



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

Processo n° 13766.000336/2003-13
Recurso n° Embargos
Acórdão n° **1802-001.353 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 11 de setembro de 2012
Matéria SIMPLES - INCLUSÃO RETROATIVA
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado J. N. RAINHA - ME

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999, 2000, 2001

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADA.

Rejeitam-se os embargos quando não comprovada a existência de omissão/contradição/obscuridade no acórdão embargado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR os embargos, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel – Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, Nelso Kichel, Marciel Eder Costa, Gustavo Junqueira Carneiro Leão, Marco Antonio Nunes Castilho e Jose de Oliveira Ferraz Correa.

Relatório

A Fazenda Nacional, inconformada com o decidido no Acórdão nº. 1802-01.010, de 18/10/2011 (fls. 80/84), opôs Embargos de Declaração (fls. 88/89) com fundamento no artigo 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº. 256/2009, em face de suposta existência de contradição na fundamentação do acórdão embargado.

O citado acórdão foi recepcionado na Procuradoria da Fazenda Nacional em 03/04/2012, conforme Relação de Movimentação – RM nº 15.433, de 29/03/2012, de fl.86, considerando-se intimada 30 (trinta) dias após (§§ 7º a 9º, do art. 23, do Decreto nº 70.235/72, com redação dada pela Lei nº 11.547, de 16/03/2007, D.O.U de 19/03/2007).

Os Embargos de Declaração foram protocolizados em 03/05/2012 (fls.88/89), portanto, dentro do prazo de 05 (cinco) dias fixado no § 1º do artigo 65 do RICARF.

O acórdão embargado tem a seguinte ementa (fl. 80), *in verbis*:

(...)

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999, 2000, 2001

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA.

Devem ser rejeitados os embargos, quando comprovada a inexistência de omissão/contradição/obscuridade no acórdão embargado.

(...)

A embargante argumenta que o acórdão guerreado conteria contradição na fundamentação.

A propósito, transcrevo as razões aduzidas pela embargante, pedindo provimento aos embargos (fl. 89), *in verbis*:

(...)

Em seu voto condutor, o relator, acompanhado por seus pares, consignou que os débitos de fls. 34/35 seriam posteriores à data do pedido de inclusão no Simples (29/05/2003).

Ocorre que a União, em sua primeira manifestação, não só apontou os aludidos débitos, como também fez referência aos débitos de fls. 32/33, entre os quais, encontram-se débitos vencidos em 10/04/2003 e 12/05/2003, anteriores, portanto, a data de protocolo do contribuinte.

Processo nº 13766.000336/2003-13
Acórdão n.º **1802-001.353**

S1-TE02
Fl. 93

Sendo assim, o acórdão se mostra contraditório em sua fundamentação, ao consignar que os débitos apontados seriam posteriores ao pedido de inclusão no Simples, porquanto a União indicou débitos anteriores ao protocolo do aludido requerimento.

Diante disso, a União (Fazenda Nacional) requer sejam conhecidos e providos os presentes Embargos de Declaração, para sanar o vício acima indicado.

(...)

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator

Os presentes Embargos de Declaração foram protocolizados tempestivamente e preenchem as demais condições de admissibilidade. Por conseguinte, deles conheço.

Diversamente do alegado pela Procuradoria da Fazenda Nacional, **não restou configurada a indigitada contradição de fundamentação no acórdão atacado.**

Antes de tudo, para adequada compreensão dos fatos, torna-se necessário, primeiro, transcrever a ementa do **Acórdão nº 1802-00.876, de 23/05/2011**, que enfrentou as razões aduzidas pelo sujeito passivo em seu Recurso Voluntário (fl. 63):

(...)

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999, 2000, 2001

SIMPLES. INCLUSÃO RETROATIVA. CONDIÇÕES. COMPROVAÇÃO.

É cabível a inclusão retroativa no SIMPLES quando comprovada a inexistência de óbice legal para figurar nesse regime simplificado de apuração de tributos.

DESPACHO DECISÓRIO. NÃO IDENTIFICAÇÃO DOS DÉBITOS.

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 (Súmula CARF nº 22).

(...)

Nesse sentido, ainda consta da fundamentação do voto condutor (fl.67):

(...)

Compulsando os autos, de plano, observa-se que a recorrente tem razão em sua pretensão, por duas razões:

Primeiro, o despacho decisório – quando se referiu aos débitos em cobrança foi lacônico, pois não identificou, não discriminou quais seriam esses débitos, nem informou se eram débitos com exigibilidade suspensa ou não (fls. 37/38).

A mera alusão a “débitos em cobrança” no despacho decisório, sem especificação precisa de quais seriam esses débitos, é causa, suficiente, para decretação de invalidade desse ato administrativo, inclusive, entendimento pacífico, nesse sentido, já foi sumulado neste Egrégio Conselho, in verbis:

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.

Por último, (...), observa-se que em 31/05/2007 – antes da expedição desse despacho decisório – houve a juntada – pelo fisco de tela de extrato de débitos do Simples em cobrança – dos períodos de apuração mensais 01/2003 a 12/2003 (CONTACORPJ), débitos em cobrança (SIEF) dos períodos de apuração mensais 01/2004 a 12/2004 e débitos do Simples inscritos na PFN em 12/08/2004 com exigibilidade suspensa (ativa com parcelamento simplificado) – fls. 32/36.

Ora, esses débitos em cobrança, apontados como óbices, não se subsumem ao disposto no art. 9º, XV, da Lei nº 9.317/96, que estatui:

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;

Como demonstrado, os débitos em cobrança, desde o início, não representavam óbice algum, na época, para deferimento de inclusão retroativa no Simples, pois não se enquadravam na vedação do art. 9º, inciso XV, da Lei nº 9.317/96 (os únicos débitos inscritos em Dívida Ativa estavam com exigibilidade suspensa).

Ademais, todos os débitos em cobrança suscitados são do Simples (fls.31/36), em face de apresentação de Declaração Simplificada do Simples nos anos-calendário 1997 a 2001, conforme demonstrativo de fl. 30.

Portanto, propugno pelo deferimento da inclusão retroativa no Simples para os anos-calendário 1997 a 2001, pois, além de legitimar situação de fato já definitivamente consolidada, é medida de justiça, ante a inexistência de óbice legal para o citado período, ficando, por conseguinte, sem efeito – desde o início o mencionado despacho decisório.

(...)

Entretanto, a União, por intermédio da PFN, embargou essa decisão em 02/08/2011, aduzindo nas razões dos embargos (fls. 69/70):

(...)

Ocorre que, apesar de não constar no próprio despacho decisório a identificação dos débitos, foram juntados aos autos diversas telas (fls. 31/35) que identificam detalhadamente os débitos em aberto, com a indicação do tributo devido, do período de apuração, bem como da situação da dívida (vencida em cobrança).

Tais informações, s.m.j., permitem ao contribuinte compreender a razão da negativa de sua inclusão na sistemática do Simples, possibilitando o exercício pleno do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Ademais, cabe esclarecer que os débitos objeto de parcelamento, incluídos no processo nº 10783-202.591/2004-83 (fl. 36), cuja exigibilidade estava suspensa, referem-se ao período de 09/1997 a 10/2002 (Doc. 1). Não se confundem, portanto, com os débitos indicados às fls. 32 a 35, que se referem às competências 01/2003 a 12/2004, para os quais não existia causa suspensiva de exigibilidade.

(...)

Os embargos foram rejeitados pelo **Acórdão nº. 1802-01.010, de 18/10/2011** (fls. 80/84), cuja ementa transcrevo:

(...)

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999, 2000, 2001

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA.

Devem ser rejeitados os embargos, quando comprovada a inexistência de omissão/contradição/obscuridade no acórdão embargado.

(...)

(fl.80/84): Ainda, consta do voto condutor desse acórdão a seguinte fundamentação

(...)

Por último, conforme a própria Procuradoria da Fazenda Nacional argumentou nas razões dos Embargos, os débitos de fls. 34/35 (débitos em cobrança), cuja cópia da tela do SIEF foi juntada aos autos apenas em 31/05/2007, além de não estarem inscritos em dívida ativa da União ou do INSS, não se referem aos anos-calendário 1997, 1998, 1999, 2000 e 2001 (períodos objeto do pedido de inclusão retroativa no Simples), mais sim de

períodos de apuração posteriores, ou seja, do ano-calendário 2004 (débitos do Simples).

No caso, os débitos de fls. 34/35 são posteriores, inclusive, à data do requerimento de inclusão retroativa no Simples, que foi protocolizado na Repartição da RFB em 29/05/2003, conforme consta do relatório do acórdão recorrido (fl. 63-verso).

(...)

Inconformada com a rejeição dos embargos, a Fazenda Nacional, por intermédio da PFN, novamente apresentou embargos, argumentando, agora, a existência de contradição na fundamentação do voto condutor do acórdão embargado, pois, embora os débitos na época em cobrança do Simples – telas SIEF de fls. 34/35 - fossem atinentes a períodos de apuração posteriores ao pedido de inclusão retroativa no Simples, havia outros débitos do Simples em cobrança – CONTACORPJ - de fls. 32/33, vencidos em 10/04/2003 e 12/05/2003, que, portanto, eram anteriores à data de protocolo do pleito da contribuinte (débitos em cobrança).

