



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10945.002390/2008-10
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9101-002.297 – 1ª Turma
Sessão de 6 de abril de 2016
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL
Recorrente IGUASSU BOULEVARD DIVERSOES LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Exercício: 2009

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO POR DÉBITOS. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO NÃO NULO. SÚMULA CARF Nº 22. INAPLICABILIDADE.

Não se verificando efetivo prejuízo à defesa, não há falar em nulidade do Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples Nacional que indicou os débitos que motivaram a exclusão de forma indireta. A deficiência de indicação dos débitos restou sanada por comunicação posterior, tendo sido oportunizado à defesa oferecer suas razões à vista do detalhamento dos débitos. A Súmula CARF nº 22 aplica-se apenas ao Simples Federal.

Recurso Especial do Contribuinte Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Julgamento iniciado na sessão anterior, resultado final: Recurso Especial do Contribuinte conhecido por unanimidade de votos e, no mérito, negado provimento por maioria de votos, vencidos os Conselheiros Luís Flávio Neto, Maria Teresa Martinez Lopez e Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado). Participou da sessão que decidiu este processo a Conselheira Livia De Carli Germano (Suplente Convocada) e estava ausente, justificadamente, a Conselheira Cristiane Silva Costa. Não participaram do julgamento os Conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio e Helio Eduardo de Paiva Araújo (Suplente Convocado).

(Assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto – Presidente

(Assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo – Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO, LUÍS FLÁVIO NETO, ADRIANA GOMES REGO, DANIELE SOUTO RODRIGUES AMADIO, ANDRE MENDES DE MOURA, RONALDO APELBAUM (Suplente Convocado), RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO, HELIO EDUARDO DE PAIVA ARAUJO (Suplente Convocado), MARIA TERESA MARTINEZ LOPEZ e CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO.

Relatório

IGUASSU BOULEVARD DIVERSÕES LTDA. recorre a este Colegiado, por meio do Recurso Especial de e-fls 377 e ss., contra o acórdão de nº **1302-001.193** (e-fls 324 e ss.), que, no mérito e por unanimidade de votos, deu provimento parcial ao recurso voluntário. Transcreve-se a ementa do acórdão recorrido:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2009

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. PEDIDO DE REVISÃO DE INTIMAÇÃO PARA PAGAMENTO. INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

É devida a exclusão do Simples Nacional nos casos em que o contribuinte apresenta apenas pedido de revisão de intimação para pagamento, pois a legislação não elenca tal ato como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Não altera esse entendimento o fato de o contribuinte ter denominado a peça como “impugnação”.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. PARCELAMENTO DOS DÉBITOS (LEI Nº 11.941/2009). INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

É devida a exclusão do Simples Nacional, pois inexistente nos autos comprovação de que de fato os débitos tributários foram incluídos no parcelamento da Lei nº 11.941/2009.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. SÚMULA CARF Nº 22. NULIDADE.

A reintimação da recorrente, concedendo novo prazo recursal, sana o vício de nulidade da Súmula CARF nº 22.

EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL A PARTIR DO ANO-CALENDÁRIO SUBSEQUENTE AO DA CIÊNCIA VÁLIDA DA EXCLUSÃO.

A ciência de ato declaratório executivo sem a demonstração da relação de débitos que ensejou a exclusão da empresa do Simples Nacional é nula.

Posterior ciência que oportuniza novo prazo de impugnação sana vício de nulidade, sendo válida. Com base no art. 31, inciso IV, da Lei Complementar 123/2006, a exclusão do Simples Nacional produzirá efeitos a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência válida da comunicação da exclusão.

A ora Recorrente ingressou com embargos de declaração por entender que a decisão continha omissão e contradição, tendo o colegiado *a quo* acolhido em parte os embargos, mas sem efeitos infringentes (e-fls. 363 e ss.).

A Recorrente aponta divergência jurisprudencial em relação aos acórdãos nºs 1803-00.639 e nº 1801-00.720, cujas ementas estão assim redigidas:

Acórdão nº 1803-00.639:

Assunto: SIMPLES NACIONAL Ano-calendário:2009 Ementa: SIMPLES NACIONAL. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. DÉBITOS FISCAIS INSOLVIDOS, SEM EXIGIBILIDADE SUSPENSÃO. NULIDADE, É nulo o Ato Declaratório de exclusão do Simples que se limita a consignar a existência de pendências, sem suspensão de exigibilidade, perante o INSS, de um lado, ou as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, de outro.

Acórdão nº 1801-00.720:

Assunto: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. DEVER FUNCIONAL.

No caso de a pessoa jurídica optante incorrer em hipótese legal de vedação e não comunicar espontaneamente o fato, há exclusão de ofício mediante emissão do termo pela autoridade competente, sob pena de responsabilidade funcional.

ATO DE EXCLUSÃO. PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE.

É nulo o ato proferido com preterição do direito de defesa, uma vez que deve ser adotado o critério da necessária indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinam a sua emissão, ou seja, a motivação deve estar explícita, clara e congruente.

No mérito, argumenta, em síntese, que o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/FOZ Nº 085085, de 22 de agosto de 2008 (ADE, e-fls. 13) que a excluiu do Simples Nacional a partir de 1/1/2009, ao se limitar a mencionar a existência dos débitos relacionados no sítio da Receita Federal do Brasil na internet, sem os indicar diretamente,

deixou de observar pressupostos constitucionais inerentes à sua validade, quais sejam os princípios da legalidade, do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, caracterizando a preterição do direito de defesa de que trata a regra de nulidade contida no art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF).

Aduz que só veio a tomar conhecimento de quais os débitos ensejaram a exclusão três anos depois de emitido o ADE, através do Despacho de e-fls. 197, exarado pela DRJ que apreciava a sua manifestação de inconformidade (que consta às e-fls. 2 e ss.), quando já havia se instaurado o contencioso administrativo, despacho esse que abriu prazo de 30 dias para apresentação de nova manifestação de inconformidade.

Acrescenta que tal providência administrativa não tem força legal para dar validade ao ADE, que já nasceu eivado de nulidade. E consigna que “na data em que foi encaminhada a relação dos débitos tributários para a Recorrente (...), as pendências fiscais não eram as mesmas na época em que foi emitido o ADE”, assinalando que parte dos débitos havia sido considerada decaída por decisão judicial, parte havia sido parcelada e outra parte ainda se encontrava em discussão judicial.

Alega, ainda que, ao não informar a origem, natureza, valor e período de apuração, o ADE careceu das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados e de motivação, como exigem os art. 2º, inciso VIII, e 50 da Lei nº 9.784, de 1999, cabendo sua anulação.

Requer, ao final, seja declarado nulo o ADE em questão "*ab initio, por vício de legalidade e preterição do direito de defesa, aplicando ao caso a Súmula CARF nº 22*", determinando-se o seu reingresso no Simples Nacional.

O recurso foi admitido por meio do Despacho de e-fls. 409 e ss., havendo a Fazenda apresentado contrarrazões (e-fls. 415 e ss.), tempestivamente. Ao pedir que seja negado provimento ao recurso interposto pela Contribuinte, a Fazenda Nacional repisa os argumentos vertidos na decisão *a quo*.

É o relatório.

Voto

Conselheira Adriana Gomes Rêgo, Relatora

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual dele tomo conhecimento.

Cinge-se a controvérsia à verificação ou não de nulidade no ADE que excluiu a Recorrente do Simples **Nacional** por não ter apontado no próprio ato a relação dos débitos que ensejaram a exclusão, indicando tão somente sítio da internet onde a Contribuinte poderia ter acesso à tal relação, bem como da possibilidade de posterior intimação sanar a deficiência em tela.

Para bem apreciar a questão, importante recuperar a seqüência dos fatos e atos processuais desde a exclusão da Recorrente do Simples Nacional até o presente recurso.

Como se viu, a Recorrente era optante pelo Simples Nacional, tendo sido excluída desse regime em razão da existência de débitos com a Fazenda Pública Federal com exigibilidade não suspensa (débitos de contribuições previdenciárias, relativos ao período de janeiro de 2003 a dezembro de 2004, conforme relação às e-fls. 36 e 37), por meio de ADE, com efeitos a partir de 01/01/2009 (ciência em 10/09/2008).

Irresignada, apresentou Manifestação de Inconformidade em face do ADE (e-fls. 3 e ss.) e "Impugnação relativamente à Intimação para Pagamento IP nº 229.697/2008, cuja ciência se deu em 10/09/2008, através do Ato Declaratório Executivo DRF/FOZ nº 085085" (e-fls. 71 e ss.). Na impugnação alegou decadência de parte dos débitos e erros de cálculo, pedindo a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários correspondentes, a extinção por decadência dos créditos relativos a fatos geradores anteriores à setembro de 2003 e a revisão dos outros créditos. Já na manifestação de inconformidade, peticionou a revogação do ADE (em razão do questionamento dos débitos na impugnação) ou, caso negado, a suspensão dos efeitos do ADE até o encerramento da discussão administrativa dos débitos que ensejaram a sua expedição.

Em 13/10/2008, através do Comunicado Secat nº 158/2008 (de 13/10/2008, e-fls. 80 e ss.), a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Foz do Iguaçu apreciou a impugnação, assinalando a falta de previsão legal para esse recurso, e esclarecendo que o ADE de exclusão "*não constituiu iniciativa de ofício para lançamento das contribuições previdenciárias apuradas pelo contribuinte nos anos de 2003 e 2004*", acrescentando que "*naqueles anos a empresa foi omissa em declarar e recolher as contribuições previdenciárias a cargo da pessoa jurídica*" e que, "*somente depois de provocação da Autoridade Administrativa, por meio da Intimação Seort nº 073/2008 a empresa entregou as GFIP, em maio de 2008, confessando as contribuições devidas, porém deixando de efetuar os pagamentos referentes a essas contribuições*". Referiu, também, que "*tratando-se de contribuições declaradas em GFIP não há que se falar em decadência tributária, somente em início do prazo prescricional iniciado com a entrega dessas declarações nas quais os débitos foram reconhecidos pela empresa*".

Conforme Informação nº 032/2008 (de 04/12/2008, e-fls. 82 e ss.), a Contribuinte impetrou mandado de segurança em face do Delegado da RFB de Foz do Iguaçu em que pede, liminarmente, seja impedida sua exclusão do Simples Nacional e se suspenda a exigibilidade dos créditos tributários cobrados. Alegou agressão ao princípio do contraditório e da ampla defesa, que as contribuições previdenciárias cobradas reúne contribuições atingidas pela decadência e que a Autoridade Administrativa não recebeu sua impugnação nem mesmo instaurou o competente processo administrativo.

Em 14/01/2010, o Memorando SECAT 032/2010 (e-fls. 193) informa que a Contribuinte "*protocolou, no dia 12/01/2010, desistência parcial da impugnação à exclusão de ofício do Simples Nacional*", relativamente às competências de 11/2003 a 13/2004, restando as competências de 01/2003 a 10/2003 em discussão judicial (estariam alcançadas pela decadência).

Em 29/06/2011, a Delegacia de Julgamento em Curitiba, tendo recebido a manifestação de inconformidade da exclusão, para julgamento, e atendendo à uma orientação interna da RFB (Norma de Execução Cosit/Codac/Cocaj nº 1, de 15 de março de 2010), determinou, por meio do Despacho nº 620 (e-fls. 197) que a contribuinte tomasse conhecimento da relação de débitos que ensejou a sua exclusão e que lhe fosse conferido novo

prazo de trinta dias para impugnação; tal despacho determinou ainda à DRF de origem "*manifestação circunstanciada sobre a situação dos débitos na data em que vencido o novo prazo para impugnação*".

A Contribuinte apresentou, então, nova impugnação (e-fls. 202), em que, além de reiterar alegação de decadência e de erros de cálculo, informou que parcelou os débitos remanescentes no âmbito do parcelamento especial da Lei nº 11.941, de 2009.

Em 27/02/2012, a Delegacia de Julgamento em Curitiba exarou o acórdão nº 0635.605, através do qual se decidiu "pela improcedência da manifestação de inconformidade, mantendo a exclusão do Simples Nacional de ofício da empresa a partir de 01/01/2009". Vale destacar trecho final do acórdão:

Salienta-se que os débitos remanescentes, após os devidos ajustes, são suficientes para ensejar a exclusão da Contribuinte do Simples Nacional:

1 – Débitos relativos às contribuições para terceiros (FNDE, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE) nas competências de janeiro a maio de 2003;

2 – Todos os débitos relativos às competências do período de junho a outubro/2003, inclusive as contribuições para terceiros.

Ou seja, a DRJ destacou que mesmo após o MS e a revisão na impugnação, os débitos remanescentes eram suficientes para ensejar a exclusão.

Em 14/06/2012, a Contribuinte apresentou seu Recurso Voluntário (e-fls. 253 e ss.), reiterando alegações no sentido de que os créditos tributários se encontram com a exigibilidade suspensa, e, assim, não podem ensejar sua exclusão do Simples Nacional, e de que parte dos débitos foi parcelada e parte está alcançada pela decadência.

Finalmente em petição datada de 31/08/2012, a Contribuinte apresentou "Razões Aditivas" ao seu Recurso Voluntário (e-fls. 305 e ss.), em que, entre outras alegações de deficiência no ADE de exclusão, refere estar tal ato eivado de nulidade eis que se limitou a mencionar a existência dos débitos relacionados no sítio da Receita Federal do Brasil na internet, sem os indicar diretamente (cita aqui a Súmula CARF nº 22).

Em face ao provimento parcial ao recurso voluntário, a Contribuinte apresentou o recurso especial ora apreciado, cujos argumentos já foram relatados.

Ora, dos fatos e atos processuais antes relatados transborda a inequívoca constatação de que a Recorrente conhecia à minúncia os débitos para com a Fazenda Pública que ensejaram sua exclusão do Simples Nacional: tanto que questionou sua existência e sua exigibilidade, na esfera administrativa e na judicial; tanto que foi capaz de apontar erros de cálculo e extinção de parte dos débitos por decadência; e, tanto que incluiu parte dos débitos em parcelamento especial da Lei nº 11.941, de 2009.

Veja-se, também, que a Contribuinte reclamou da não explicitação dos débitos no ADE de exclusão do Simples Nacional apenas em petição de "razões aditivas" a recurso voluntário já interposto, razões essas que foram oferecidas quase quatro anos após a ciência do ADE, quando já apresentara manifestação de inconformidade, impugnara os débitos,

impetrou mandado de segurança questionando os débitos e incluiu parte dos débitos em parcelamento especial.

Observe-se, de outra banda, que no caso presente, não só a Contribuinte teve acesso à relação de débitos que ensejaram sua exclusão do Simples Nacional constante no sítio da Receita Federal do Brasil na internet, como recebeu tal relação antes do julgamento em primeira instância de sua manifestação de inconformidade, sendo-lhe oportunizada a apresentação de razões contra a exclusão do Simples Nacional à vista dos débitos que motivaram a exclusão devidamente especificados. Veja-se que, mesmo antes de receber tal relação, a Contribuinte demonstrou ter plena ciência de quais são os débitos, uma vez que em sua manifestação de inconformidade original, ou seja antes da ciência do Despacho nº 620 da DRJ Curitiba, a recorrente assim refere (e-fls. 4 e 5, sublinhou-se):

Entretanto, em 10 de setembro de 2008, foi surpreendida com a ciência do Ato Declaratório Executivo DRF/FOZ n.º. 085085, através do qual a Receita Federal do Brasil promoveu sua exclusão do Regime, sob o fundamento de possuir débitos cuja exigibilidade não estaria suspensa.

O Ato em questão assim declara:

(...)

Os supostos débitos acometidos contra a manifestante no Ato Declaratório, relacionados no endereço eletrônico nele mencionado, tratavam-se de valores relativos à contribuições previdenciárias, relativa ao período de janeiro de 2003 a dezembro de 2004.

Ocorre que, os créditos tributários que ensejaram a exclusão da manifestante do Simples Nacional são indevidos, visto que, parcialmente atingidos pela decadência, bem como, pelo fato de terem sido calculados de forma equivocada, não considerando-se os valores já devidamente quitados à época dos fatos geradores, questões estas levadas à análise da Delegacia da Receita Federal do Brasil através de Impugnação protocolada pela manifestante (cópia em anexo).

Convém repetir que a Recorrente não só questionou os débitos em sede de manifestação de inconformidade e como impetrou mandado de segurança, como também incluiu parte dos débitos em parcelamento especial. É dizer, tinha amplo conhecimento da origem dos débitos e de seus atributos e foi capaz de exercer plenamente o seu direito de defesa.

Assim, como refere o Conselheiro Waldir Veiga Rocha, no Acórdão nº 1301-00.689, da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, 30 de setembro de 2011, que analisou situação similar, "na teoria do processo, as nulidades não são um fim em si mesmas, antes se destinam a preservar as garantias e direitos das partes", não havendo de se decretar uma nulidade "sem que reste demonstrado o prejuízo ao direito que ela visa a preservar".

Vale, a propósito, trazer a lição de Marcos Vinicius Neder e Maria Tereza Martínez López (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) sobre o tema (sublinhou-se):

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 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 [...].

Cumpra também destacar a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Melo, apontada, aliás, pela Turma *a quo* no julgamento dos embargos opostos pela ora Recorrente (MELO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 10.ª Edição. Malheiros Editores, 1998, p. 302):

Nulos são os atos que não podem ser convalidados, entrando nessa categoria: os atos que a lei assim o declare; os atos em que é materialmente impossível a convalidação, pois se o mesmo conteúdo fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior (é o que ocorre com os vícios relativos ao objeto, à finalidade, ao motivo, à causa); seriam anuláveis os que a lei assim declare; os que podem ser praticados sem vício (é o caso dos praticados por sujeito incompetente, com vício de vontade, com defeito de formalidade).

Ora, no caso presente, não houve, como pretende fazer crer a Recorrente, vício de motivação, nem de inobservância de formalidades essenciais.

Vício de motivação, no dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 199) se dá nas hipóteses de inexistência de motivo (a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o

ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido) ou de falsidade de motivo. Já vício de forma que torna nulo um ato, para a mesma autora, ocorre quando a lei expressamente exige determinada forma ou quando determinada finalidade só possa ser alcançada por determinada forma.

Não há qualquer desses vícios aqui, uma vez que os débitos, embora guerreados, existiram e foram confirmados, e a indicação indireta dos débitos no ADE, embora possa não ser a forma mais adequada, não impede (e não impediu no caso concreto) a contestação da exclusão. Some-se a isso o fato de ter sido saneada.

É dizer, não há falar em nulidade absoluta, e, sendo o caso de nulidade relativa, é possível o saneamento (ou convalidação) do ato.

Isso posto, tem-se que a Súmula CARF nº 22, que enuncia que "*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*", **não pode ser aplicada de forma automática para anular atos de exclusão sem se confrontar o caso concreto aos pressupostos que ensejaram a sua edição**. Nesse sentido, valho-me da oportuna e minuciosa análise que fez o Conselheiro Waldir Veiga Rocha ao enfrentar situação semelhante à do presente processo (no já citado Acórdão nº 1301-00.689):

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:

(...)

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 30331.479, 30331.882, 30131.763, 30131.917 e 30132.120. 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.

(...)

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.(Sublinhei)

Cumprido observar que no caso ora enfrentado, a exclusão também se deu com fulcro no art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006 (e não no art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996), não se aplicando aqui a discrepância material de pendências junto à PGFN x existência de débitos inscritos em Dívida Ativa com exigibilidade não suspensa.

Até mesmo o texto da súmula, ao fazer referência expressa a débitos inscritos em Dívida Ativa, deixa claro que **ela somente se aplica a exclusões do Simples Federal**, porque a redação do art. 9º, da Lei nº 9.317, de 1996, assim dispunha:

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;

Já a redação do art. 17 da LC nº 123, de 2006, dispõe:

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;

Ainda sobre as diferenças entre os procedimentos no âmbito do Simples Federal e do Simples Nacional, tem-se que com a Resolução CGSN nº 8 de 2007, foi instituído o Portal do Simples Nacional na internet:

Art. 1º O Portal do Simples Nacional na internet contém as informações e os aplicativos relacionados ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006, podendo ser acessado por meio da página da Secretaria da Receita Federal do Brasil na internet, endereço eletrônico , sendo facultada sua disponibilização por links nos endereços eletrônicos vinculados à União, Estados, Distrito Federal, Municípios, ao Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), à Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais (Abrasf) e à Confederação Nacional dos Municípios (CNM).

Assim, todas as informações e relacionamentos entre os Contribuintes e a Administração Tributária se tornaram muito mais transparentes. As exclusões, quer fossem de iniciativa do sujeito passivo, quer fossem de iniciativa do Contribuinte, eram comunicadas por meio desse Portal. A exclusão em apreço, foi fundamentada na Resolução CGSN nº 15, de 2007, que bem exprime como era feita essa comunicação:

Art. 3º A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP, dar-se-á:

I – por opção;

II – obrigatoriamente, quando:

a. incorrer na hipótese do inciso I do art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007;

b. incorrer na hipótese do § 1º do art. 3º da Resolução CGSN nº 4, de 2007;

c. incorrer nas hipóteses de vedação previstas nos incisos II a XV e XVII a XXVI do art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 2007; (Redação dada pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008)

d. incorrer na hipótese de vedação prevista no inciso XVI do art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 2007.

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), por meio do Portal do Simples Nacional na internet:

I – na hipótese do inciso I do caput, a qualquer tempo;

II – na hipótese da alínea ‘a’, do inciso II do caput, até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente àquele em que se deu o excesso de receita bruta;

III – na hipótese da alínea ‘b’, do inciso II do caput, até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente ao do início de atividades;

IV - nas hipóteses das alíneas ‘c’ e ‘d’, do inciso II do caput, até o último dia útil do mês subsequente ao da ocorrência das situações de vedação.

§ 2º As ME e EPP que incorrerem na hipótese do § 2º do art. 3º da Resolução CGSN nº 4, de 2007, deverão comunicar tal fato à RFB, por meio do Portal do Simples Nacional na internet, até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente ao do início de atividade. (Negritei)

Exclusão de ofício

Art. 4º A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Alterado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

§ 2º Revogado. (Revogado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

§ 3º Será dado ciência do termo a que se refere o § 1º à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação. (Alterado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

§ 3º-A Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º. (Incluído pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

§ 3º-B Não havendo impugnação do termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º. (Incluído pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

§ 4º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federativo que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

Correto, portanto, o acórdão recorrido ao deixar de aplicar a Súmula CARF nº 22, e não acolher a alegação de nulidade do ADE que excluiu a Recorrente do Simples Nacional.

Equivocada, no entanto, a decisão recorrida ao fixar como marco para a determinação dos efeitos da exclusão do Simples Nacional a data de ciência do Despacho nº 620 da DRJ Curitiba (23/08/2011), produzindo efeitos a exclusão a contar de 01/01/2012.

Citando mais uma vez Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "*a convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato legal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado*" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 203). Também Celso Antônio Bandeira de Melo afirma o efeito retroativo do ato convalidador ("*o ato convalidador remete-se ao ato inválido para legitimar seus efeitos pretéritos*", "*a providência corretamente tomada no presente tem o condão de valer para o passado*") (MELO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 5.ª Edição. Malheiros Editores, 1994, p. 234).

No âmbito do processo administrativo fiscal, o art. 60 do Decreto nº 70.235, de 1972, estabelece que as irregularidades, incorreções e omissões que não importam em nulidade serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo.

Ora, se o Despacho nº 620 da DRJ Curitiba veio para sanar o ADE de exclusão, convalidando-o, os efeitos se dão de acordo com o ato de exclusão praticado. Assim, os efeitos da exclusão se verificam conforme consignado no ADE (ou seja, a partir de 01/01/2009) e não de acordo com a data de ciência do Despacho nº 620 da DRJ Curitiba, como decidiu o colegiado *a quo* (ciência em 23/08/2011, efeitos a partir de 01/01/2012).

Entretanto, em razão do princípio da *non reformatio in pejus*, em que pese entender que o correto seria que os efeitos da exclusão do Simples ocorressem a partir de 01/01/2009, limito-me a decidir nos termos da decisão recorrida, ou seja, mantenho a exclusão com efeitos a partir do dia 01/01/2012.

Apenas a título de esclarecimento a respeito do andamento do Mandado de Segurança consignado nos autos, informo que consultando o sítio da Justiça Federal, localizei o Ofício nº 6824465, expedido em 30 de novembro de 2012, por meio do qual o Diretor de Secretaria comunica ao Delegado da Receita Federal em Foz do Iguaçu que:

Ofício n.º 6824465

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2008.70.02.0101601/PR

Senhor Delegado

Ref.: PAF nº 10945.002661/200829

Cumprimentando-o, cordialmente, de ordem do Juízo, informo que na ação em epígrafe foi proferida sentença denegando a segurança (11/11/2009).

Processo nº 10945.002390/2008-10
Acórdão n.º 9101-002.297

CSRF-T1
Fl. 433

(..)

Por fim, a Impetrante desistiu do feito, com a renúncia ao direito em que se funda a ação, verbis:

(...)

O trânsito em julgado operou-se em 21/06/2012.

Atenciosamente.

Daniel Januário

Diretor de Secretaria

Ou seja, o contribuinte renunciou ao direito ao que se fundava a ação, e ocorreu o trânsito em julgado em 21/6/2012.

Conclusão

Em face ao exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte.

(Assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo