



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

Processo nº 11610.002339/2001-78
Recurso nº 134.424 Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-001.079 – 1ª Turma**
Sessão de 28 de junho de 2011
Matéria SIMPLES
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado LUMINÁRIAS REKA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA-EPP

ASSUNTO: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte-Simples.

Ano-calendário: 2000

EMENTA: ADE NULO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO PELA CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS. EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS.

O Ato Declaratório que exclui o contribuinte do Simples, com base em existência de pendências perante a PGNF, sem especificar quais sejam, encontra-se maculado de nulidade. Matéria, esta, de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício em sede de julgamento de recurso especial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos **FISCAIS**, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a). Vencido(a)s o(a) Conselheiros Viviane Vidal Wagner e Alberto Pinto de Souza Júnior.

(assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo

Presidente

(assinado digitalmente)

Susy Gomes Hoffmann

Relatora

Participaram do julgamento os conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo, Orlando José Gonçalves Bueno, Claudemir Rodrigues Malaquias, Valmir Sandri, Alberto Pinto Souza Junior, Viviane Vidal Wagner, Susy Gomes Hoffmann, Karem Jureidini Dias, João Carlos de Lima Junior, Antonio Carlos Guidoni Filho e Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz.

Relatório

Trata-se de recurso especial por maioria interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional, com base em violação à legislação tributária.

O contribuinte foi excluído do Simples

O contribuinte apresentou impugnação (fls.01/05).

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento indeferiu a solicitação do contribuinte, nos termos da seguinte ementa:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2000

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. PENDÊNCIAS

JUNTO À PGFN E AO INSS. Há que ser considerada procedente a exclusão de ofício do Simples, formalizada por meio de ato declaratório, tendo em vista que, à época, restou comprovada a existência de débito inscrito na Dívida Ativa da União.

INCONSTITUCIONALIDADE. A autoridade administrativa, por força de sua vinculação ao texto, da norma legal, e ao entendimento que a ele dá o Poder Executivo, deve limitar-se a aplicá-la, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da sua legalidade, constitucionalidade ou outros aspectos de sua validade.

CERCEAMENTO DE DEFESA. DESCABIMENTO.

Descabe a alegação de ocorrência de cerceamento do direito de defesa quando a impugnação apresentada pela contribuinte enfrenta as infrações a ela imputadas.

Solicitação Indeferida

O contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 96/103).

O julgamento foi convertido em diligência (fls. 122/130).

A antiga Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes (fls. 167/181) deu provimento ao recurso voluntário do contribuinte. Eis a ementa do julgado:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2000

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. DÉBITOS REGULARIZAÇÃO

A regularização fiscal tributária perante a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e INSS dos débitos em aberto afasta a hipótese de exclusão do Simples prevista no inciso XV do artigo 9º da Lei nº 9.317/96.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Entendeu-se, no voto vencedor, que:

“Como se verifica dos presentes autos, a recorrente não foi admitida no SIMPLES porque possuía débitos em aberto junto à PGFN e INSS.

A recorrente comprovou durante o processo o parcelamento dos referidos débitos, fato comprovado com base na diligência realizada.

Deve-se ter em mente que o processo de inclusão retroativa do SIMPLES se submete às normas do rito processual do Decreto 70.235/72, forte no § 6º, do art. 8º da Lei 9.317/96, acrescido pela Lei 10.833/03.

No momento em que a recorrente apresentou sua impugnação contra a negativa de inclusão no SIMPLES, restou suspensa sua a decisão recorrida, forte no inciso III do art. 151 do CTN.

Se no decorrer do processo administrativo a recorrente toma-se regular novamente, afastando o motivo da negativa de sua inclusão, correta é a sua manutenção na sistemática do SIMPLES”

A Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs o presente recurso especial (fls. 186/192).

Argumentou, em primeiro lugar, que, quando da edição do ADE de exclusão do Simples, o contribuinte possuía efetivamente débitos inscritos perante a PGFN.

Narrou que:

“Conforme os documentos de fls. 49/50, a adesão ao parcelamento da Lei 10.684/03 ocorreu apenas em 25/08/2003, e não em 15/08/2001, como alega o contribuinte, portanto, bem posterior à edição do ADE. O que ocorreu em 15/08/2001 foi o pedido de parcelamento de um débito previdenciário, como se constata à fl. 52 dos autos, que nada tem que ver com o REFIS.

Ademais, a Lei 10.684/2003 apenas permitiu que as pessoas excluídas ou impedidas de ingressar no SIMPLES pudessem optar pelo REFIS II e não permitiu que as pessoas integrantes do SIMPLES pudessem parcelar débitos, como pretende a recorrente.”

Expôs que:

“Assim, a situação pode ser resumida nas seguintes palavras o contribuinte foi excluído do SIMPLES por ter débitos pendentes na PGFN na época da edição do ADE. Após, já excluído do SIMPLES, o mesmo solicitou o parcelamento dos débitos. Assim, o ADE é perfeitamente válido por configurar a hipótese descrita no art. 9º, inciso XV, da Lei 9.317/96.

Ao se beneficiar do parcelamento estipulado pela Lei 10.684/2003, foi possibilitado ao contribuinte retornar ao SIMPLES, desde que preenchidos os demais requisitos e que tenha exercido a opção até o Último dia útil de 2003, com efeitos a partir de 1º de janeiro, o que foi feito pela empresa, nos moldes do processo apensado aos presentes autos.