Data venia, é irrelevante tal argumentação da embargante, por duas razões:

1) - Os débitos do Simples em cobrança de fls. 32/33 (CONTACORPJ) e os débitos do Simples em cobrança de fls. 33/34 (SIEF) não representam empecilho algum para opção pelo Simples, pois ainda não estavam inscritos na Dívida Ativa da União. Tal situação, por conseguinte, não se subsume ao óbice legal estatuído no art. 9º, XV, da Lei nº 9.317/96.

2) - Ademais, essa segregação de débitos, - que pretende fazer a embargante, ou seja, débitos de fls. 32/33 (períodos de apuração antes do pedido) e fls. 34/35 (períodos de apuração depois do pedido) -, restou prejudicada no caso, pois o despacho decisório, que indeferiu a inclusão retroativa no Simples, não identificou quais os débitos que seriam óbice legal, nos termos do art. 9º, XV, da Lei nº 9.317/96; consignou apenas que havia débitos em cobrança (sem especificar se os débitos estavam, ou não, inscritos em Dívida Ativa da União e se estavam, ou não, com a exigibilidade suspensa).

Por configurar, tal situação, vício insanável (falta ou deficiência de motivação e fundamentação) com prejuízo à defesa, o despacho decisório foi julgado nulo por esta Turma, pelo Acórdão nº 1802-00.876, de 23/05/2011 (fls. 63/68).

Como demonstrado, quanto a esses débitos em cobrança - CONTACORPJ (fls. 32/33), a embargante busca sem razão, mais uma vez, em sede de embargos de declaração, rediscutir o mérito da lide, o qual já foi enfrentado pelo Acórdão nº 1802-00.876, de 23/05/2011 (fls. 63/68), quando da aplicação do entendimento da Súmula CARF nº 22:

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.

A citada Súmula CARF, conforme demonstrado, consolida entendimento, justamente, pela inaplicabilidade da vedação do art. 9º, XV, da Lei nº 9.317/96, quando o

despacho decisório rejeita o pedido de opção pelo Simples sem especificar quais seriam os supostos débitos em cobrança (despacho decisório lacônico, genérico, com vício insanável de motivação e fundamentação), como no caso.

A propósito, consta do despacho decisório quanto à existência de débitos em cobrança (fl. 33).

(...)

Em consulta aos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil constatou-se a existência de vários débitos em cobrança em nome da requerente.

(...)

Ora, tal situação configura nulidade do despacho decisório por vício insanável (falta de motivação e fundamentação), causando prejuízo à defesa, por violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório (cerceamento do direito de defesa), conforme já restou decidido no **Acórdão nº 1802-00.876, de 23/05/2011** (fls. 63/66).

Destarte, quanto aos débitos de que tratam as telas de fls. 32/33 e as telas de fls. 34/35, a vedação de opção no Simples não se subsume ao art. 9º, XV, da Lei nº 9.317/96, pois sequer consta do despacho decisório a informação de que eles estariam inscritos em Dívida Ativa da União e que estariam com exigibilidade não suspensa.

Vale dizer, a lei veda opção pelo Simples (Lei nº 9.317/96, art. 9º, XV) para existência de débitos inscritos em Dívida Ativa da União e em cobrança (sem exigibilidade suspensa); porém, no caso, tal situação não restou configurada na data do pedido de opção retroativa no Simples e, também, nada data de emissão do despacho decisório.

Portanto, os fatos objeto da lide deste processo não se subsumem ao comando legal que veda opção ao Simples (Lei nº 9.317/96, art. 9º, XV).

Ainda, não tem plausibilidade jurídica a argumentação da embargante de que tal vício do despacho decisório não seria suficiente para causar prejuízo à defesa da contribuinte, uma vez que, nas razões do recurso voluntário, a contribuinte reconheceu a existência de débitos em cobrança.

Ora, como já restou demonstrado, diversamente do alegado pela embargante, o referido despacho decisório - ato administrativo -, por estar eivado de vício insanável de nulidade (matéria de ordem pública), teve sua nulidade decretada pelo Acórdão nº 1802-00.876, de 23/05/2011 (fls. 63/66).

O prejuízo ao direito de defesa é presumido, no caso de vício insanável de nulidade do ato administrativo (matéria de ordem pública). Por isso, da aplicação da Súmula CARF nº 22.

Por conseguinte, diversamente da pretensão da embargante, não restou caracterizada a alegada contradição de fundamentação no acórdão embargado.

Processo nº 13766.000336/2003-13
Acórdão n.º **1802-001.353**

S1-TE02
Fl. 99

Por tudo que foi exposto, voto para REJEITAR os embargos.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel

CÓPIA