



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

Processo nº 13840.000912/2003-92
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1003-000.285 – Turma Extraordinária / 3ª Turma
Sessão de 08 de novembro de 2018
Matéria SIMPLES FEDERAL
Embargante PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
Interessado MEDITAL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE DESCARTÁVEIS
HIGIENE E LIMPEZA LTDA. ME

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2000

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO.
ACOLHIMENTO.

Acolhem-se os embargos de declaração, para o fim de suprir a omissão que é a falta de manifestação do julgado sobre ponto em que se impunha o seu pronunciamento de forma obrigatória, dentro dos ditames da causa de pedir.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos de declaração opostos pela PGFN, sem efeitos infringentes, para integrar o Acórdão da 3ª TE/1ª SEÇÃO/CARF nº 1003-000.013, de 06.06.2018.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Sérgio Abelson, Bárbara Santos Guedes, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

A Recorrente optante pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples foi excluída de

ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/CPS nº 358.316, de 29/09/2000, a partir de 01.11.2000 com fundamento na "existência de débitos inscritos em Dívida Ativa da União perante a PGFN", de acordo com os arts. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, fls. 167-169 e 173-175.

A empresa manifestou-se contrariamente ao procedimento, apresentando em 17.10.2003 a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples – SRS, fls. 01-02, com pedido de revisão do ato em rito sumário. Argumenta em síntese que a sua situação fiscal está regular dado que os sistemas internos da RFB não computou o pagamento de tributo no código 3657 efetuado em 30.09.1997 no valor total de R\$105,88, conforme DARF autenticado, fl. 24.

Em conformidade com o Despacho Decisório da DRF Limeira/SP, fls. 177-178, as informações relativas à opção pelo Simples foram analisadas das quais se pelo indeferimento do pedido. Restou esclarecido que:

A pessoa jurídica acima identificada foi excluída do SIMPLES, a partir de 01/11/2000, pela existência de débitos inscritos em Dívida Ativa da União perante a PGFN, da empresa, com base no art. 9º, inciso XV da Lei nº 9.317/1996, conforme o Ato Declaratório Executivo DRF/CPS nº 358.316, de 29/09/2000 (fl. 167).

Conforme registro constante do sistema SUCOP, a notificação foi entregue ao destinatário (fl. 165), porém não foi localizado o respectivo AR.

O processo que deu causa à exclusão, no âmbito da PGFN, foi o de número 10830.257212/97-35, correspondente à inscrição em Dívida Ativa da União nº 80 6 97 126507- 00.

Pesquisando-se os sistemas da PGFN, verificou-se que a inscrição relativa ao processo acima mencionada somente foi extinta por pagamento em 29/11/2006.

O interessado junta, para a devida análise, cópia do Contrato Social da pessoa jurídica, cuja atividade econômica assim está descrita: "comércio de materiais médico-cirúrgico-hospitalares " (vide fls. 30 a 65).

É o relatório. Passo a informar e decidir.

A pretensão da pessoa jurídica, consistente no fato de procurar optar pela sistemática instituída pelo SIMPLES, conforme restou amplamente demonstrado, reúne condições de prosperar, a partir de 01/01/2007, ano-calendário seguinte à regularização das suas pendências com a PGFN.

CONSIDERANDO que esta decisão não elide o direito que tem a Fazenda Pública de realizar futuras verificações quanto à situação tributária declarada.

Isso posto, DECIDO deferir a reinclusão da empresa no SIMPLES a partir de 01/01/2007.

Cientificada, a Recorrente apresentou a manifestação de inconformidade. Está registrado na ementa do Acórdão da 6ª Turma/DRJ/Ribeirão Preto/SP nº 14-33.146, de 19.05.2011, fls. 213-215:

DÉBITO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA. EXCLUSÃO.

Comprovado nos autos que a pendência perante a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional que motivou a exclusão da contribuinte somente foi regularizada em 24/11/2006, somente cabe sua inclusão a partir de 01/01/2007.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Notificada, a Recorrente apresentou o recurso voluntário. Está registrado na ementa do Acórdão da 3ª TE/1ª SEÇÃO/CARF nº 1003-000.013, de 06.06.2018, e-fls. 257-264:

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

Ano-calendário: 2000

PRELIMINAR DA MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. FALTA DE JUNTADA AO PROCESSO DO ATO DE EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE CIRCUNSTANCIAL DE CONTROLE DE LEGALIDADE DO ATO.

A falta de juntada ao processo do ato de exclusão do Simples é matéria de ordem pública que prejudica a caracterização inequívoca do fato que motivou a exclusão em consonância com a norma legal. A RFB é o órgão competente para promover de ofício a instrução dos autos com o referido ato administrativo e não o fez como provado cabalmente por impossibilidade circunstancial de controle da legalidade ato administrativo em sede de instauração de litígio. Sendo uma preliminar de vício insanável fica prejudicado o julgamento do mérito devida a incompatibilidade entre ambos. [...]

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora.

Notificada da referida decisão em 04.07.2018, e-fls. 256, a PGFN opôs embargos de declaração em 01.08.2018 (§ 9º do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972), suscitando que:

Ocorre que nulidade é termo equívoco e, desse modo, torna-se necessária a especificação do seu sentido.

Partindo da premissa de que houve nulidade, a Fazenda Nacional entende que se trata de **nulidade formal**, pois seu fulcro estaria centrado em **fato procedimental**. No entanto, faz-se necessária, para que se espanquem tergiversações, a **manifestação expressa dessa Colenda Câmara**.

Para ratificar esse entendimento, destaca-se a doutrina de Leandro Paulsen (Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 9ª ed. pág. 1112):

“**Vício formal x vício material.** Os vícios formais são aqueles atinentes ao procedimento e ao documento que tenha formalizado a existência do crédito tributário. Vícios materiais são os relacionados à validade e à incidência da lei”.

Em face da omissão exposta, requer a União (Fazenda Nacional) seja conhecido e provido o presente recurso para que essa e. Câmara complemente o acórdão de modo **que fique expresso o tipo de vício que supostamente maculou o processo (se material ou formal)**. (grifos acrescentados)

Os embargos foram admitidos, conforme Despacho de e-fls. 270-272.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

Os Embargos de Declaração opostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) atendem aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, nos termos do art. 65 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015.

A PGFN argui que houve omissão no acórdão embargado em relação ao "tipo de vício que supostamente maculou o processo (se material ou formal)".

A situação de omissão está apontada objetivamente. Registre-se que não houve expressa manifestação do julgador sobre ponto em que se impunha o seu pronunciamento de forma obrigatória, dentro dos ditames da causa de pedir em relação a natureza jurídica do vício (formal ou material) que maculou o procedimento de exclusão da pessoa jurídica do Simples.

Consta no Acórdão da 3ª TE/1ª SEÇÃO/CARF nº 1003-000.013, de 06.06.2018, e-fls. 257-264:

Antes de analisar o mérito, cabe examinar a preliminar de matéria de ordem pública de falta de juntada do Ato Declaratório Executivo DRF/CPS nº 358.316, de 29.09.2000. [...]

Em relação ao ato administrativo vinculado o qual consubstancia a exclusão do Simples, a Lei nº 9.317, de 1996, determina:

Art. 15 [...]

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

Nesse sentido, a falta da juntada da cópia do ato administrativo litigioso é uma objeção, ou seja, é matéria de ordem pública que pode ser conhecida de ofício a qualquer tempo e em qualquer instância de julgamento. Vale observar que tratando-se de ato vinculado tem-se que a lei define todos os seus aspectos e a Administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expresse como requisito de validade¹. [...]

De acordo com o que está registrado no referido Comunicado, o Ato Declaratório Executivo DRF/CPS nº 358.316, de 29/09/2000, não consta nos autos nem foi localizada cópia nos sistemas internos da RFB, o que torna inócua uma possível realização de diligência com esse escopo. Assim não se pode comprovar o literal enunciado ali expresso como fundamento da exclusão, inclusive para que se possa examinar as circunstâncias factuais para aplicação do enunciado da Súmula CARF nº 22. [...]

¹ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito administrativo brasileiro. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 130-137.

Verifica-se que a ausência comprovada de forma cabal do Ato Declaratório Executivo DRF/CPS nº 358.316, de 29.09.2000, nos presentes autos pressupõe vício processual insanável, já que trata-se de vício de saneamento não possível, embora as autoridades preparadoras tenham envidado todos os esforços possíveis com a finalidade de juntar o ato administrativo. Assim, como se trata de questão preliminar de matéria de ordem pública que é incompatível com o mérito, o julgamento das alegações da Recorrente sobre sua regularidade fiscal ficam prejudicadas. (grifos acrescentados)

Em relação a matéria, a Solução de Consulta Interna (SCI) Cosit nº 08, de 08 de março de 2013, determina:

A questão é definir o que são esses atos meramente irregulares. Utiliza-se o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Atos irregulares são aqueles padecentes de vícios materiais irrelevantes, reconhecíveis de plano, ou incursos em formalização defeituosa consistente em transgressão de normas cujo real alcance é meramente o de impor a padronização interna dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos. (in Curso de Direito Administrativo, 29ª ed., p. 478)

6.3. Não há nulidade sem prejuízo da parte. No caso de erro na identificação do sujeito passivo que não macule o seu direito de defesa nem o normal andamento do processo administrativo fiscal, não há necessidade de se proceder a um novo lançamento. [...]

Mas há as situações que geram a invalidade do lançamento, tornando-os anuláveis ou nulos. São atos cujos vícios podem ser tanto formais como materiais. O que os diferencia, basicamente, é se o vício está no instrumento de lançamento ou no próprio lançamento. O vício formal está no elemento forma do ato administrativo, enquanto o vício material está no objeto. Para ajudar na distinção entre vício formal e material, utiliza-se a base teórica de Eurico Marcos Diniz de Santi:

Assim, o ato administrativo (processo) produz o ato administrativo (produto), ao passo que o ato legislativo (processo) produz a lei (produto) e o ato judicial (processo) produz a sentença (produto).

(...)

Ora, se de um lado essa dualidade é aceita na linguagem técnica, de outro, no plano científico, que prima pela univocidade de seus termos, deve ser esclarecida de antemão.

Assim, convencionaremos chamar ato-fato administrativo, ao ato da autoridade administrativa que configura o fato do exercício da competência administrativa, e ato-norma administrativo, à norma individual e concreta produzida por esse ato-fato, deixando a expressão ato administrativo para designar o gênero que envolve essas duas espécies. (SANTI, Eurico Marcos Diniz. Decadência e Prescrição no Direito Tributário. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 104 e 106)

8. O vício formal ocorre no instrumento de lançamento (ato-fato administrativo). É quando o produto do lançamento está corretamente direcionado ao sujeito passivo, ou seja, está correto o critério pessoal da regra-matriz de incidência. Contudo, há erro formal no instrumento de lançamento (auto de infração

ou notificação de lançamento) que tem o condão de prejudicar o direito de defesa do autuado ou notificado. São os atos considerados anuláveis.

Não se adentra na discussão se há anulabilidade de ato administrativo, uma vez que o PAF nada dispôs sobre o assunto; para a solução prática da presente consulta, utilizar-se-á tal diferenciação, pois mesmo os autores que não a aceitam consideram haver diferenças de nulidades dos atos administrativos.

Verifica-se que o vício forma é aquele que está no procedimento ou no elemento forma do ato administrativo da exclusão. Por seu turno, o vício material é aquele que está na validade do objeto ou na incidência da legislação que rege a própria exclusão.

Assim, a falta de juntada no processo do Ato Declaratório Executivo DRF/CPS nº 358.316, de 29.09.2000 caracteriza vício formal, uma vez que maculou o procedimento de exclusão da pessoa jurídica do Simples.

Em assim sucedendo, voto em acolher os embargos de declaração opostos pela PGFN, sem efeitos infringentes, para integrar o Acórdão da 3ª TE/1ª SEÇÃO/CARF nº 1003-000.013, de 06.06.2018.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva