



Processo nº 13607.000134/2009-90
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-001.482 – 1^a Seção de Julgamento / 2^a Turma Extraordinária**
Sessão de 4 de agosto de 2020
Recorrente COMERCIAL DPA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

EXCLUSÃO. PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS CONTADOS DO TERMO DE EXCLUSÃO PARA APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO.

O contribuinte dispõe do prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência do termo de exclusão, *in casu*, o Ato Declaratório Executivo (“ADE”), para apresentação de contestação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ailton Neves da Silva, Marcelo Jose Luz de Macedo, Rafael Zedral e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Por bem retratar os fatos, reproduz-se inicialmente o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte (“DRJ/BHE”), o qual será complementado ao final:

Optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-Simples Nacional, a interessada foi excluída mediante Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/STL nº 054999, de 22 de agosto de 2008 (fl. 07), "em virtude de possuir débitos com a Fazenda

Pública Federal, com exigibilidade não suspensa", com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2009.

Cientificada do ADE em 04/09/2008 (fls. 49/50), a interessada apresentou, em 29/01/2009 (fl. 01), contestação em que afirma:

"Os Darf comprovando que houve pagamento dos débitos apurados foram apresentados na Agencia da RFB em Pedro Leopoldo-MG, conforme comprovantes anexados.

O servidor informou que os débitos seriam baixados automaticamente pelo sistema e o Ato Declaratório Executivo também seria anulado automaticamente.

Ocorre que o Ato Declaratório não foi cancelado e a exclusão foi mantida.

Houve incidência de juros sobre o valor da multa que foram detectadas posteriormente ao ato declaratório e pagos corretamente, (comprovante anexo)"

Em 26/05/2010, a unidade de origem exarou o Despacho Decisório ARF/PLO nº 58/2010, a fls. 23/24, ratificando o ato declaratório de exclusão, nos seguintes termos:

"Através dos autos, em especial, dos documentos de fls. 13 a 22, verifica-se que a exclusão do Simples Nacional foi mantida em função da existência de débito em aberto.

O contribuinte somente pagou em 19/08/2008, os valores originais da multa por atraso na entrega da DCTF, objeto da exclusão.

O Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/STL nº 054999, de 22/08/2008, prevê em seu artigo 2º que os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 01/01/2009 e em seu artigo 3º que a exclusão tornar-se-á sem efeito, caso a totalidade dos débitos da pessoa jurídica sejam pagos ou parcelados no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência do ADE.

Conforme se verifica do documento de fl. 22, apenas em 29/01/2009, quando todos os efeitos da exclusão já haviam se dado, tornando-a juridicamente perfeita, é que foi efetuado o pagamento dos acréscimos legais do débito que motivou a exclusão.

O contribuinte apresenta a presente contestação em 29/01/2009, quando a exclusão já havia produzido todos os seus efeitos.

Neste sentido, proponho o indeferimento do pleito do contribuinte em epígrafe mantendo a exclusão da sistemática do Simples Nacional, a partir de 01/01/2009, tendo como fundamento o Ato Declaratório Executivo DRF/STL nº 054999, de 22/08/2008, já que a empresa não regularizou dentro do prazo a totalidade dos débitos que ensejaram a expedição do mencionado ADE. ".

Cientificada do despacho decisório em 28/05/2010 (fl. 25), a interessada apresentou, em 07/06/2010 (fl. 26), petição, em que requer, ao final, "seja aceita a solicitação de opção pelo Simples Nacional - Lei Complementar 123 de 14/12/2.006, com efeitos retroativos a 01/01/2009 e valendo também para o ano de 2010", após apresentar as seguintes alegações:

. protocolizou, em 02/01/2009, o processo nº 13607.000121/2009-11 e, em 02/02/2009, o presente processo, ambos referentes a contestação a exclusão do Simples Nacional;

. enquanto aguardava resposta da contestação, cumpriu todas as obrigações e recolheu mensalmente os valores devidos e declarados na condição de optante do Simples Nacional, conforme pode ser verificado pelo pagamento dos DAS anexados, bem como cópia da DASN dos anos 2007/2008, 2008/2009 e 2009/2010;

. a demora na análise da impugnação do Termo de Indeferimento, além de impedir a formalização da opção pelo Simples Nacional, impede o acesso aos benefícios previstos na referida lei;

. está sendo intimado pela administração fazendária estadual a cumprir diversas obrigações relativas ao ano de 2009, sob pena de ser autuado e ainda não ser autorizado a confeccionar talões de notas fiscais e utilizar ECF's para acobertar as sua operações;

. não pôde formalizar o pedido de opção pelo Simples Nacional para o ano de 2010, tendo em vista que o seu pedido referente aos processos de contestação à exclusão do Simples Nacional ainda não haviam sido analisados pela RFB, com consequências inimagináveis;

. de acordo com o artigo 17-A da Resolução CGSN nº 4, de 2007, excepcionalmente para o ano-calendário de 2009 poderia realizar a opção pelo Simples Nacional até 20 de fevereiro de 2009, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2009;

. exerce única e exclusivamente a atividade descrita no CNAE,

Instruem o processo cópias dos seguintes documentos: a fls. 08/10, Darfs e respectivos comprovantes de pagamento; a fl. 13, consulta ao sistema Sincor/Tratapagto/Conspagto; a fls. 14/15, consultas ao Sivex; a fls. 16/17, consulta ao sistema SinalO6; a fls. 19/20, consulta ao sistema "Informações de Apoio para Emissão de Certidão"; a fl. 22, consulta ao sistema Sincor/Contacorpj/Apoioatend.

A fls. 48, informa a unidade de origem que:

"O contribuinte apresentou tempestivamente em 07/06/2010 impugnação ao indeferimento da Contestação à Exclusão do Simples Nacional.

Dianete do exposto, proponho o encaminhamento do processo à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte/MG, para providências de sua alçada."

Em sessão de 10/02/2011, a DRJ/BHE não conheceu da impugnação do contribuinte, nos termos da ementa abaixo transcrita:

Expirado o prazo de trinta dias para contestar a exclusão do Simples Nacional, eventual petição apresentada fora do prazo não caracteriza impugnação, não instaura a fase litigiosa do procedimento, nem comporta julgamento de primeira instância.

Nos fundamentos do voto relator (fls. 56 do *e-processo*):

[...] compete a esta DRJ a apreciação da contestação de fl. 01 e da petição de fls. 26/29, que têm claramente a natureza de impugnação ao Ato Declaratório de Exclusão de fl. 07.

Preliminarmente, deve ser verificado se os recursos apresentados observaram os prazos processuais estabelecidos na legislação tributária.

[...]

No caso vertente, a interessada teve ciência do ADE em 04/09/2008 (fls. 49/50). Deste modo, o prazo para impugnação expirou em 06/10/2008, enquanto as contestações só foram apresentadas em 29/01/2009 e 07/06/2010, extemporaneamente portanto

O julgamento aconteceu por maioria de votos, tendo o Julgador vencido apresentado declaração de voto para sustentar que a intempestividade no caso implicaria o cerceamento do direito de defesa do contribuinte. Nos termos da própria declaração (fls. 57/58 do *e-processo*):

Pelo relatório apresentado, constatam-se dois momentos distintos.

O primeiro, quando a impugnante apresenta contestação ao Ato " Declaratório Executivo (ADE) DRF/STL n° 054999, de 22/08/2008, do qual foi cientificada em 04/09/2008. Ao apresentar sua impugnação em 29/01/2009, encontra-se visivelmente caracterizada a intempestividade. No entanto, a autoridade administrativa, examina os argumentos e, em 26/05/2010, exarou o Despacho Decisório ARF/PLO, n° 58/2010, a fls. 23/24, ratificando o ato declaratório de exclusão, concluindo pelo indeferimento "do pleito do contribuinte em epígrafe, mantendo a exclusão da sistemática do Simples Nacional, a partir de 01/01/2009, tendo como fundamento o Ato Declaratório Executivo DRF/STL n° 054999, de 22/08/2008."

Pelas razões expostas na impugnação de fls. 01, pode-se até mesmo concluir que a impugnante não está contestando o ato de exclusão, mas sim o fato de não se ter cancelado o ato declaratório em virtude de, segundo ela, ter apresentado os darf na unidade fazendária. Mas este registro pode ser considerada simples retórica. Ainda que a impugnante tivesse contestado explicitamente o ato de exclusão, a autoridade administrativa analisou sua petição e exarou nova decisão.

E este é o segundo momento. Ao exarar nova decisão, o contribuinte tem todo o direito de apresentar suas razões contra esta decisão. Não cabe a este julgador indagar dos motivos que teriam levado a autoridade administrativa a expedir nova decisão e, desta forma, conceder nova oportunidade ao impugnante. Da mesma forma, o fato de a autoridade administrativa comportar-se de maneira inadequada não pode servir de argumento para cercear o direito de defesa.

Sob o meu entendimento, o procedimento correto seria examinar se haveria algum erro passível de revisão por parte da autoridade administrativa. Em caso positivo, adotaria as providências legais. Não o havendo, consignaria a intempestividade.

No entanto, repito, a partir do momento que a autoridade administrativa analisa os argumentos e emite decisão, o interessado tem todo o direito de se contrapor. É certo que tal procedimento pode ocasionar consequências perigosas, pois pode, em determinado momento beneficiar determinado contribuinte, ainda que agindo de boa-fé, o que não vem ao caso ser indagado por este julgador, e em outro momento, fazer cumprir a lei ao não exarar nova decisão. Entretanto, entendo que não cabe ao julgador emitir juízo sobre condutas individuais ou prevenir/remediar procedimentos inadequados.

O contribuinte apresentou recurso voluntário no qual sustenta – lastreado na declaração de voto constante do acórdão recorrido – que a sua impugnação se deu em face do Despacho Decisório ARF/PLO n° 58/2010, o que sustentaria a sua plena tempestividade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Jose Luz de Macedo, Relator.

Tempestividade

Como se denota dos autos, o contribuinte tomou ciência acórdão recorrido em 31/05/2012 (fls. 60 do *e-processo*), apresentando o recurso voluntário, ora analisado, no dia 02/07/2012 (fls. 61 do *e-processo*), ou seja, dentro do prazo de 30 dias, nos termos do que determina o artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972.

Portanto, é tempestiva a defesa apresentada e, por isso, deve ser analisada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”).

Mérito

O cerne da presente discussão encontra-se voltada à análise da tempestividade ainda da primeira defesa do contribuinte. Isso porque a DRJ/BHE deixou de analisar o mérito da exclusão do Simples Nacional sob o argumento de que ela teria sido intempestiva. O contribuinte, a seu turno, pleiteia pelo reconhecimento da sua tempestividade, o que acabaria gerando a nulidade do acórdão recorrido e a consequente devolução dos autos para análise do mérito.

Por esse aspecto, convém reiterar que não se discute no momento do mérito da exclusão do contribuinte ao regime do Simples Nacional.

Firmada tal premissa, é importante demonstrar por meio de uma linha do tempo os acontecimentos fáticos relacionados ao presente caso, veja-se abaixo:

- Em 22/08/2008 foi editado o ADE nº 54.999/2008 o qual excluiu o contribuinte do Simples Nacional (fls. 08 do *e-processo*);
- Em 04/09/2008 o contribuinte foi intimado do ADE nº 54.999/2008 (fls. 50/51 do *e-processo*);

- Em 29/01/2009 o contribuinte apresentou contestação contra o ADE nº ADE nº 54.999/2008 (fls. 02 do *e-processo*);
- Em 26/05/2010 foi emitido o Despacho Decisório ARF/PLO nº 58/2010, que após analisar a contestação do ADE, manteve a exclusão ao regime (fls. 24/25 do *e-processo*);
- Em 28/05/2010 o contribuinte foi intimado do Despacho Decisório ARF/PLO nº 58/2010 (fls. 26 do *e-processo*);
- Em 07/06/2010 o contribuinte apresentou recurso contra o Despacho Decisório ARF/PLO nº 58/2010 (fls. 27/30 do *e-processo*);

Perceba-se, portanto, que o contribuinte apresentou duas defesas antes de o processo ser analisado pela DRJ/BHE. A primeira em 26/01/2009 contra o ADE nº 54.999/2008 e a segunda em 07/06/2010 contra o Despacho Decisório ARF/PLO nº 58/2010.

Para a DRJ/BHE, o contribuinte dispunha de um prazo para insurgir-se contra o ADE nº 54.999/2008 ,o qual não teria sido observado. Já o contribuinte defende que a observância do referido prazo somente seria exigida após proferido o Despacho Decisório ARF/PLO nº 58/2010.

Vejamos então o que estabelece a legislação de regência do Simples Nacional.

Segundo o artigo 28 da Lei Complementar nº 123/2006, *a exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.*

O artigo 39 da mesma norma, por sua vez, dispõe que *o contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.*

Também sobre a exclusão de ofício, foi editada a Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional (“CGSN”) nº 15/2007, vigente à época dos fatos, para dispor o seguinte:

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 promover a exclusão de ofício.

§ 2º O ente federativo registrará no Portal do Simples Nacional na internet, a expedição do termo de exclusão de que trata o § 1º.

§ 3º Será dado ciência do termo a que se refere o § 1º à ME ou à EPP pelo ente federativo que promover a exclusão, segundo a sua respectiva legislação. [...]

§ 5º O contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício será de competência do ente federativo que efetuar a exclusão, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Como se sabe, o processo administrativo fiscal federal é regulamentado por meio do Decreto nº 70.235/1972, o qual estabelece em seu artigo 15 o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação da impugnação contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Tendo em vista se tratar de procedimento para exclusão do Simples Nacional, não há que se falar em exigência de crédito tributário, mas tão somente da própria exclusão, a qual é formalizada por meio do ADE.

Face ao exposto, a partir de uma interpretação sistemática da Lei Complementar nº 123/2006, da Resolução CGSN nº 15/2007 e do Decreto nº 70.235/2972, tem-se que o prazo para impugnação deve ser contado a partir da intimação do contribuinte ao termo de exclusão, *in casu*, o ADE nº 54.999/2008.

Logo, embora a agência da Receita Federal em Pedro Leopoldo, por meio do Setor de Arrecadação e Cobrança (“SEORT”), não tenha declarada a intempestividade da defesa do contribuinte face ao ADE de exclusão, a Delegacia de Julgamento, a qual possui competência legal para julgamento do recurso, identificou tal fato.

É importante destacar que a tempestividade se trata de matéria de ordem pública, não suscetível a preclusão. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário nº 168977-7, *as normas processuais são de ordem pública exatamente para a garantia das partes e a segurança de seus direitos, e tanto mais se afirmam quanto mais sejam provenientes de preceitos constitucionais, de ordem imperativa e gênese determinante.*

Ainda sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua Primeira Turma, no julgamento dos embargos declaratórios no agravo regimental no Recurso Especial nº 1.138.244/RJ consignou:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE EXTRÍNSECO. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO DE AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS.

1. É intempestivo o Agravo regimental interposto fora do prazo previsto no artigo 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. A intempestividade é questão de ordem pública e não está submetida à preclusão, uma vez que a extemporaneidade do recurso faz ocorrer o trânsito em julgado e torna imutável o comando judicial. (AgRg na RCDESCP no Ag 1.294.866/SC, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 06/03/2013)."

Percebe-se, portanto, os pressupostos processuais, dentre os quais o exame da tempestividade, devem, necessária e obrigatoriamente, ser objeto de exame *ex officio* em qualquer grau de jurisdição.

Embora o contribuinte pretenda fazer crer – com base inclusive em argumentos levantados em declaração de voto no acórdão recorrido – que existem dois momentos processuais e que a tempestividade deveria ser analisada em face do Despacho Decisório ARF/PLO nº 58/2010, tal alegação cai por terra ao ser confrontada com a legislação de regência do Simples Nacional.

Como se viu, a impugnação deve ser apresentada no prazo de trinta dias contados da intimação do ato de exclusão. Esse é o momento em que é instaurada a lide administrativa. Se o regimento interno da Receita Federal determinava uma análise prévia ao exame do recurso pelas Delegacias de Julgamento, o que parece ser o caso, já que a defesa foi analisando pela própria Unidade de Origem, mais especificamente pela SORAC, antes de ser examinada pela DRJ, tal fato não dispensa a obrigatoriedade de que seja observado o prazo estipulado em lei.

Por todo o exposto, voto para negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo

