



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

Processo n° 11060.003957/2008-85
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1301-00.689 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 30 de setembro de 2011
Matéria SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO
Recorrente BELGA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS QUÍMICOS 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 produzir os efeitos que lhe são próprios.

QUESTÕES CONSTITUCIONAIS. INCOMPETÊNCIA DO JULGADOR ADMINISTRATIVO.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

CERCEAMENTO DO DIREITO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. 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 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

BELGA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA., já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 18-12.876, de 09/09/2010, da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Santa Maria/RS, 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 vênia para transcrevê-lo.

Trata-se da exclusão da pessoa jurídica, ora Manifestante, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional nos termos do Ato Declaratório Executivo DRF/STM nº 336.078, de 22 de agosto de 2008 (Lote 002/2008) (fl. 11).

A motivação para a exclusão seria “em virtude de possuir de possuir débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa, relacionados no item ‘Pessoa Jurídica’, assunto ‘Simples Nacional’ do Sítio da Secretaria da Receita Federal do Brasil na Internet, no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br conforme disposto no inciso V do artigo 17 da Lei Complementar nº 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 nº 15, de 23 de julho de 2007”.

Os efeitos da exclusão devem surgir a partir de 1º de janeiro de 2009.

A interessada tomou ciência da exclusão, em 17/09/2008, conforme tela de "Consulta Postagem" (fl. 25).

Apresentou a “Contestação à Exclusão do Simples Nacional”, em 1º/10/2008 (fls. 01), instruída com cópia(s) e/ou original(is) de documento(s) que consta(m) na(s) folha(s) 02 a 22 do presente processo administrativo.

Os argumentos da Manifestante são, em síntese, os seguintes:

- diz que em 13/10/2004 apresentou PERDCOMP para compensar um débito de R\$ 640,64 com um crédito de R\$1.145,99; um débito de R\$ 512,51 com um crédito de 674,49;

- informa que participava de licitações e efetuava fornecimento de material para Órgãos Públicos que, nos pagamentos, efetuavam retenção na fonte sob o código 6147; utilizava esses créditos para compensar impostos devidos;

Seguindo, numa argumentação confusa, argumenta o seguinte:

- *“A empresa utilizou do crédito de IRPJ e COFINS pois recolheu os DARF integralmente e possui retenção na fonte e não utilizou tais créditos”;*

- *“Informamos nas DCTF’s retificadoras de 15/10/2004 n° 0169185129 e 18/09/2008 n° 4141381885, tendo portanto utilizado de um benefício p/quitação dos tributos”;*

- diz que considera indevida sua exclusão do Simples;

- argumenta que por diversas vezes demonstrou sua regularidade fiscal, pois necessita estar em dia com seus impostos para participar de licitações; lembra que foram expedidas diversas CNDs;

- lembra que a exclusão da empresa acarretaria uma tributação elevada para as condições financeiras da empresa.

Requer a sua permanência no Simples Nacional.

Anexa à sua manifestação de inconformidade a interessada apresentou cópia de “Recurso Voluntário” encaminhado ao “Conselho de Contribuintes” relativo aos processos administrativos nº 11060.900933/2008-76 e 11060.900982/2008-17.

Contudo nos argumentos delineados percebe-se que os argumentos são contra sua exclusão do Simples, ou seja, da matéria tratada no presente processo administrativo nº 11060.003957/2008-85, onde os argumentos da interessada são, em síntese, os seguintes:

- não se conforma com o auto de infração e a decisão de primeira instância, da qual foi cientificada em 16/09/2008;

Sob o título dos Fatos diz o seguinte:

- recebeu a notificação da exclusão do Simples Nacional, com a qual não se conforma;

- diz que, em 13/10/2004 foi efetuado PERDCOMP onde os débitos de R\$640,64 IRPJ, e R\$512,51 relativo CSLL, foram compensados pelos créditos R\$1.145,99 de COFINS E Crédito R\$674,49 relativo IRPJ (retido pela UFSM CNPJ 95591764/0001-40 e Escola São Vicente CNPJ 94.445.673/0001-07);

- informa que participava de licitações e efetuava fornecimento de material para Órgãos Públicos que, nos pagamentos, efetuavam retenção na fonte sob o código 6147; utilizava esses créditos para compensar impostos devidos;

- utilizou o crédito de IRPJ e COFINS pois recolheu os DARF integralmente e possui retenção na fonte e não utilizou tais créditos;

- diz que informou nas DCTF's retificadoras de 15/10/2004 nº 0169185129 e 18/09/2008 nº 4141381885, tendo portanto utilizado de um benefício para quitação dos tributos;

Sob o título "O Direito" argüi, em síntese, como segue:

- transcreve o art. 179 da CF sobre "tratamento jurídico diferenciado";
- entre outras afirmações, diz que exerce uma função legítima;
- repete que considera indevida sua exclusão do Simples Nacional.

