



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

Processo n° 13888.000599/2007-70
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-002.033 – 1ª Turma
Sessão de 09 de outubro de 2014
Matéria SIMPLES
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado SMART REPRESENTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PORTARIA LTDA

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

Ano-calendário: 2003

RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DIVERSIDADE DE SITUAÇÕES FÁTICAS.

Nos casos em que não há similitude fática entre os acórdãos comparados não deve ser conhecido o Recurso Especial, pois não se caracteriza a divergência jurisprudencial - requisito de admissibilidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, em não conhecer o recurso.

(assinado digitalmente)
 OTACILIO DANTAS CARTAXO - Presidente.

(assinado digitalmente)
 JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR – Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: OTACÍLIO DANTAS CARTAXO (Presidente). MARCOS AURELIO PEREIRA VALADÃO, VALMIR SANDRI, VALMAR FONSECA DE MENEZES, KAREM JUREIDINI DIAS, JORGE CELSO FREIRE DA SILVA, ANTONIO LISBOA CARDOSO (Suplente Convocado), RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO, JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR, PAULO ROBERTO CORTEZ (Suplente Convocado).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência (fls. 142/148) interposto pela Fazenda Nacional com fundamento nos artigos 67 e 68 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria n.º 256, de 22/06/2009.

Insurgiu-se a Recorrente contra o acórdão n.º 1801-00.633, proferido pelos membros da 1ª Turma Especial, da Primeira Seção de Julgamento deste Conselho que, por unanimidade de votos, deram provimento ao recurso voluntário, para declarar nulo o Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples n.º 18, de 20/06/2008.

O acórdão, na parte recorrida, foi assim ementado:

“ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. NULIDADE.

Deve ser declarado nulo, nos termos do artigo 59 do Decreto no. 70.235, de 1972 - PAF, o Ato Declaratório Executivo de exclusão de empresa do simples que não possui motivação (razão ou indicação da atividade vedada praticada) nem fundamentação legal (dispositivo legal violado ou inobservado), acarretando o cerceamento do direito de defesa com prejuízos ao contraditório.”

No voto condutor do acórdão recorrido, foi consignado que o procedimento de exclusão da empresa do simples se mostrou defeituoso desde o início, isto porque a exclusão se deu com base no despacho decisório 700, de 12/06/2007, pois o ADE somente foi confeccionado após mais de um ano da impugnação apresentada pelo contribuinte. Nesse ponto concluiu que o ADE não observou os requisitos legais intrínsecos necessários a produzir os efeitos pretendidos.

Observou, ainda, que o ato declaratório é essencial para garantia do contraditório e da ampla defesa, pois é nele que o contribuinte identifica os fundamentos e motivação da sua exclusão. Desse modo, inexistindo o motivo ensejador da exclusão e o dispositivo legal infringido, justificam a nulidade do ato.

A Fazenda Nacional, em suas razões recursais, afirmou que em que pese a existência de deficiência na exposição da razão da atividade vedada praticada, bem como da fundamentação legal, os quais não constaram no ADE, as mesmas foram sanadas com o despacho decisório 700/2007, do qual o contribuinte foi notificado e permitiu que o pleno conhecimento da atividade que a fiscalização considerou vedada.

Trouxe como paradigma:

“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.” (Processo 10650.000011/00-44. Ac 202-12872)

NULIDADE - LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO FORA DAS DEPENDÊNCIAS DA EMPRESA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO -

Em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas, não cabe declarar nulidade sem que parte demonstre o efetivo prejuízo sofrido, sendo, portanto, insubsistente o pleito de nulidade do auto de infração pela mera circunstância de haver sido lavrado na repartição da Delegacia da SRF.

NULIDADE - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - FALTA DE DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO - NÃO CARACTERIZAÇÃO – É improcedente o pleito de nulidade por cerceamento de defesa por falta de descrição da infração cometida, quando, no Termo de Verificação, o autuante descreve que os lançamentos foram baseados em omissão de receitas, que restaram caracterizados pelo cotejo entre os valores constantes nos livros de saídas, que coincidiam com as receitas declaradas ao fisco estadual, e os valores declarados ao fisco federal, estes sendo significativamente inferiores àqueles. (...)" (Processo 0980.013430/2006-52. Ac. 105-16994)

O contribuinte apresentou contrarrazões, às fls. 172/178, sustentando que não merece reforma o acórdão recorrido, pois, no caso, houve evidente cerceamento do direito de defesa, o que nos termos do artigo 59 do Decreto 70.235, é causa de nulidade do processo administrativo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Carlos de Lima Junior, Relator.

O Recurso é tempestivo, entretanto, não preenche todos os requisitos de admissibilidade.

Com efeito, não se caracterizou a divergência jurisprudencial suscitada pela Fazenda Nacional, senão vejamos.

No acórdão recorrido, o Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples foi declarado nulo, pois (i) foi formalizado em 23/06/2008, após um ano da decisão de primeira instância – DRJ piracicaba (fls. 53 a 56) - proferida em 12/06/2007, bem como porque (ii) o referido ato declaratório não apresentou o motivo e fundamentação legal da exclusão. Para melhor demonstração do entendimento defendido no acórdão, dele transcrevo alguns trechos:

“Cumprе ressaltar, inicialmente, que o Ato Declaratório Executivo nº. 18 de 20/06/2008, da DRF em Piracicaba/SP, que excluiu a empresa do Simples não possui motivação nem encontra fundamento em nenhuma das causas excludentes elencadas no artigo 9º da lei no. 9.317, de 1996.

De fato, compulsando o ADE nº. 18/2008, à fl. 84, verifica-se que o referido ato não apresenta o motivo pelo qual se justificaria a exclusão da empresa do Simples. Dito de outra forma, não constou do ADE qual a razão ou atividade vedada seria praticada pela empresa justificando a sua exclusão do sistema. Da mesma forma não consta do ADE a fundamentação legal da exclusão, ou seja, qual dispositivo legal teria sido violado ou inobservado pela interessada.

Saliente-se que o procedimento de exclusão da empresa do simples se mostrou defeituoso desde o início. (...) Quase um ano depois, quando o processo já havia sido encaminhado para apreciação da Delegacia de Julgamento em Ribeirão Preto/SP é que se constatou a ausência do competente ato declaratório de exclusão. Foi a própria instância julgadora que advertiu a repartição de origem da inexistência, neste processo, do competente e imprescindível ato declaratório de exclusão, como se verifica do despacho à fl. 83 e verso, datado de 03/03/2008. (...)

Assim, no intuito de sanear os autos e conferir validade à exclusão, a DRF em Piracicaba/SP confeccionou o ADE nº. 18, de 20/06/2008. Entretanto, como já consignado, referido ato não observou as formalidades legais intrínsecas necessárias a produzir os efeitos pretendidos.”

Por outro lado, os acórdãos trazidos como paradigmas, apresentam situações fáticas diversas daquela do acórdão recorrido, senão vejamos.

O acórdão nº 202-12872 trata de situação em que **houve a formalização tempestiva do ato declaratório** de exclusão do contribuinte, o qual teve como fundamento os incisos XV e XVI do artigo 9º da Lei 9.732/98.

Neste caso, diante da presença do ADE, o qual trouxe em seu conteúdo os motivos e a fundamentação legal da exclusão, ao contribuinte foi assegurado o direito de ampla defesa, ou seja, conhecendo as razões de sua exclusão, apresentou argumentos e provas, buscando o afastamento da exclusão.

Portanto, neste, **existe análise de provas, para verificação da regularidade ou não da exclusão.** Cumprе a transcrição de trecho do acórdão:

“Conforme relatado, a matéria em exame refere-se à inconformidade da Recorrente com a sua exclusão da Sistemática de Pagamentos dos Tributos e Contribuições denominada SIMPLES, com fundamento nos incisos XV e XVI do artigo 9º da Lei nº 9.732/98, que vedam a opção à pessoa jurídica: (...)

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). (...)"

E, o acórdão 105-16994, cuja ementa transcrita pela Recorrente sequer corresponde a real ementa do acórdão, não trata de exclusão do SIMPLES e nada dispõe sobre a nulidade, por falta de motivação ou indicação da infração, de Ato Declaratório de Exclusão, senão vejamos trechos do voto:

“A primeira alegação é de que não teria recebido cópia de inteiro teor de todos os atos fiscais concomitante à ciência do auto de infração. (...) Verificando a impugnação também percebe-se que o contribuinte defende-se de todas as imputações que lhe são feitas na autuação, não se configurando qualquer óbice à sua defesa. (...)

A segunda preliminar de nulidade argüida diz respeito ao local de lavratura do auto, que foi lavrado e cientificado na repartição fiscal e não no estabelecimento da empresa.

Esta matéria já foi sumulada no âmbito deste colegiado: (...)

Portanto, afasto também esta preliminar de nulidade.

Outro vício formal alegado é a falta de descrição válida, capaz de tornar possível de se identificar a infração cometida.

No entanto, verifica-se no termo de fls. 132 a 139 e no próprio texto do auto de infração a descrição completa das infrações imputadas ao contribuinte, que, inclusive, permitiu que delas se defender - se.

Afasto, portanto, também essa alegação de nulidade. (...)"

Desta forma, tem-se que as questões enfrentadas nos acórdãos cotejados são diversas. Ausência de similitude fática.

Não há, portanto, como se reconhecer por caracterizada a divergência jurisprudencial.

É nesse mesmo sentido o entendimento adotado por este Conselho, conforme julgados cujas ementas seguem transcritas:

“RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA
JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE

FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COTEJADOS. Não se conhece de recurso especial, se os acórdãos comparados não tratam da mesma questão fática.” (Acórdão nº 9202001.784, de 28/09/2011)

“RECURSO ESPECIAL DIVERGÊNCIA. NÃO DEMONSTRADA. Não deve ser conhecido o recurso especial, quando não há divergência entre os acórdãos paradigma e recorrido. A única divergência jurisprudencial que desafia recurso especial é aquela cuja solução tenha potencial para reformar o acórdão recorrido. (Acórdão nº 9101001.314, de 24 de abril de 2012)

Do exposto, não conheço do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR – Relator.