



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13629.003721/2008-00
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-005.095 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 03 de setembro de 2020
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado TRIBUNAL DO CHOPP LTDA.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO.

NULIDADE DE ATO DE EXCLUSÃO. CONTEXTOS FÁTICOS E JURÍDICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial cujos acórdãos apresentados para demonstrar a divergência evidenciam decisões em contexto fático e legislativo distinto, concernente a exclusão, por débitos, de Contribuinte optante pelo Simples Federal, e não do Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial. Votaram pelas conclusões os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Suplente Convocado) e Caio Cesar Nader Quintella. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob – Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Amelia Wakako Morishita Yamamoto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado), Luis Henrique Marotti Toselli, Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), fundamentado atualmente no art. 67 e seguintes do Anexo II da Portaria MF n.º 343, de 09/06/2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em que se alega divergência jurisprudencial quanto ao cancelamento do ato de exclusão do Simples Nacional que é objeto destes autos

A recorrente insurge-se contra o Acórdão n.º 1201-00.588, de 04/10/2011, por meio do qual a 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por maioria de votos, deu provimento a recurso voluntário da contribuinte acima identificada, para fins de cancelar o ato de exclusão do Simples Nacional.

O acórdão recorrido contém a ementa e a parte dispositiva descritas abaixo:

SIMPLES NACIONAL - ATO DE EXCLUSÃO

O ato declaratório deve indicar com precisão, não só as razões jurídicas, mas sobretudo as fáticas que ensejaram a exclusão do contribuinte do regime tributário favorecido do Simples Nacional. No presente caso, os débitos que ensejaram a exclusão deveriam ter sido precisamente identificados no referido ato, por meio da indicação das suas dimensões materiais (o tipo do tributo), quantitativas (o valor) e temporais (a data do fato gerador).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Marcelo Cuba Netto (Relator) e Claudemir Rodrigues Malaquias, que negavam provimento. Nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Designado o Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes para redação do voto vencedor.

A PGFN afirma que o acórdão recorrido deu à legislação tributária interpretação divergente da que tem sido dada em outros processos, relativamente à matéria acima mencionada.

Para o processamento do recurso, ela desenvolve os seguintes argumentos:

DO CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

- O entendimento jurisprudencial que fundamenta o presente recurso diverge do adotado pela e. Câmara *a quo*, e está representado em acórdãos, cujas ementas estão abaixo transcritas na forma do art. 67, §9º do RICARF:

Acórdão n.º 202-12.872

SIMPLES - NORMAS LEGAIS - O ato administrativo que determina a exclusão da opção pelo SIMPLES, **mesmo que impreciso na formulação de sua motivação, é salvável**, desde que nos autos reste provada a ocorrência de uma das condições legais determinantes dessa providência. Recurso negado. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: JOSE HUMBERTO DE OLIVEIRA. (Destaque nosso)

Acórdão n.º 202-13.584

SIMPLES - NORMAS LEGAIS: O ato administrativo que determina a exclusão da opção pelo SIMPLES, **mesmo que impreciso na formulação de sua motivação, é salvável**, desde que nos autos reste provada a ocorrência de uma das condições legais determinantes dessa providência. Recurso negado Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: COMAC COARACI MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. (Destaque nosso)

- O acórdão ora recorrido anulou o ADE sustentando que esse apresentava vício em sua descrição, pois não apontou com clareza a natureza dos débitos da contribuinte;
- Os acórdãos paradigmas acima reproduzidos entenderam que comprovada a ocorrência de uma das condições determinantes do ADE, esse pode ser sanado, mesmo existindo vício em sua motivação;
- No caso dos autos, é indiscutível a existência do débito da contribuinte. Portanto, seguindo o raciocínio desenvolvido pelos paradigmas, deveria ser afastada a nulidade do ADE, vez que confirmada a condição para a sua providência;
- Dessa forma, demonstrada a divergência jurisprudencial, encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade do presente recurso especial;

DOS FUNDAMENTOS PARA A REFORMA DO r. ACÓRDÃO RECORRIDO

- Conforme disciplina do art. 59 do Decreto n.º 70.235/72: [...];
- Percebe-se que os fatos que desencadearam a nulidade do ADE não são previstos na norma acima citada. Desse modo, verifica-se que a decisão da e. 1ª Turma Ordinária feriu o artigo transcrito, já que criou causa de nulidade não prevista na lei de regência;
- Com efeito, os arts. 59 e 60 do Decreto 70.235/72 devem ser interpretados de forma sistemática. O próprio art. 60 orienta o intérprete. Vejamos: [...];
- Isso significa, *a contrario sensu*, que somente importarão em nulidade as irregularidades apontadas no art. 59 da Lei do Processo Administrativo Fiscal;
- *In casu*, a decisão vergastada reconheceu como nulidade fato que não se enquadra ao art. 59 do Decreto n.º 70.235/72;
- Note-se que esse julgamento vai de encontro aos princípios da economia processual, da instrumentalidade das formas e da salvabilidade dos atos processuais. Nesse sentido, Antonio da Silva Cabral (Processo Administrativo Fiscal. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 74): [...];
- É de se concluir, por conseguinte, que se aplica a este feito o art. 60 do Decreto 70.235/72. Assim, a suposta irregularidade do ato administrativo não importará em nulidade;
- Ademais, é conveniente destacar que o CARF tem firmado o entendimento que se o contribuinte revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, mostra-se incabível a declaração de nulidade do procedimento fiscal por cerceamento de defesa, devendo prevalecer os princípios da instrumentalidade e economia processual em lugar do rigor das formas;

- Não há, portanto, qualquer situação de prejuízo ao direito de defesa a ensejar a decretação de nulidade do processo. A própria impugnação revela que o contribuinte compreendeu as razões de sua exclusão do Simples. Registre-se que o recorrido levantou essa tese somente em sede de recurso;
- Assim, não se vislumbra a ocorrência de prejuízo à defesa da contribuinte neste processo, pelo que a decretação da nulidade representa a desnecessária movimentação da máquina pública, com o dispêndio de recursos do erário, para a repetição de atos administrativos válidos, perfeitos e eficazes;
- Em face do exposto, a União (Fazenda Nacional) requer o conhecimento e o provimento do presente recurso para reformar a decisão recorrida que anulou o Ato Declaratório Executivo.

Quando do **exame de admissibilidade do Recurso Especial da PGFN**, o Presidente da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por meio do despacho exarado em 04/07/2016, deu seguimento ao recurso, fundamentando sua decisão na seguinte análise sobre a divergência suscitada:

Trata-se de Recurso Especial interposto à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), com fulcro no art. 64, inciso II (Anexo II), do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, em face do Acórdão nº 1201-00.588, proferido pela Primeira Turma Ordinária desta Câmara, na sessão de julgamento de 4 de outubro de 2011.

Aludido Recurso Especial, interposto tempestivamente pela Fazenda Nacional, está manejado em relação à matéria “nulidade do ato declaratório de exclusão do Simples Nacional”, assim ementada e decidida na decisão recorrida:

SIMPLES NACIONAL – ATO DE EXCLUSÃO.

O ato declaratório deve indicar com precisão, não só as razões jurídicas, mas sobretudo as fáticas que ensejaram a exclusão do contribuinte do regime tributário favorecido do Simples Nacional. No presente caso, os débitos que ensejaram a exclusão deveriam ter sido precisamente identificados no referido ato, por meio da indicação das suas dimensões materiais (o tipo do tributo), quantitativas (o valor) e temporais (a data do fato gerador).

Vistos, relatados e discutidos os presente autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Marcelo Cuba Netto (Relator) e Claudemir Rodrigues Malaquias, que negavam provimento, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Designado o Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes para redação do voto vencedor.

Do voto vencido da decisão recorrida, transcreve-se o seguinte trecho:

2) Da Preliminar de Nulidade do Ato Declaratório Executivo

Não pode prosperar o pedido de declaração de nulidade do ato de exclusão do Simples Nacional. [...].

[...].

Em terceiro lugar, porque os débitos são de conhecimento da interessada, tanto é que a eles fez referência em seu recurso.

Traz a Recorrente à colação acórdãos paradigmas (Acórdãos nºs 202-12.872, de 2001, e 202-13.584, de 2002), cujas ementas, quanto a essa matéria, são as seguintes, respectivamente (destaques do original):

SIMPLES - NORMAS LEGAIS - O ato administrativo que determina a exclusão da opção pelo SIMPLES, mesmo que impreciso na formulação de sua

motivação, é salvável, desde que nos autos reste provada a ocorrência de uma das condições legais determinantes dessa providência. Recurso negado.

SIMPLES - NORMAS LEGAIS - O ato administrativo que determina a exclusão da opção pelo SIMPLES, mesmo que impreciso na formulação de sua motivação, é salvável, desde que nos autos reste provada a ocorrência de uma das condições legais determinantes dessa providência. Recurso negado.

Dos acórdãos paradigmas apontados, transcrevem-se os seguintes excertos, respectivamente:

De imediato, constata-se a inadequação ou, no mínimo, imprecisão do motivo ali explicitado (“pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS e à PGFN”), com o tipo legal da norma de exclusão (“débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa”).

Contudo, o exame dos elementos de prova carreados aos autos demonstram que, na data da expedição do indigitado ato (09.01.99), havia débito inscrito na Dívida Ativa da União, que só foi quitado em 10.11.99 (DARF de fls. 05).

Daí porque, tendo em vista o princípio da salvabilidade dos atos processuais, dou como válido o ato de exclusão da Recorrente da Sistemática de Pagamentos dos Tributos e Contribuições denominada SIMPLES e, conseqüentemente, nego provimento ao recurso.

De imediato, constata-se a inadequação ou, no mínimo, imprecisão do motivo ali explicitado (“pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS e à PGFN”), com o tipo legal da norma de exclusão (“débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa”).

Contudo, o exame dos elementos de prova carreados aos autos demonstram que, na data da expedição do indigitado ato (09.01.99), reconhecidamente, a recorrente tinha um débito inscrito em Dívida Ativa da União, cuja exigibilidade não estava suspensa, cujos DARFs apresentados como prova de sua suposta quitação foram liquidados em datas posteriores a 09.01.99, quais sejam: 24.03.99 (DARF de fl. 06) e 10.11.2000 (DARF de fl. 33).

Daí porque, tendo em vista o princípio da salvabilidade dos atos processuais, dou como válido o ato de exclusão da Recorrente da Sistemática de Pagamentos dos Tributos e Contribuições denominada SIMPLES e, conseqüentemente, nego provimento ao recurso.

Passo à análise dos pressupostos de admissibilidade do Recurso Especial interposto.

Destaca-se, de início, que o Recurso Especial tem por escopo uniformizar o entendimento da legislação tributária entre as câmaras e turmas que compõem o CARF, não se prestando como terceira instância recursal no reexame de material probatório. Deve, pois, o alegado dissenso jurisprudencial se dar em relação a questões de direito, tratando, todos, da mesma situação fática (Acórdão CSRF n.º 9101-001.548, de 2013) e da mesma legislação aplicável (Acórdão CSRF n.º 9101-00.213, de 2009).

Assim, a divergência jurisprudencial não se estabelece em matéria de prova, e sim na interpretação das normas (Acórdão CSRF/01-04.592, de 2003). Acrescente-se, também, que, se os acórdãos confrontados examinaram normas jurídicas distintas, ainda que os fatos sejam semelhantes, não há falar-se em divergência de julgados, uma vez que a discrepância a ser configurada diz respeito à interpretação da mesma norma jurídica (Acórdão CSRF/01-02.638, de 1999).

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a Recorrente logrou êxito em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a decisão recorrida (voto vencedor) entendeu **ser nulo** o ato declaratório de exclusão do Simples Nacional, **ainda que os débitos sejam de conhecimento da interessada**, como havia entendido o voto vencido —, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos n.ºs 202-12.872, de 2001, e 202-13.584, de 2002) decidiram, de modo diametralmente oposto, **não ser nulo** (ser “salvável”) o ato declaratório de exclusão do Simples, **se os débitos são de conhecimento da interessada**, que os quitou após a data de expedição daquele ato.

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela caracterização da divergência de interpretação suscitada.

Mediante Edital, a contribuinte foi intimada do Acórdão n.º 1201-00.588, do recurso especial da PGFN, e do despacho que deu seguimento a esse recurso, e ela não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Andrea Duek Simantob, Relatora.

De início, afirmo que não há condições para se conhecer do recurso especial da PGFN. O problema para a admissibilidade do recurso especial é que os paradigmas apresentados não servem para a caracterização da alegada divergência jurisprudencial.

É importante lembrar que a divergência jurisprudencial se caracteriza quando os acórdãos recorrido e paradigma, em face de situações fáticas similares, conferem interpretações divergentes à legislação tributária.

Também sempre é bom destacar que a divergência jurisprudencial não se estabelece em matéria de prova, e sim na interpretação da legislação (Acórdão n.º CSRF/01-04.592, de 11 de agosto de 2003), e que no exame de situações fáticas diversas, cada qual com seu conjunto probatório específico, as soluções diferentes podem não ter como fundamento a interpretação diversa da legislação, mas sim as diferentes situações fáticas retratadas em cada um dos julgados, exatamente o que ocorre no caso do recurso especial sob exame.

O motivo pelo qual os paradigmas mantiveram o ato declaratório de exclusão do Simples não é o apontado no despacho de admissibilidade, ou seja, porque os débitos simplesmente eram de conhecimento da interessada.

No caso dos paradigmas, os débitos realmente eram de conhecimento da interessada.

Mas o ato de exclusão foi mantido principalmente porque estava comprovada nos autos a ocorrência de uma das condições legais determinantes daquela providência; porque os elementos de prova carreados aos autos demonstravam o débito que havia fundamentado o ato de exclusão, inclusive com cópia do DARF de sua posterior quitação.

No caso do acórdão recorrido, isso não ocorreu.

Vale reproduzir o seguinte trecho dos votos proferidos no acórdão recorrido:

Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Relator. [...]

2)Da Preliminar de Nulidade do Ato Declaratório Executivo

Não pode prosperar o pedido de declaração de nulidade do ato de exclusão do Simples Nacional. Em primeiro lugar porque tal pedido tem como alicerce o art. 15, § 3º, da Lei n.º 9.317/96, norma essa que, desde 01/07/2007, encontra-se revogada pelo art. 89 da Lei Complementar 123/2006.

Em segundo lugar porque o ato declaratório combatido informou expressamente que os débitos que deram causa à exclusão encontravam-se "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>".

Em terceiro lugar porque os débitos são de conhecimento da interessada, tanto é que a eles fez referência em seu recurso. [...]

Voto Vencedor

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Redator designado.

Com a devida vênia ao voto proferido pelo ilustre conselheiro relator, os débitos "indicados" no ato declaratório de exclusão do Simples Nacional não eram de fácil e imediato conhecimento do contribuinte.

É evidente que não bastava o mero acesso ao site da Receita Federal para a obtenção da informação como parece indicar a redação do ato atacado. Se fosse assim, qualquer pessoa poderia obter tal informação, o que violaria o sigilo fiscal previsto nas disposições da codificação tributária.

No mínimo, o sujeito passivo, uma pequena empresa protegida pelo regime constitucional do tratamento jurídico favorecido (art. 170, IX e art. 179 da CF), deveria possuir certificação digital, exigência excessiva para uma unidade produtiva que deveria ser protegida pelo Estado nos termos do nosso Diploma Superior.

É evidente que o ato viola os preceitos constitucionais da publicidade, do devido processo legal e, principalmente, do tratamento jurídico favorecido para as empresas de pequeno porte. Seu vício ao deixar de apontar com precisão e clareza a natureza dos débitos, nas suas dimensões materiais (tipo do tributo), quantitativas (valor) e temporais (data do fato gerador), é evidente.

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

No caso do acórdão recorrido, a contribuinte alegou a nulidade do ato de exclusão, tendo em vista a falta de indicação dos débitos que motivaram esse ato. E, adicionalmente, alegou genericamente que esses débitos foram quitados, mediante compensação e parcelamento.

E foi a partir dessa alegação genérica que o voto vencido constante do acórdão recorrido considerou que os débitos que deram causa à exclusão, além de poderem ser identificados no Sítio da Secretaria da Receita Federal do Brasil na Internet, também eram de conhecimento da interessada, "tanto é que a eles fez referência em seu recurso". Entretanto, não foi apontada nenhuma informação mais específica em relação a esses débitos, nem no acórdão recorrido (voto vencido), e nem no próprio recurso especial ora em exame.

A situação do acórdão recorrido, em que se afirma genericamente que a contribuinte sabia quais eram os débitos que justificaram o ato de exclusão, sem trazer qualquer especificação sobre esses débitos, não pode ser equiparada à situação dos paradigmas, onde havia nos autos a identificação precisa do débito que havia justificado o ato de exclusão, inclusive com a juntada do DARF de sua posterior quitação.

Realmente, não há como visualizar, a partir dos paradigmas apresentados, uma divergência "jurisprudencial" que permita o debate proposto pela PGFN em torno dos fundamentos pelos quais o acórdão recorrido cancelou o ato de exclusão do Simples Nacional.

A falta de comprovação de divergência inviabiliza o processamento do recurso especial.

Por seu turno, resta salientar que **a maioria do colegiado divergiu da minha fundamentação, nos termos da declaração de voto** apresentada pela i. Conselheira Edeli Pereira Bessa, a qual integra este ato decisório.

De todo modo, conduzo o meu voto no sentido de NÃO CONHECER do recurso especial da PGFN.

(documento assinado digitalmente)
Andrea Duek Simantob

Declaração de Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Acompanhei a I. Relatora em suas conclusões porque vislumbro as dessemelhanças entre os acórdãos comparados sob outro prisma.

O acórdão recorrido (n.º 1201-00.588), como bem relatado, cancelou ato de exclusão editado em face de Contribuinte optante pelo Simples Nacional. O Conselheiro relator restou vencido em seu entendimento de que seria válido o ato de exclusão porque os débitos que o motivaram poderiam ser identificados pela Contribuinte mediante consulta ao sítio da Receita Federal na Internet. Prevaleceu o entendimento de que a pequena empresa, protegida pelo regime constitucional do tratamento jurídico favorecido, não poderia ser submetida a exigência de certificação digital para acesso a esses dados.

Já os paradigmas admitidos, Acórdãos n.º 202-12.872 e 202-13.584, analisaram atos de exclusão de Contribuintes optantes pelo Simples Federal, nos quais não eram discriminados os débitos que motivaram a exclusão, nem apontada forma de consulta para acesso a essas informações. Apesar disso, a 2ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, orientada pelo *princípio da salvabilidade dos atos processuais*, validou a exclusão porque confirmado nos autos a existência de débitos que a justificariam.

Referidas decisões paradigmáticas, aliás, encontrariam óbice para caracterização de dissídio jurisprudencial no art. 67, §12, inciso III do Anexo II do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015 – RICARF, contrariarem súmula deste Conselho, no caso, a Súmula CARF n.º 22:

Súmula CARF n.º 22 É nulo o ato declaratório de exclusão do Simples Federal, instituído pela Lei n.º 9.317, de 1996, 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. (Súmula revisada conforme Ata da Sessão Extraordinária de 03/09/2018, DOU de 11/09/2018). (Vinculante, conforme Portaria ME n.º 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Acórdãos Precedentes:

Acórdão n.º 303-31479, de 17/06/2004 Acórdão n.º 303-31882, de 24/02/2005 Acórdão n.º 301-31763, de 02/12/2004 Acórdão n.º 301-31917, de 17/06/2005 Acórdão n.º 301-32.120, de 13/09/2005

Destaco que referida súmula foi revisada em 2018 para deixar expresso que o entendimento nela fixado se referia, apenas, aos atos de exclusão do Simples Federal, na forma da Lei n.º 9.317/96, vez que aperfeiçoamentos verificados a partir da instituição do Simples Nacional, regido pela Lei Complementar n.º 123/2006, resultaram em atos de exclusão associados a meios de consulta dos débitos que os motivaram.

O acórdão recorrido, como visto, operou neste novo cenário fático e legislativo e, por tais razões os paradigmas indicados, nos quais não foi analisada a validade desta nova

sistemática de informação dos débitos que motivaram a exclusão, não se prestam à caracterização do dissídio jurisprudencial suscitado.

Estas as razões, portanto, para também NÃO CONHECER do recurso especial da PGFN.