Ora, a empresa tinha débitos perante a PGFN e, por isso, foi excluída do SIMPLES, não podendo agora o julgador administrativo relevar esse fato em virtude de um parcelamento feito a posteriori. A empresa somente se tornou regular para ingressar no SIMPLES novamente a partir de 2004, nos moldes da Lei 10.864/2003, sendo o ADE perfeitamente válido no caso concreto.”

Finalmente, defendeu a regularidade da motivação da exclusão da empresa do Simples, consistente em existência de *“Pendências da empresa ou sócio junto à PGFN”*.

O contribuinte apresentou suas contra-razões (fls. 199/202).

Voto

Conselheira Susy Gomes Hoffmann, Relatora

O presente recurso especial é tempestivo. Preenche, também, os demais requisitos de admissibilidade, uma vez que a recorrente baseou-se na violação, por parte da decisão recorrida, à legislação tributária, discorrendo nesse sentido.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo à análise do mérito recursal.

O acórdão recorrido foi proferido no sentido de que a regularização fiscal do contribuinte, posto que posterior à exclusão, torna esta sem efeito.

A recorrente defendeu que tal entendimento não se sustenta, tendo em vista que, quando da exclusão, o contribuinte enquadrava-se numa das circunstâncias impeditivas da opção pelo Simples: pendência da empresa ou sócio junto à PGFN.

Ad argumentandum tantum, a recorrente sustentou a higidez da motivação do ADE. E é justamente neste ponto que focarei minha análise.

Não obstante o objeto específico do presente recurso especial, relativo à eficácia da regularização superveniente da situação fiscal do contribuinte, de início ensejadora da sua exclusão do Simples, tenho que, compulsando os autos, o processo encontra-se maculado por nulidade desde a edição do próprio Ato Declaratório Executivo (comunicado de exclusão), constante de fls. 32.

Com efeito, referido documento, datado de outubro de 2000, apresenta como fundamentação para a exclusão a existência de “*pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS; pendências da empresa e/ou empresa junto à PGFN*”.

A nulidade de um ato que tal encontra-se já pacificada no âmbito do CARF, conforme o enunciado nº 22 da sua súmula jurisprudencial:

Súmula CARF nº 22: *E 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.*

Nos autos, é de se ter, consta, às fls. 35/36, extrato da relação de processos no sistema Dívida Ativa. Este documento, contudo, foi emitido em 10/04/2001, não se integrando ao ato de exclusão, e, portanto, não podendo sanar a sua nulidade.

Veja que a nulidade do ADE constitui-se, indubitavelmente, em matéria de ordem pública, passível, pois, de conhecimento por parte desta Câmara Superior de Recursos Fiscais, ainda que de ofício.

Com efeito, trata-se, tal possibilidade, de manifestação do efeito translativo dos recursos, o qual, por definição, consubstancia a possibilidade de o tribunal conhecer, de ofício, de matéria de ordem pública. E nulidade é matéria de ordem pública.

Neste caso, é irrelevante que a matéria tenha sido pré-questionada perante o órgão julgador *a quo*, bastando, nos termos do entendimento adotado pelo STJ, que se transponha positivamente o juízo de admissibilidade do recurso especial. Superado o juízo de admissibilidade, o órgão julgador pode conhecer de matéria de ordem pública de ofício, ainda que não alegada pela parte. Veja-se neste sentido os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CERTEZA E LIQUIDEZ DAS CDAS. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356/STF.

1. A Corte de origem, com base no contexto fático-probatório dos autos, entendeu que as certidões em que se funda a ação executiva encontram-se incólumes. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. É inadmissível o recurso especial quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada, e não provocada a questão por meio de embargos de declaração. Incidência, por analogia, das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

3. A hodierna jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que as matérias de ordem pública podem ser analisadas em sede de recurso especial, quando ultrapassado o conhecimento, à luz do efeito translativo dos recursos. O que não é o caso dos autos.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1382247/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 26/04/2011)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATOS DE AUXILIARES DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONFORMAÇÃO COM A TESE ADOTADA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE.

1. Inexistindo qualquer das hipóteses do art. 535 do CPC, não merecem acolhimento os embargos de declaração com nítido caráter infringente. Precedentes.

2. A tese adstrita ao acórdão embargado versa sobre a impossibilidade jurídica do pedido: a causa petendi é inviável frente ao ordenamento jurídico brasileiro, em razão da impossibilidade de anulação de atos de auxiliares de justiça por meio de Ação Anulatória.

3. É suficiente à extinção da ação, de ofício, nos termos do art.

267, § 3º, do Código Processual, a manifesta impossibilidade jurídica do pedido - uma vez que, nos termos desse diploma legal, a possibilidade jurídica apresenta-se como uma das condições da ação (art. 267, VI, do CPC).

4. "Quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, o regular processamento da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC, reconhecendo-se o efeito translativo como inerente também ao recurso especial. Inteligência da Súmula 456 do STF e do art. 257 do RISTJ."

(EDcl no REsp 993.364/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 10.2.2009, DJe 25.3.2009).

5. É de se ver que, uma vez não ultrapassado sequer os requisitos essenciais à cognição do mérito da questão jurídica jungida ao apelo especial, não cabe falar em omissão dessa mesma quaestio juris.

Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1197027/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 15/04/2011)

Por todo o exposto, com fundamento no enunciado nº 22 da súmula do CARF, declaro a nulidade *ab initio* do presente processo administrativo.

Sala das Sessões, em 28 de junho de 2011. 28 de junho de 2011

(assinado digitalmente)

Susy Gomes Hoffmann