



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

Processo n° 13897.720227/2013-01
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1001-000.625 – Turma Extraordinária / 1ª Turma
Sessão de 06 de junho de 2018
Matéria Indeferimento de Opção - SIMPLES
Recorrente CONTMAC ASSESSORIA CONTABIL E ADMINISTRATIVA LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NULIDADE DA DECISÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

É nulo o acórdão recorrido quando não enfrentar todas as matérias trazidas na impugnação. Levantada, de ofício, omissão do colegiado *a quo* na análise de matéria impugnada, deve-se anular o acórdão recorrido por cerceamento do direito de defesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em declarar de ofício a nulidade da decisão de 1ª instância, vencido o conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, que lhe negou provimento. Votou pelas conclusões o conselheiro Edgar Bazhuni, quanto à nulidade, uma vez que entendeu que a motivação para a anulação é a inovação dos fundamentos da decisão recorrida.

(assinado digitalmente)

LIZANDRO RODRIGUES DE SOUSA - Presidente.

(assinado digitalmente)

EDUARDO MORGADO RODRIGUES - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues, José Roberto Adelino da Silva e Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente)

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 52 a 61) interposto contra o Acórdão nº 04-37.418, proferido pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campo Grande/MS (fls. 46 a 47), que, por unanimidade, julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela ora Recorrente, decisão esta consubstanciada na seguinte ementa:

"ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

TERMO DE INDEFERIMENTO DA OPÇÃO AO SIMPLES NACIONAL. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS COM A FAZENDA PÚBLICA FEDERAL COM EXIGIBILIDADE NÃO SUSPensa.

A empresa que possui débitos perante a Fazenda Pública Federal e não comprova que sua exigibilidade está suspensa, não pode ingressar no Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio"

Por sua precisão na descrição dos fatos que desembocaram no presente processo, peço licença para adotar e reproduzir os termos do relatório da decisão da DRJ de origem:

" A contribuinte acima qualificada teve o seu pedido de inclusão no Simples Nacional indeferido tendo em vista a existência de 4 (quatro) débitos previdenciários; 37 (trinta e sete) débitos não previdenciários referentes aos tributos PIS, Cofins, CSLL e 1 (um) débito inscrito em Dívida Ativa da União, nº da inscrição 802120085108-6, cuja exigibilidade não estava suspensa, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 17, inciso V, conforme Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional com data de registro em 20/05/2013 (fls. 05-09).

Apresentou manifestação de inconformidade em 21/05/2013 (fls. 02-03), alegando, em síntese, que os débitos da Secretaria da Receita Federal foram parcelados, conforme o protocolo em anexo. O pedido de parcelamento na Procuradoria da Fazenda Nacional foi indeferido, porque houve erro de digitação no número da referência e após a correção do DARF, a Procuradoria instruiu para que solicitasse novo parcelamento, já que não havia meio de reativar o parcelamento cancelado. Por fim, solicitou a inclusão no regime do Simples Nacional.

Juntou cópias de documentos de fls. 04 e seguintes."

Inconformada com a decisão de primeiro grau, que julgou improcedente a sua manifestação de inconformidade, tão somente sob o argumento de que não apresentou CND, a ora Recorrente apresentou Recurso Voluntário reafirmando que havia regularmente inscrito

todos os seus débitos em parcelamento até o termo final do prazo para regularização, e discordando da necessidade de se apresentar CND.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo Morgado Rodrigues

O presente Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Conforme narrado, por ocasião da Manifestação de Inconformidade a Contribuinte alegou que os débitos indicados no Termo de Indeferimento do Simples (fls. 5 a 9) já se encontravam regularmente parcelados, conforme requerimento e guias de recolhimento juntadas (fls. 15 a 22).

Quanto a decisão ora atacada, a DRJ de origem, ao julgar a Manifestação apresentada decidiu, em um voto cuja fundamentação consignou apenas que a ora Recorrente não trouxe Certidão Negativa de Débitos, o que comprovaria sua regularidade fiscal. Para ilustrar, transcrevo a integralidade do voto:

" A manifestação de inconformidade é tempestiva e dela conheço.

A interessada argumentou que os débitos que ensejaram o Termo de Indeferimento haviam sido parcelados, conforme os documentos juntados às fls. 15-22.

Mas não trouxe a certidão negativa ou positiva com efeitos de negativa relativa às contribuições previdenciárias e às de terceiros e a certidão conjunta negativa ou positiva com efeitos de negativa de débitos relativos a tributos federais e à dívida ativa da União, o que comprovaria sua regularidade fiscal, nos termos dos arts. 205 e 206 do CTN, pois é este o documento hábil que comprova a regularidade fiscal da empresa. Ademais, a autoridade local informou que os débitos continuavam em cobrança (fls. 41).

Conclusão.

Em face do exposto e considerando tudo mais que dos autos consta, julgo improcedente a manifestação de inconformidade e mantenho o Termo de Indeferimento de Opção ao Simples Nacional por seus próprios fundamentos.

É o meu voto."

Conforme se extrai da breve decisão, a DRJ de origem não chegou sequer a analisar a documentação trazida pela Recorrente, ou se manifestar quanto a regularidade do parcelamento citado. Se limitou a narrar que a Recorrente apresentou documentos e alegações

sem emitir qualquer juízo de valor a respeito, focando tão somente na ausência de Certidão Negativa de Débitos.

Ao que parece, a DRJ em comento entendeu que a única forma de se comprovar a improcedência do Termo de Indeferimento do Simples, ou, de outra forma, a inexistência de débitos capazes de obstar a opção seria por meio único e exclusivo da apresentação de CND.

E neste esteio, uma vez que não apresentada a Certidão, parece ter considerado prejudicada a análise do restante da matéria alegada, incluindo demais documentos de prova. O que justificaria o fato de não ter tecido uma linha sequer sobre a regularidade do parcelamento aderido pela Recorrente.

Com o devido respeito à atividade da d. DRJ, discordo de tal entendimento.

Primeiramente, a Lei Complementar 123/06 ao tratar das vedações ao ingresso no Simples, em seu art. 17, inciso V, estabelece que a empresa que pretende participar do regime de tributação não pode ter débitos fiscais sem exigibilidade suspensa, como segue:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

[...]

V - que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

[...]

Nos mesmos termos, regular a Resolução CGSN nº 94/11:

Art. 15. Não poderá recolher os tributos na forma do Simples Nacional a ME ou EPP: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, caput)

[...]

XV - que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, inciso V)

[...]

Conforme se extrai, ambos os diplomas estabelecem tão somente que a vedação é causada por "possuir débito" para com o INSS ou Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, sem que a exigibilidade esteja suspensa.

Note-se que em momento algum qualquer um dos diplomas prescreve o dever de apresentar Certidão Negativa de Débitos.

Em verdade, a normativa atinente ao regime do Simples trata a questão da regularidade fiscal de forma ampla, se reportando diretamente à existência ou não de débito fiscal sem exigibilidade suspensa.

Para fins de Simples, pouco importa se a CND não pode ser expedida por alguma razão específica que não verdadeira existência de débitos exigíveis. Apenas a guisa de exemplo, note-se que em alguns casos de parcelamento a emissão de CND pode requerer comparecimento pessoal do interessado em uma unidade de atendimento da respectiva DRF e/ou a conferência mecânica de alguma informação, o que poderia impossibilitar a emissão imediata e/ou por meio da internet, contudo, não significaria que o contribuinte necessariamente estaria com débitos não resolvidos.

Outrossim, conforme cediço, o processo administrativo fiscal também se rege pelos princípios do devido processo legal, duplo grau de jurisdição e da ampla defesa.

Tais conclusões se extraem da interpretação sistemática dos seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Confirmando nossas conclusões, temos a lição do ilustre professor James Marins, conforme se faz oportuno transcrever:

Princípio da ampla instrução probatória: *Do âmago do princípio da ampla defesa emerge o direito à produção de provas, ou, mais propriamente, o direito à utilização de todos os meios de provas pertinentes à lide submetida a julgamento administrativo.*

(...)

Esta garantia, consectário insuprimível do conteúdo jurídico do direito à ampla defesa, é conferida expressamente aos litigantes em processo administrativo através do art. 5º, LV, da CF/1988.

Não podem, por isso mesmo, a legislação processual administrativa ou o órgão julgador obstaculizar o exercício do direito à prova, sob pena de incidência de cerceamento de defesa(...).

Somente a prova ilícita poderá ser legalmente descartada como objeto de apreciação no Processo Administrativo(...).

(...)

Princípio do duplo grau de jurisdição: A ideia de revisão recursal dos julgamentos administrativos ou judiciais atende a necessidades de qualidade e segurança da prestação estatal julgadora e é imperativo jurídico expresso no art. 5º, IV, da CF/1988.

(...)

Não pode, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, instituir, no âmbito de sua competência, a denominada "instância única" para julgamento das lides tributárias deduzidas administrativamente, sob pena de irremediável mutilação da regra constitucional e consequente imprestabilidade do sistema administrativo processual que, por falta de tal requisito constitucional de validade, não servirá para aperfeiçoar a pretensão fiscal impugnada, remanescendo carente de exigibilidade.

(MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial*. 9 ed. São Paulo: RT, 2016, pgs. 198-200.)(Grifou-se)

Nesta linha, tem-se duas conclusões importantes para o presente julgado.

Primeiramente, o direito à ampla defesa que impende a necessidade de se autorizar ao jurisdicionado o uso amplo de todos os meios de provas lícitas. Conforme as lições supra, não cabe ao julgador administrativo restringir as formas de provas possíveis de serem utilizadas pelo contribuinte, sobretudo quando a própria legislação não o fez.

A segunda conclusão reporta-se ao direito ao julgamento em duas instância do contribuinte. O Administrado não pode ter suas razões julgadas por apenas uma instância processual, sob pena de nulidade do julgamento.

Tal circunstância se encontra expressa no Inciso II do Art. 59 do Decreto 70.235, como segue:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.(Grifou-se)

Diante destas considerações, parece claro que no caso em tela, de forma alguma poderia a autoridade julgadora de primeira instância, ou até mesmo a autoridade fiscal, restringir as formas em que a Recorrente poderia comprovar os seu direito, como o fez.

Por tanto, afasto o entendimento adotado pela decisão de piso de que apenas a apresentação da CND seria prova hábil a demonstrar a inexistência de débitos para fins de opção do Simples.

Ocorre que a DRJ de origem, ao entender que a não apresentação de CND seria suficiente para negar provimento à Manifestação de Inconformidade, deixou efetivamente de analisar os argumentos e documentos apresentados pela Contribuinte por considerá-los prejudicados.

Uma vez que tal entendimento foi afastado, restou um "vácuo" jurisdicional, há matérias alegadas e provas apresentadas pela Contribuinte que carecem de apreciação pela primeira instância administrativa.

Conforme já demonstrado, tal circunstância fere o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa, tornado o respectivo acórdão de piso nulo. Tal entendimento já se encontra sedimentado na jurisprudência deste Conselho:

OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NULIDADE DA DECISÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. É nulo o acórdão recorrido quando não enfrentar todas as matérias trazidas na impugnação. Levantada, de ofício, omissão do colegiado a quo na análise de matéria impugnada, deve-se anular o acórdão recorrido por cerceamento do direito de defesa.

(Processo: 10410.721329/201281. 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária. 4 de outubro de 2017)

OMISSÃO DO JULGAMENTO. PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE.

É nulo, por preterição do direito de defesa, o Acórdão referente ao julgamento de primeira instância que deixa de se manifestar sobre matéria impugnada (argumento autônomo) capaz de, em tese, culminar no cancelamento, mesmo que parcial, do auto de infração.

(Processo: 15983.720040/201517. 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária. 24 de maio de 2017.)

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE.

A falta de apreciação pela autoridade julgadora de primeira instância e razões de defesa apresentadas na impugnação constitui preterição do direito de defesa da parte, ensejando a nulidade da decisão assim proferida, "ex vi" do disposto no art. 59, item II, d o Decreto n.º 70.235/72.

(Processo n.º 10880.038405/8901. 17/09/2002).

Diante de todos os argumentos e fatos aqui expostos, tem-se claramente que o acórdão de primeira instância deve ser anulado em razão da omissão do tribunal *a quo* quanto a análise das razões e provas trazidas pela Contribuinte.

Como consequência, os autos devem ser baixados para que a DRJ de origem realize novo julgamento, desta vez superando a questão da ausência de apresentação de CND e analisando todos os argumentos e prova trazidas aos autos, afim de se resguardar o direito constitucional à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição.

Em face a todo o exposto, VOTO por RECONHECER A NULIDADE do Acórdão nº 04-37.418 da 2ª Turma da DRJ de Campo Grande/MS, devendo o processo ser baixado para novo julgamento, nos termos acima.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Eduardo Morgado Rodrigues - Relator