Na conclusão entende ter demonstrado a insubsistência e improcedência da ação fiscal e requer o cancelamento do débito fiscal reclamado.

A autoridade preparadora instruiu os autos com cópia(s) e/ou original(is) de documento(s) que consta(m) na(s) folha(s) 23 a 41.

A 2ª Turma da DRJ em Santa Maria/RS analisou a manifestação de inconformidade apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 18-12.876, de 09/09/2010 (fls. 43/48), considerou-a improcedente com a seguinte ementa:

Assunto: Simples Nacional

Ano-calendário: 2008

DÉBITOS FISCAIS. FALTA DE REGULARIZAÇÃO.

A falta de regularização dos débitos fiscais no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão impede a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional.

Ciente da decisão de primeira instância em 17/09/2010, conforme Aviso de Recebimento à fl. 50, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 15/10/2010 conforme carimbo de recepção à folha 56.

No recurso interposto (fls. 56/67), após alentado preâmbulo, a recorrente aduz argumentos que podem ser sintetizados como segue:

Preliminarmente, alega a nulidade do ato administrativo que a excluiu do Simples Nacional. Tal nulidade residiria, por sua ótica, na ausência de motivação que ensejou a exclusão, acarretando preterição ao seu direito de defesa. Sustenta que o dispositivo legal invocado "traz no seu contexto várias atividades que, uma vez demonstradas, permitiram em tese excluir o contribuinte do sistema SIMPLES". No entanto, os dispositivos legais estariam "desacompanhados da descrição de uma situação de fato justificadora".

Argüi seu direito à permanência no Simples, instituído pela Lei nº 9.317/1996. Sustenta, ainda, que essa lei deve ser analisada de acordo com as diretrizes fixadas pela norma constitucional, expressa no artigo 179 da Constituição Federal. Sua exclusão discricionária atentaria contra os princípios da capacidade contributiva dos empresários e da isonomia tributária.

Requer seja atribuído efeito suspensivo ao seu recurso contra o acórdão que julgou improcedente a manifestação de inconformidade. Cita dispositivos da Lei nº 9.317/1996

e concluir que não pode ser excluída do Simples enquanto “*pendente de julgamento a impugnação ao ato administrativo declaratório*”.

Passa, então, a aduzir argumentos atinentes aos pedidos de compensação não homologados. Entende que caberia observar, no julgamento do presente recurso, “*que havia crédito suficiente para a compensação dos débitos, e que não foram, por equívoco e sem fundamentação compensados*”.

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.

Eis os dispositivos da referida Lei Complementar aplicáveis à matéria e que fundamentaram o Ato Declaratório Executivo de exclusão (fl. 11):

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. 26 encontro consulta aos sistemas de processamento da RFB, na qual consta a existência de débitos não previdenciários na RFB consolidados até agosto de 2008, motivadores da exclusão do Simples Nacional, com as seguintes informações:

- a) IRPJ, código 2089, PA 04/2000 Valor do Saldo R\$ 135,93
- b) IRPJ, código 2089, PA 01/1999 Valor do Saldo R\$ 640,64
- c) CSLL, código 2372, PA 01/1999 Valor do Saldo R\$ 512,51

Instada a se manifestar acerca da alegação da recorrente de que os três débitos acima teriam sido compensados, a Autoridade Administrativa informou (fl. 41) que todos os débitos teriam sido objeto de declarações de compensação. Quanto ao item (a), estaria aguardando decisão da RFB e, portanto, com sua exigibilidade suspensa. Quanto aos itens (b) e (c), já teriam sido objeto de decisão que os não homologou, não tendo sido apresentada manifestação de inconformidade. A informação acerca da existência de débitos ainda em aberto foi decisiva para o desprovimento da manifestação de inconformidade, em primeira instância administrativa.

Em sede recursal, a contribuinte argüi, preliminarmente, a nulidade do ADE, por cerceamento ao seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Não haveria, pela ótica da recorrente, correlação entre o dispositivo legal invocado e uma situação de fato justificadora.

Não lhe assiste razão. Conforme visto acima, a hipótese legal de exclusão foi a existência de débitos com a Fazenda Pública Federal, cuja exigibilidade não se encontrava suspensa. A situação fática, a saber, os débitos exigíveis, foi especificamente apontada, vide fl. 26. O contraditório pode ser exercido sem qualquer cerceamento, como o demonstra a peça inaugural do presente litígio (fl. 01), na qual o contribuinte demonstra conhecer precisamente os débitos que, no entendimento da Administração Tributária, seriam exigíveis, e aduz os motivos de seu entendimento em contrário.

Restaria, ainda, 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.

Nesse sentido, pertinente a lição de Neder e López¹:

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 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

¹ 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.

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. Júri: proibição de produção ou leitura de documento no plenário do Júri: 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 comprovado pela parte supostamente prejudicada. Não é o que encontro nos presentes autos. Em sua manifestação de inconformidade a interessada demonstra conhecer especificamente os débitos que lhe são imputados

Em tais condições, não 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.

Ausente qualquer cerceamento ao direito à ampla defesa e ao contraditório, deve ser rejeitada a alegação de nulidade do Ato Declaratório Executivo que excluiu o contribuinte do Simples Nacional.

No que toca à alegação do direito de permanecer no Simples, instituído pela Lei nº 9.317/1996, deve-se alertar o contribuinte que tal lei foi expressamente revogada pela Lei Complementar nº 123/2006. O Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, de que cuidava a primeira lei, foi substituído pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, regulado pela segunda, a partir de 01/07/2007. Desde que todos os fatos de que aqui se cuida são posteriores a essa data, os dispositivos legais aplicáveis são os da Lei Complementar superveniente. Esta observação é cabível, inclusive, no que tange ao pedido de suspensão dos efeitos da exclusão do Simples, baseada em dispositivos da revogada Lei nº 9.317/1996.

Quanto aos reclamos de que as leis aqui aplicadas deveriam ser interpretadas à luz do art. 179 da Constituição Federal/1988 e que ofenderiam dispositivos e princípios constitucionais, é de se esclarecer que este colegiado administrativo não possui competência para se manifestar a respeito. As leis que integram o ordenamento jurídico têm presunção de constitucionalidade, cabendo tão somente ao Poder Judiciário apreciar questões dessa natureza. Essa matéria é pacificada no âmbito deste Conselho, sendo, inclusive, objeto de súmula:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

As súmulas CARF foram objeto da Portaria CARF nº 49, de 01/12/2010 (DOU de 07/12/2010), e são de observância obrigatória por seus membros, a teor do art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009 e alterações supervenientes.

Finalmente, no que toca ao mérito, constato que a contribuinte se limita a reiterar que os dois débitos – acima identificados como (b) e (c) – teriam sido objeto de compensação, e que haveria créditos suficientes para que as compensações declaradas houvessem sido homologadas.

Tais razões não podem ser acolhidas. Conforme deixou claro o ilustre Relator do processo em primeira instância, referidas compensações foram objeto de decisões administrativas que negaram sua homologação (fls. 33/34 e 37/38), sendo dada regular ciência à interessada (fls. 35 e 39). Expirado o prazo sem que houvesse sido interposta a manifestação de inconformidade que lhe foi expressamente facultada, nos termos da lei, somente caberia à interessada promover o pagamento ou parcelamento dos débitos, se pretendia sua regularização. O fato de que os débitos ainda não haviam sido inscritos em Dívida Ativa da

Processo nº 11060.003957/2008-85
Acórdão n.º **1301-00.689**

S1-C3T1
Fl. 152

União não significa em absoluto que não constassem dos sistemas eletrônicos da RFB, como se constata facilmente às fls. 26 e 29.

O que resta incontroverso, então, é a existência de débitos exigíveis diante da Fazenda Pública Federal, não regularizados no prazo legal, motivo necessário e suficiente para que a exclusão do Simples Nacional seja confirmada, nos termos do Ato Declaratório Executivo de fl. 11.

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

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha