de especial interesse seu artigo 9º, *verbis*:

*Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:*

*[...]*

*XV - que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa;*

*XVI - cujo titular, ou sócio que participe de seu capital com mais de 10% (dez por cento), esteja inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa;*

Muitos litígios surgiram e foram levados à apreciação do extinto Terceiro Conselho de Contribuintes. A jurisprudência administrativa se firmou no sentido da nulidade do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do SIMPLES e foram colhidos, como paradigmas representativos do consenso, os acórdãos de nº 303-31.479, 303-31.882, 301-31.763, 301-31.917 e 301-32.120. Aquele Conselho, então, houve por bem editar a Súmula nº 2 do Terceiro Conselho de Contribuintes, posteriormente recepcionada como Súmula nº 22 do CARF.

Releva investigar os fundamentos dos acórdãos tidos por paradigmas para a aprovação da súmula, pois é a partir deles que se poderá concluir por sua aplicação, ou não, ao caso sob exame. Passo a fazê-lo.

#### **1) Acórdão 303-31.479, de 17/06/2004**

- O ADE é nulo de pleno direito por cerceamento do direito de defesa.
- O ADE indicou a existência de pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN.
- A empresa não sabia a qual sócio se referiam as pendências, e apresentou manifestação de inconformidade com CND de outra pessoa.
- Fundamento da decisão: cerceamento do direito de defesa, comprovado nos autos. Não se cogitou de vício de forma.

#### **2) Acórdão 303-31.882, de 24/02/2005**

- ADE é nulo por vício de forma. Falta de demonstração dos fundamentos e dos fatos jurídicos que o embasaram.
- O ADE indicou a existência de pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN, sem discriminação acerca de quais seriam tais pendências.
- O ADE não mencionou o dispositivo legal infringido.
- O fato descrito de modo impreciso no ADE não acarretou sua subsunção à norma.

- Fundamento da decisão: vício de forma, o ato deve ser motivado com a demonstração dos fundamentos e dos fatos jurídicos que o embasaram. O vício de forma impossibilitou a defesa adequada do contribuinte.

### 3) Acórdão 301-31.763, de 14/04/2005

- O processo de exclusão do Simples é nulo.
- O ADE indicou a existência de pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN, sem discriminação acerca de quais seriam tais pendências, nem se teriam sido objeto de inscrição em Dívida Ativa.
- Fundamento da decisão: cerceamento do direito de defesa.

### 4) Acórdão 301-31.917, de 17/06/2005

- O ADE foi anulado por vício formal. Falta de estabelecimento de nexos entre o motivo do ato (situação material que lhe serviu de suporte) e a norma jurídica. Preterição do direito de defesa.
- O ADE indicou a existência de pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN.
- Fundamento da decisão: Inadequação entre o motivo do ato (pendências junto à PGFN) e a norma jurídica (débito inscrito em Dívida Ativa). A não explicitação da motivação cerceou o direito de defesa.

### 5) Acórdão 301-32.120, de 13/09/2005

- O processo foi anulado por vício formal. Falta de estabelecimento de nexos entre o motivo do ato (situação material que lhe serviu de suporte) e a norma jurídica. Preterição do direito de defesa.
- O ADE indicou a existência de pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN e ao INSS.
- Fundamento da decisão: Inadequação entre o motivo do ato (pendências junto à PGFN e INSS) e a norma jurídica (débito inscrito em Dívida Ativa, com exigibilidade não suspensa).

A análise acima, no que toca aos fundamentos de cada decisão, bem pode ser sintetizada no quadro que segue:

| ACÓRDÃO  | (1) | (2)                      | (3) | (4)                      | (5) |
|--|-----|--------------------------|-----|--------------------------|-----|
| Fundamento: Inadequação entre situação material e norma jurídica | Não | Sim                      | Não | Sim                      | Sim |
| Fundamento: Cerceamento ao direito de defesa                     | Sim | Subsidiário / decorrente | Sim | Subsidiário / decorrente | Não |

Como se pode observar, dois foram os fundamentos para a declaração de nulidade do ADE. O primeiro deles, adotado em três dos paradigmas, foi a inadequação entre a situação material e a norma jurídica. Naquelas oportunidades, o ADE se limitava a consignar a existência de pendências junto à PGFN (situação material), enquanto o impedimento para a permanência no sistema simplificado seria a existência de débitos inscritos em Dívida Ativa com exigibilidade não suspensa (norma jurídica, art. 9º da Lei nº 9.317/1996).

Entendo que tal fundamento não se aplica à situação ora analisada. A norma jurídica agora vigente é o art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006, já anteriormente transcrito neste voto. Desta feita, a subsunção do fato à norma é correta, e não deixa margem a questionamentos. A situação material apontada pela Administração Tributária coincide com a prevista pela norma jurídica.

Quanto ao segundo fundamento, na situação anterior, que motivou o surgimento da súmula nº 22, o ônus de descobrir quais pendências representariam, efetivamente, débitos inscritos em dívida ativa, e quais seriam esses débitos passíveis de regularização era transferido ao contribuinte. Ainda, a regularização exigida não se fazia especificamente com relação aos débitos que motivaram a emissão do ADE, sendo requerida do contribuinte, genericamente, a apresentação de Certidão Negativa de Débitos da pessoa jurídica e de seus sócios. Em tais condições, quatro dos acórdãos paradigmas consideraram consubstanciado o cerceamento ao direito à ampla defesa e ao contraditório e, diante disso, decretaram a nulidade do ADE.

Na situação presente, a indicação dos débitos não foi meramente alusiva à sua existência, mas sim apontando especificamente o local (a página na internet) onde o contribuinte poderia obter o detalhamento dos débitos existentes. Também a regularização exigida é específica quanto a esses débitos. Diante disso, considero que o prejuízo não pode ser teórico nem presumido, devendo ser comprovado nos autos. Se o contribuinte, em sua manifestação de inconformidade, demonstra conhecer perfeitamente quais débitos motivaram sua exclusão do sistema simplificado, descabe declarar a nulidade do ato por cerceamento ao direito de defesa meramente presumido e nem ao menos alegado.

Nesse sentido, pertinente a lição de Neder e López<sup>3</sup>:

Evidentemente, há de se contestar aqueles que defendem a idéia de que as hipóteses de nulidade em processo fiscal são, apenas, as discriminadas nos incisos I e II do artigo 59 do PAF. O legislador explicitamente se referiu a duas regras sancionadoras de nulidade, a primeira refere-se a pressuposto subjetivo (agente competente) de atos processuais (atos, termos, despachos e decisões), enquanto a segunda atente a pressuposto processual de ato decisório, eis que a obediência ao princípio constitucional da ampla defesa é mandatário em todo o processo administrativo fiscal. A existência de qualquer ato precedente produzido em ofensa ao contraditório e à ampla defesa macula o ato decisório posterior, que deverá ser tornado ineficaz por declaração de nulidade pelo julgador.

[...]

O inciso II cuida, ainda, da nulidade decorrente de cerceamento do direito de defesa que, no processo administrativo fiscal, é garantido pela Constituição Federal. Daí as decisões administrativas devem ser emitidas sempre em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa sob pena de serem consideradas nulas pela falta de elemento essencial à sua formação. Da mesma forma, a omissão de requisitos essenciais enseja a nulidade do lançamento quando cercearem o direito de defesa do contribuinte.

É preciso, no entanto, examinar, no caso concreto, se o vício defensivo prejudica a ampla defesa como um todo, ou não. Para Ada Pellegrini Grinover, “há nulidade absoluta quando for afetada a defesa como um todo; nulidade relativa com prova de prejuízo (para a defesa) quando o vício do ato defensivo não tiver essa consequência”. Neste caso, o vício pode ser sanado. Segundo a autora, “o vício ou a inexistência do ato defensivo pode não levar, como consequência necessária, à vulneração do direito de defesa, em sua inteireza, dependendo a declaração de nulidade da demonstração do prejuízo à atividade defensiva como um todo”. A nulidade por vícios processuais carece de um fim em si mesma, isto é, não tem

<sup>3</sup> NEDER, Marcos Vinicius e LÓPEZ, Maria Tereza Martínez. *Processo Administrativo Fiscal Federal comentado*, 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, pp. 477, 478, 480 e 481.

existência autônoma. Confirmando esta posição, o artigo 60 do Decreto nº 70.235/72 prevê a necessidade da prova de prejuízo no caso de vícios que não alcancem formalidades essenciais. Assim, por exemplo, a falta de indicação da capitulação legal do lançamento pode prejudicar a defesa do contribuinte, mas, se ele, em sua impugnação, demonstra saber, perfeitamente, os fundamentos jurídicos de sua acusação, não é caso de nulidade. Tal imperfeição no ato do lançamento não necessariamente leva ao pronunciamento da nulidade pelo julgador. Entre os fundamentos mais comuns para pedido de nulidade por cerceamento do direito de defesa, encontram-se, por exemplo: o não-atendimento ao princípio do contraditório ou a omissão de formalidade essencial no ato de lançamento. Por sua vez, as autoridades julgadoras para não acolher, ou acolher parcialmente, as arguições de nulidade baseiam suas decisões no fato de o interessado não haver demonstrado o efetivo prejuízo [...].

Na Teoria do Processo, as nulidades não são um fim em si mesmas, antes se destinam a preservar as garantias e direitos das partes. Sob esta ótica, não se há de decretar uma nulidade sem que reste demonstrado o prejuízo ao direito que ela visa a preservar. É exatamente este o sentido do vetusto, mas ainda aplicável, brocardo jurídico *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), recentemente trazido à baila por um ilustre Conselheiro deste Colegiado.

Também nessa linha de raciocínio, peço vênia para transcrever brilhante excerto do voto do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, por ocasião do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Habeas Corpus nº 99.996-SP (2008/0027182-4, data do julgamento 06/05/2008, publicado no DJe em 23/06/2008):

12. O processo não é um fim em si mesmo. Objetiva, sobretudo, garantir o respeito aos princípios considerados fundamentais, fornecendo a todo cidadão a segurança de que só será condenado após o justo processo. Exatamente por sua importância, o Estado-Juiz deve coibir a sua utilização como forma de impedir ou frustrar a atuação jurisdicional, acolhendo interpretações desprovidas de razoabilidade, sempre que constatar a inexistência de prejuízo para a defesa. Admitir a nulidade sem nenhum critério de avaliação, mas apenas por simples presunção de ofensa aos princípios constitucionais, é permitir o uso do devido processo legal como mero artifício ou manobra de defesa e não como aplicação do justo a cada caso, distanciando-se o direito do seu ideal, qual seja, a aplicação da justiça.

O Supremo Tribunal Federal igualmente se manifestou sobre a matéria, concluindo pela necessidade de demonstração do prejuízo, ainda que se trate de nulidade absoluta. Ilustrativo o julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 559.632-9 MG, em 06/12/2005, sendo Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. Ao final, o acórdão foi publicado no DJU em 03/02/2006, e restou assim ementado (grifos no original):

*1. Recurso extraordinário: Descabimento: Acórdão recorrido que, para afastar as nulidades argüidas, limitou-se a interpretar e aplicar a legislação ordinária pertinente (C.Pr.Penal, arts. 475; 563; e 578, VIII), a cujo reexame não se presta o RE: incidência, mutatis mutandis, do princípio da Súmula 636.*

*2. Nulidades processuais: ausência de prejuízo: “pas de nullité sans grief”. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não se adstringe ao das nulidades relativas o domínio do princípio fundamental da disciplina das nulidades processuais - o velho pas de nullité sans grief, corolário da natureza instrumental do*

*processo, donde - sempre que possível - ser exigida a prova do prejuízo, ainda que se trate de nulidade absoluta (HHCC 81.510, Pertence, 1T., DJ 12.4.02; HC 74.671, Velloso, 2ª T., DJ 11.4.97).*

*3. Juri: proibição de produção ou leitura de documento no plenário do Juri: nulidade que, além de relativa, não se configura quando o documento impugnado não chegou a ser lido em plenário: precedentes.*

Retornando ao exame do caso concreto, considero que o prejuízo ao direito à ampla defesa e ao contraditório precisaria ter sido alegado e comprovado pela parte supostamente prejudicada. Mesmo na falta de alegação, o julgador administrativo poderia, do exame dos autos e das circunstâncias do litígio, constatar a ocorrência do prejuízo. Nada disso encontro nos presentes autos. O cerceamento não foi alegado, e na manifestação de inconformidade a interessada demonstra conhecer de modo específico os débitos que lhe são imputados.

Em tais condições, não alegado nem comprovado qualquer prejuízo ao direito da interessada à ampla defesa e ao contraditório, não encontro aplicabilidade para a Súmula CARF nº 22. É certo que, em oportunidade anterior, já votei pela aplicação da mencionada súmula, não vinculando a nulidade ao exame acerca da efetividade do prejuízo. No entanto, ao reexaminar a matéria em maior profundidade, concluo que descabe sua aplicação automática, pelas razões aqui desenvolvidas.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha