



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.002244/2003-42
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-004.478 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 10 de outubro de 2019
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ONEDA MALHAS LTDA. -EPP.

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

Ano-calendário: 2000

SIMPLES. EXCLUSÃO. ADE. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Descabe declarar a nulidade do ADE de exclusão do SIMPLES por cerceamento do direito de defesa quando comprovado que o contribuinte fora cientificado e conhecia perfeitamente as razões de fato e de direito que levaram a essa exclusão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em dar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner - Presidente em exercício e relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado), Livia de Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Viviane Vidal Wagner (Presidente em Exercício). Ausente a conselheira Andrea Duek Simantob, substituída pelo conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Relatório

Trata-se de apreciar recurso especial de divergência interposto pela FAZENDA NACIONAL em face do acórdão nº 1801-00.187, da 1ª Turma Especial, que registrou a seguinte ementa e julgamento:

SIMPLES. EXCLUSÃO. OFENSA A AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.

O Ato Declaratório que excluiu a Recorrente do SIMPLES não aponta as razões fáticas de sua exclusão, realmente faltou motivação, o que prejudicou o direito de defesa da Recorrente, ferindo assim os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Ato Declaratório anulado por vício formal.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade do Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples, por vício formal, e, no mérito, dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Cientificada acerca da mencionada decisão, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) interpôs recurso especial à 1ª Turma da CSRF, em que alega divergência jurisprudencial, apontando que *o acórdão recorrido anulou o ADE sustentando vício não previsto no art.59 do Decreto nº 70.235/72 e, desse modo, divergiu do entendimento de outros órgãos julgadores que vinculam a declaração de nulidade de um lançamento aos casos insanáveis previstos no referido dispositivo.*

Indicou como paradigmas os acórdãos abaixo, que veicularam as seguintes ementas:

Acórdão nº 202-12872

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.

Acórdão nº CSRF 104-21634

PROCESSO ADMINISTRATIVO - NULIDADE - O Auto de Infração e demais termos processuais só são nulos nos casos previstos no art. 59 do Decreto nº. 70.235. de 1972 (Processo Administrativo Fiscal).

IRRF - PREENCHIMENTO DE DCTF - ERRO MATERIAL – A alegação de ocorrência de erro material, sem suporte probatório que corrobore os argumentos do contribuinte, não possui o condão de extinguir a exigência que reclama juros de mora sobre o tributo recolhido a destempo.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - DCTF – LANÇAMENTO DE OFÍCIO - A falta de pagamento nos prazos fixados pela legislação, de tributo sujeito a lançamento por homologação, declarado por meio da DCTF, está sujeita a procedimento de cobrança, com multa e juros de mora, descabendo na hipótese lançamento de ofício.

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO RECOLHIDO COM ATRASO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA – NÃO CARACTERIZAÇÃO - INCIDÊNCIA DA MULTA MORATÓRIA - Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, declarado pelo contribuinte e recolhido com atraso, descabe o benefício da denúncia espontânea. Desta forma, o contribuinte que liquidar com atraso valores informados em sua Declaração de Contribuições e Tributos Federais - DCTF, recolhendo somente o tributo devido, sem o acréscimo dos juros de mora e a respectiva multa de mora, não encontra amparo no instituto da denúncia espontânea, prevista no art. 138 do Código Tributário Nacional - CTN.

TRIBUTO RECOLHIDO APÓS VENCIMENTO SEM ACRÉSCIMO DE MULTA DE MORA - M U L T A DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO - MULTA EXIGIDA DE FORMA ISOLADA - É cabível a aplicação da multa de lançamento de ofício exigida de forma isolada, prevista no artigo 44, inciso I, § 1º, item II, da Lei n.º 9.430, de 1996, sob o argumento do não recolhimento da multa moratória de que trata o artigo 61 do

mesmo diploma legal, visto que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, declarado pelo contribuinte e recolhido com atraso, descabe o benefício da denúncia espontânea.

Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido.

Como fundamentação para o recurso interposto, a recorrente alega, em síntese, que:

- a motivação do Ato Declaratório Executivo encontra-se satisfatoriamente posta na Representação de fls. 02/05 e no Ofício de fls. 72 encaminhado ao contribuinte. Não há, portanto, qualquer situação de prejuízo ao direito de defesa a ensejar a decretação de nulidade do processo. A própria impugnação de fls. 80 revela que o contribuinte compreendeu as razões de sua exclusão do Simples;

- 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.

A recorrente requer, ao final, o conhecimento e o provimento do recurso para reformar a decisão recorrida que anulou o Ato Declaratório Executivo.

O Presidente da Câmara competente para análise da admissibilidade recursal inicialmente destacou:

Observe-se, de plano, que tendo em vista que a recorrente não juntou aos autos o Acórdão nº 104-21634, fica prejudicada a sua análise para a solução do presente caso. Também não será objeto do presente exame o Acórdão nº 104-21635, juntado às fls. 135, por tratar de matéria diversa daquela arguida pela Recorrente.

Passando, em seguida à análise do paradigma Acórdão nº 202-12872, foi dado seguimento ao recurso, nos termos do despacho de admissibilidade, admitindo a comprovação da divergência jurisprudencial, nos seguintes termos:

O acórdão recorrido decidiu que "há um vício formal porque no ato declaratório de exclusão não se explica o porquê a Recorrente foi excluída do Simples. Só o que consta no ato não é suficiente para a defesa da Recorrente " Destaca a relatora do referido voto que "embora conste nos autos a Representação do INSS, fato é que o ato do qual a Recorrente tomou ciência não lhe dá possibilidade de defesa. "

Em sentido inverso é o entendimento firmado pelo acórdão paradigma, qual seja, de que "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."

A parte recorrida foi devidamente cientificada do recurso especial interposto e do despacho que o admitiu. Transcorrido o prazo regulamentar, não houve apresentação de contrarrazões pelo contribuinte.

É o relatório.

Voto

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Relatora

Conhecimento

Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF, nos termos do art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015).

O recurso foi admitido pelo despacho do Presidente da Câmara recorrida e sua admissibilidade não foi questionada pela parte contrária.

Presentes os pressupostos recursais, adoto as razões do despacho de admissibilidade para conhecer do recurso especial da PGFN.

Mérito

Quanto ao mérito, a divergência a ser dirimida corresponde à nulidade do Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES por prejuízo ao direito de defesa.

O voto condutor do acórdão recorrido concluiu pela nulidade do ADE, pelos fundamentos abaixo:

O que consta no ato é só que houve pratica reiterada, mas não explica qual seria a prática reiterada que resultou na sua exclusão, isto tinha que estar no ato declaratório ao menos no despacho que motivou o mesmo. Neste despacho e/ou neste ato teriam que constar todos os fatos, elementos, dados, que ensejaram a exclusão e a anterior Representação Fiscal.

Embora conste nos autos a Representação do INSS, fato é que o ato do qual a Recorrente tomou ciência não lhe dá possibilidade de defesa.

A recorrente PGFN sustenta, em síntese, que “a motivação do Ato Declaratório Executivo encontra-se satisfatoriamente posta na Representação de fls. 02/05 e no Ofício de fls. 72 encaminhado ao contribuinte. Não há, portanto, qualquer situação de prejuízo ao direito de defesa a ensejar a decretação de nulidade do processo. A própria impugnação de fls. 80 revela que o contribuinte compreendeu as razões de sua exclusão do Simples”.

É certo que o ato declaratório executivo de exclusão de empresa do SIMPLES deve conter a descrição do fato, ou seja, o motivo ensejador da exclusão, e o dispositivo legal infringido, o qual confere validade ao ato.

A inobservância desses requisitos acarreta o cerceamento do direito de defesa do destinatário do ato de exclusão, prejudicando o contraditório e a ampla defesa, o que justifica a nulidade do ato, como determina o art. 59 do Decreto nº 70.235/72, abaixo transcrito:

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.

§1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Compulsando-se os autos, verifica-se que, inicialmente, houve o envio do Ato Declaratório Executivo - ADE n.º 52, de 2003, ao contribuinte, acompanhado do Ofício n.º 184/2003/DRF/BLU/SACAT Blumenau, 17 de novembro de 2003 (fls.54), dirigido ao “Representante da Empresa Oneda Malhas Ltda – EPP”, sobre a exclusão do SIMPLES.

Posteriormente, em 5 de janeiro de 2004, foi encaminhado o Ofício n.º 001/2004/DRF/BLU/SACAT (fls.72), nos seguintes termos:

Senhor contribuinte:

1. Pelo presente, dá-se ciência do cancelamento do ato declaratório anterior, n.º 52, de 17 de novembro de 2003, com cópia em anexo, e de sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, pela prática reiterada de infração a legislação tributária, conforme disposto no artigo 14º, inciso V da Lei 9317/96 e o art. 23, inciso V da Instrução Normativa SRF n.º 355/2003, situação esta constatada pela *fiscalização do INSS*, encaminhada a Receita Federal por meio de *representação fiscal*, na qual consta a omissão de faturamento nos anos de 2000 e 2001 e a não apresentação do livro caixa, portanto, acatamos a *representação*.
2. A exclusão gera efeitos retroativos a 29/09/2000, de acordo com o artigo 24, inciso V da referida IN.
3. Em anexo, encaminhamos cópia do Ato Declaratório Executivo de exclusão.
4. Da exclusão cabe novo prazo de manifestação de inconformidade, no prazo de 30 dias, tendo em vista o cancelamento do ato declaratório anterior, n.º 52, de 17 de novembro de 2003, contados a partir do recebimento deste ofício, assegurando, dessa forma, o contraditório e a ampla defesa.

O referido ofício foi acompanhado do Ato Declaratório Executivo n.º 02, de 05 de janeiro de 2004 (fls.73), que dispôs:

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BLUMENAU/SC, usando de suas atribuições e de acordo com o que consta no artigo 14, inciso I da Lei 9317, de 05 de dezembro de 1996 e no artigo 23, inciso I da IN SRF 355, de 29 de agosto de 2003, resolve:

Art. 1º - Excluir, do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, a pessoa jurídica Oneda Malhas Ltda - EPP (CNPJ: 04.097.608/0001-37 e **PROCESSO: 13971.002244/2003-42**), por constatação de hipótese de vedação à legislação do SIMPLES (art. 14º, inciso V da Lei 9317/96 e art. 23, inciso V da IN SRF 355/03).

Art. 2º - A exclusão de que trata este Ato Declaratório produz efeitos retroativos a 29 de setembro de 2000, nos termos do parágrafo único, inciso V do art. 24 da IN SRF 355/2003, podendo ser apresentada manifestação de inconformidade no prazo de 30 dias a partir da data da ciência do contribuinte, conforme determina o art. 15 do Decreto 70.235/72. (grifou-se)

Acompanhou também cópia do Ato Declaratório Executivo n.º 1, da mesma data, que tornou sem efeito o ato declaratório n.º 52, de 17 de novembro de 2003, por constar número de processo e data de exclusão incorretos.

Na manifestação de inconformidade apresentada em face a essa exclusão (fls.78 e ss.), o contribuinte demonstra total conhecimento das alegações e apresenta sua defesa. Segue a transcrição:

DAS ALEGAÇÕES

Como podemos verificar, através dos documentos em anexo, contrato social e Declaração de EPP, a requerente, do ponto de vista da Legislação enquadra-se

perfeitamente no que determina a Legislação, no tocante às regra de enquadramento no SIMPLES.

A requerente, não se enquadra em nenhum dos dispositivos de que trata de Lei 9317, no tocante à vedação para o enquadramento.

Nos causa estranheza ainda, o dispositivo aplicado para o desenquadramento, qual seja, *"pela prática reiterada de infração à legislação tributária"*.

Podemos constatar no ofício nº 001/2004/DRF/BLU/SACAT, que o desenquadramento se deu em razão de Fiscalização do INSS na qual fora constatada a omissão de faturamento nos exercícios de 2000 e 2001 e a não apresentação do livro caixa.

A empresa estava paralisada, tendo iniciado de fato suas atividades em 2002, fato que pode ser claramente comprovado através das cópias das Notas Fiscais em anexo, onde a requerente, apenas emitiu sua primeira nota de Faturamento em 05/02/2002, através da NF nº 014.

Ora, como pode a requerente omitir faturamento em 2000 e 2001 sem nem mesmo ter emitido nota Fiscal de Faturamento em tais exercícios?

E claro e evidente que em momento algum houve a omissão de faturamento, pois tal fato somente ocorreria se efetivamente a empresa, tivesse obtido faturamento nesse período. Tal fato evidencia a inatividade da empresa nos exercícios de 2000 e 2001 tendo começado a prática de operações mercantis, que são fato gerador do imposto SIMPLES, em 02/2002.

A partir dos elementos constantes dos documentos encaminhados e da defesa apresentada se depreende que o contribuinte teve total ciência das razões de fato que ensejaram sua exclusão do SIMPLES, originada da representação do INSS.

O voto condutor do acórdão recorrido provavelmente se equivocou na análise dos autos, reportando-se ao primeiro ato declaratório executivo – ADE nº 52, de 2003 (fls.54), o qual, como se viu, foi cancelado (pelo ADE nº 1, de 2004) e substituído pelo ADE nº 2, de 2004 (fls.73).

Contudo, como visto acima, dos documentos encaminhados ao contribuinte (ADE nº 2, de 2004, acompanhado do Ofício nº 001/2004/DRF/BLU/SACAT, que esclarecia que o desenquadramento se deu em razão de Fiscalização do INSS na qual fora constatada a omissão de faturamento nos exercícios de 2000 e 2001 e a não apresentação do livro caixa) constavam todos os requisitos necessários e suficientes à ampla defesa, não se enquadrando a situação dos autos em nenhuma das hipóteses de nulidade do art. 59 do PAF.

Assim, não há que se falar em nulidade do ADE de exclusão do SIMPLES por cerceamento do direito de defesa quando comprovado que o contribuinte fora cientificado e conhecia perfeitamente as razões de fato e de direito que levaram a essa exclusão, o que resta evidenciado da transcrição da manifestação de inconformidade endereçada à DRJ.

Nesse sentido, deve ser reformada a decisão recorrida, que concluiu pela nulidade do ADE, mantendo-se a exclusão do SIMPLES no caso em análise.

Conclusão

Em face do exposto, voto por conhecer e DAR provimento ao recurso especial da PGFN.

(documento assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner

Fl. 7 do Acórdão n.º 9101-004.478 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 13971.002244/2003-42