



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10280.003802/2012-78
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-004.467 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de julho de 2020
Recorrente ESCOLA NOSSA SENHORA DO PERPETUO SOCORRO S/S - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. INTIMAÇÃO. CIÊNCIA.
CRITÉRIO NÃO RECONHECIDO.

Se o ato de exclusão não observou os critérios de definição de sua **ciência**, no âmbito do processo administrativo fiscal, deve-se declarar a sua nulidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para declarar nulo o Ato Declaratório Executivo editado pela Delegacia da Receita Federal de Belém/PA, de nº 519.760, de 03/09/2012.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Nelso Kichel, Cláudio de Andrade Camerano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga e Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Início transcrevendo o relatório e voto da decisão de piso, consubstanciada no Acórdão de nº 01-32.122 da 2ª Turma da DRJ/BEL, proferido em sessão de 08/06/2015:

Relatório

Trata-se de manifestação de inconformidade (fls. 02/04), de 07/11/2011, ao Ato Declaratório Executivo DRF/BEL nº 519760, 03 de setembro de 2012 (fl. 137) que excluiu o contribuinte do Simples Nacional – Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) –, de que trata o artigo 12 da Lei Complementar nº 123/2006, com efeitos a partir de 1º/01/2013. A ciência do contribuinte deu-se através do Edital Eletrônico 000358498, com data de publicação 31/10/2012, com fundamento no inciso I do parágrafo 1º do art. 23 do Decreto 70.235, de 6 de março de 1972. Isto porque a ciência postal viu-se frustrada, conforme AR de fl. 126.

2. O motivo da exclusão foi existência de débitos com a Fazenda Pública Federal cuja exigibilidade não estava suspensa:

Tabela

3. O contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, fls. 02/05, através da qual vem alegar a nulidade de sua exclusão do Simples por não ter sido regularmente notificado, na forma da lei, ou informada de providência a serem tomadas. A via postal por ventura utilizada teria tornado-se ineficaz.

4. Cabe verificar que os extratos das dívidas anexados (fls. 119/120) pela Unidade de Origem indicam que as inscrições 2061200098058, 2021200033674, 2061200098139, 2041200065597, 2041200079032 estavam, em 24/05/2013, com exigibilidade suspensa. Não há provas a respeito da suspensão destas inscrições em 31/01/2013 e não há nenhuma indicação sobre as inscrições restantes (00000020712000453 e 00000020612000982).

5. Desta forma solicitou-se diligência, na forma dos artigos 18 e 29 do Decreto nº 70.235 de 1972, através da repartição de origem, para:

a) anexar documentos que permitissem aferir a suspensão da exigibilidade dos débitos não -previdenciários, em 31/01/2013, em cobrança na PGFN, inscrições 00000020712000453, 00000020612000980, 00000020212000336, 00000020612000981, 00000020612000982, 00000020412000655, 00000020412000790.

b) anexar imagem do AR 32352220, referente à tentativa de ciência via postal.

6. A Unidade de Origem apresentou resposta através do despacho de fl. 150 e documentos anexos (fls 129/149).

Voto

A respeito da ciência via edital assim dispõe o Decreto nº 70.235, de 1972:

“Art. 5º Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

(...)

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

*Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador **no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.***

(...)

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado: *(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)*

I - no endereço da administração tributária na internet; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 2º Considera-se feita a intimação:

I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - se por meio eletrônico, 15 (quinze) dias contados da data registrada: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo; (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)''

Assim, a legislação tributária estabelece que a intimação da exigência poderá ser feita por edital caso sejam frustradas as tentativas realizadas por um dos seguintes meios: pessoal, por via postal ou por meio eletrônico.

No vertente caso, conforme documento de fl. 126 (consulta da postagem no sistema Sucop), a unidade de origem teria buscado intimar o contribuinte do ADE por via postal. Mas, pela falta da imagem do AR, não há prova de que tenha efetivamente havido a tentativa de ciência do contribuinte por esse meio.

Da legislação acima reproduzida, conclui-se que, em não tendo prova da tentativa da ciência por via postal, não está autorizada a publicação de edital para intimação da exigência. Deste modo, decide-se pela existência da ciência pessoal, na data da impugnação (07/11/2012).

Quanto ao mérito, cabe verificar o que dispõe o artigo 17 da Lei nº 123/2006, inciso V e XI, e o art. 7º, § 1º-A, da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007:

“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**”;*(destaquei).

(...)

Já o art. 30 da LC 123/2006 prescreve que a exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á, obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória.

“Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou”

Segundo o § 2º do art. 31 da LC 123/ 2006, será permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão. Logo, a empresa tinha até 06/12/2012 para regularizar os débitos. Mas, conforme

Despacho de fl. 150 e documentos anexos (fls 129/149) a regularização deu-se somente em 05/2013.

Logo, deve-se indeferir a manifestação de inconformidade.

Lizandro Rodrigues de Sousa - Relator

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificada em 20/11/2015 do Acórdão da DRJ, segundo o AR que consta nos autos, a Interessada apresentou recurso voluntário em 22 de dezembro de 2015, que a seguir se resume:

I- DA AUSÊNCIA OU INEFICÁCIA DA INTIMAÇÃO DO ATO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. NULIDADE E REPETIÇÃO DO ATO, QUE NÃO É SUPRIDA PELA APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO

Inicialmente, em sua manifestação de exclusão do SIMPLES NACIONAL, a ora recorrente argui a nulidade de sua intimação, pois não fora regularmente intimada.

Por seu turno, a decisão aqui impugnada concluiu que a empresa recorrente não foi regularmente cientificada ou intimada, conforme consta do fundamento do decisum: "No vertente caso, conforme documento de fl.126 (consulta da postagem no sistema Sucop), a unidade de origem teria buscado intimar o contribuinte do ADE por via postal. Mas, pela falta da imagem do AR, não há prova de que tenha efetivamente havido a tentativa de ciência do

contribuinte por esse meio" (negritamos e sublinhamos).

O V. Acórdão hostilizado então, acertadamente, entendeu que: "**Da legislação acima reproduzida, conclui-se que, em não tendo prova da tentativa da ciência por via postal, não está autorizada a publicação do edital para intimação da exigência. (...)**" (negritamos).

Contudo, incorreu a decisão aqui impugnada em desacerto quando conclui por considerar a intimação ou existência da ciência pessoal na data da impugnação (07.11.2012), conforme transcreve-se abaixo:

"(...) Deste modo, decide-se pela existência da ciência pessoal, na data da impugnação (07/11/2012)." (negritamos).

Concessa vênia, é teratológica a decisão, neste particular. Pois a impugnação formulada, por advogado, não supre por si só a repetição do ato de intimação ou ciência da contribuinte exclusão da recorrente do simples, que fora reconhecido inexistente ou irregular pela decisão recorrida.

Na verdade, constata-se como de fato fora constata a irregularidade de intimação ou ciência do ato excludente do SIMPLES NACIONAL, a medida acertada era a repetição do ato, pois configurado resta o cerceamento de defesa.

Não há qualquer amparo legal para se reconhecer e se reputar suprida a intimação a partir da formulação ou apresentação da impugnação, já que isso impossibilita que a empresa recorrente possa exercer a sua ampla defesa na fase própria ou mesmo possa sanear eventuais pendências dentro do prazo de 30 dias, a partir da ciência de sua exclusão, evitando assim que este se efetive.

EM FACE DA EXISTÊNCIA DE DISPOSITIVO DE LEI SOBRE O PROCEDIMENTO A SER ADOTADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO, OS AGENTES DO FISCO NÃO PODEM AGIR COM DISCRICIONARIEDADE, SOB PENA DE LIMITAR O DIREITO DE DEFESA DA IMPUGNANTE, COMO DE FATO OCORREU, AO SER SURPREENDIDA COM A SUPOSTA EXISTÊNCIA DE DÉBITO FISCAL E TAMBÉM COM A SUA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL EM RAZÃO DESSES DÉBITOS.

Veja-se que a recorrente sem esperar a decretação da nulidade arguida regularizou quando em curso a impugnação formulada, de sorte que, como até o presente momento, não houve a regular intimação da exclusão do SIMPLES NACIONAL, então é óbvio ululante que não se pode concluir, como erroneamente o fez o V. Acórdão, que a recorrente tinha o prazo até 06/12/2016 para regularizar os débitos, que só o foram em 05/2013.

Na verdade, tecnicamente, não há intimação regular da recorrente, e a apresentação de impugnação por advogado não supre a repetição do ato, em assim sendo, não se iniciou, até o momento, a contagem do trintídio estabelecido no § 2º, do art.31, da Lei Complementar 123/2006, daí porque a regularização do débito, pela recorrente, em maio de

2013, é tempestiva e impede a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL.

Vale chamar a atenção para o fato de que, O Decreto 70.235, de 1972, não traz nenhuma hipótese de ciência ou intimação do ato excludente a apresentação de impugnação apresentada por advogado, mormente quando se questiona a inexistência de intimação, geradora do cerceamento do direito de defesa e contraditório.

Portanto, reitera-se que a arguição de nulidade da exclusão da recorrente do SIMPLES por não ter havido a sua regular intimação ou cientificação, na formada lei, ou informada de providência a serem tomadas quanto à manutenção do SIMPLES, de modo que não lhe foi assegurada a ampla defesa e o contraditório, princípios constitucionais garantidos a todos os litigantes.

É indispensável, para validade da exclusão do SIMPLES, que o contribuinte seja regularmente intimado, o que incorreu no caso presente.

Vale notar que a d. decisão aqui hostilizada ratifica a inexistência de regular intimação da recorrente, pois a decisão excludente faz unicamente referência a mera tela do Sistema SIVEX - Vedações e Exclusões, que há nos autos comunicação nº 55557 - suspensa pela SRS nº 02101055557, porém, não diz e nem pode dizer que há

comprovante nos autos de que a recorrente foi regularmente notificada.

Insta ponderar que mera tela do SISTEMA SIVEX não são assaz para comprovar regular notificação, pois isso se comprova com o "AR" ao contribuinte ou a pessoa por este indicada.

Não havendo regular notificação da recorrente, a sua exclusão do SIMPLES é absolutamente nula, por violar disposições de lei federal e também da Constituição Federal, que em seu art.5º, inciso LV, assegura a ampla defesa e o contraditório.

II- DA INSUBSISTÊNCIA DA EXCLUSÃO

Conforme noticiado ao sul, não pode prevalecer a decisão de exclusão da recorrente do SIMPLES, porquanto merece reforma a honrada decisão recorrida, consoante vejamos.

Note-se que a decisão hostilizada reconheceu a irregularidade de intimação da recorrente da exclusão do SIMPLES NACIONAL, não havendo, como salientado ao norte, qualquer embasamento legal para considerar válida a ciência a partir da apresentação da impugnação, que não é forma de cientificação, sobretudo quando se questiona a ausência ou ineficácia da intimação.

Como a recorrente regularizou os débitos fiscais em maio de 2013, antes mesmo que houve a repetição do ato de intimação do ato de exclusão do

Travessa Dom Romualdo de Seixas nº 891, Umarizal, fone: (91) 3225 2335 / Fax. 3242 8472 CEP 66055-110

SIMPLES NACIONAL, então não houve regularização a destempo ou intempestivo ao prazo de 30 dias estabelecido no § 2º, do art.31, da LC 123/2006.

Portanto, reconhecido a ausência ou ineficácia de intimação do ato excludente, então até o momento, tecnicamente, inocorreu a intimação da recorrente, razão pela qual a regularização do débito no curso do processo impede a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL.

[...]

3.2. DO PAGAMENTO

No mesmo raciocínio acima, é que se aplica o pagamento, pois consoante se verifica pelos inclusos comprovantes DARF's, a impugnante sempre recolheu regularmente seus tributários, motivo pelo qual não há débito fiscal pendente.

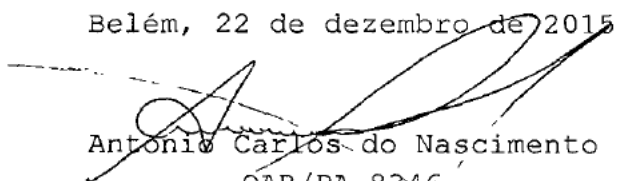
O pagamento também é uma das formas de extinção do crédito tributário, à luz do inciso I, do referido art.156, do Código Tributário Nacional.

Em consequência, por insubsistir o débito fiscal que ancora a decisão hostilizada em razão do pagamento, é vedada a exclusão do SIMPLES NACIONAL da recorrente.

IV- CONCLUSÃO

ISTO POSTO, espera-se o conhecimento e provido do presente apelo, para que, reformando a decisão recorrida, seja declarada nula e/ou insubsistente a decisão que excluiu a recorrente do SIMPLES, em consequência, por ter havido a regularização do débito fiscal, deve-se ser mantida a recorrente no SIMPLES NACIONAL, por ser medida da mais lúdima J U S T I Ç A !

Nestes termos,
Pede deferimento.
Belém, 22 de dezembro de 2015.


Antonio Carlos do Nascimento
OAB/PA 8346

Fl. 11 do Acórdão n.º 1401-004.467 - 1ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10280.003802/2012-78

Voto

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, Relator.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso voluntário, dele se conhece.

Da preliminar de nulidade do ato de exclusão

Quanto às formas de intimação, no âmbito do processo administrativo fiscal, temos que o Decreto nº 70.235/72 estabeleceu o momento em que se considera feita a intimação, conforme seu art.23, transcrito na decisão recorrida.

Daqui em diante, reproduzo o lúcido texto de Gilson Wessler Michels em sua obra **PAF - Processo Administrativo Fiscal – litigância tributária no contencioso administrativo**, edição de 2018, acerca da importância da regular intimação no âmbito do PAF:

No âmbito do processo administrativo fiscal a comunicação dos atos processuais é feita por meio de intimações. Intimação, segundo o art.234 do Código de Processo Civil, é “o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que se faça algo ou deixe de fazer alguma coisa.” Ou seja, é por meio das intimações que se dá a comunicação dos atos que vão sendo realizados no iter processual e se viabiliza, assim, a instauração do contraditório e o exercício da ampla defesa.

A importância das intimações no processo administrativo é difícil de ser minorada, pois os atos administrativos, em regra, só produzem efeitos em relação ao contribuinte depois de sua devida intimação. Por meio das intimações é que se dá comunicação oficial ao contribuinte de tudo quanto está sendo produzido no âmbito do processo, com isto legitimando a juntada de elementos de prova aos autos.

[...]

No art.23 do Decreto nº 70.235/1972 estão detalhados as formas de intimação passíveis de utilização no processo administrativo fiscal. [...]

Também constam do dispositivo legal nos critérios para a definição de quando se considera efetivada a intimação, informação esta de muita importância, dado que os prazos processuais são contados a partir do aperfeiçoamento da intimação. Considera-se feita a intimação:

- a) se **pessoal**, na data da ciência do intimado ou da declaração de recusa lavrada pelo servidor responsável pela intimação;*
- b) se **por via postal**, na data do recebimento ou, se omitida, 15 dias após a data da expedição da intimação;*
- c) se **por meio eletrônico**, [...]*
- d) Se **por edital**, 15 dias após a sua publicação. [GRIFEI]*

A decisão recorrida, entretanto, considerou um critério de ciência de intimação **estranho** aos definidos na legislação. Em seu relato:

Assim, a legislação tributária estabelece que a intimação da exigência poderá ser feita por edital caso sejam frustradas as tentativas realizadas por um dos seguintes meios: pessoal, por via postal ou por meio eletrônico.

No vertente caso, conforme documento de fl. 126 (consulta da postagem no sistema Sucop), a unidade de origem teria buscado intimar o contribuinte do ADE por via postal. Mas, pela falta da imagem do AR, não há prova de que tenha efetivamente havido a tentativa de ciência do contribuinte por esse meio.

Da legislação acima reproduzida, conclui-se que, em não tendo prova da tentativa de ciência por via postal, não está autorizada a publicação de edital para intimação da exigência. Deste modo, decide-se pela existência da ciência pessoal, na data da impugnação (07/11/2012).

[grifei]

Assiste razão, portanto, a Recorrente quando destaca:

Note-se que a decisão hostilizada reconheceu a irregularidade de intimação da recorrente da exclusão do SIMPLES NACIONAL, não havendo, como salientado ao norte, qualquer embasamento legal para considerar válida a ciência a partir da apresentação da impugnação, que não é forma de cientificação, sobretudo quando se questiona a ausência ou ineficácia da intimação.

Conclusão

É o voto, dar provimento ao recurso voluntário no sentido de se declarar **nulo** o Ato Declaratório Executivo DRF/BEL de nº 519760, de 03/09/2012.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano