



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

Processo n° 10421.000166/2009-75
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1802-001.488 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 05 de dezembro de 2012
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES
Recorrente ADAMASTOR CAVALCANTI DE MELLO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2009

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. VÍCIO INSANÁVEL. NULIDADE.

É nulo o ato declaratório de exclusão do Simples que se limite a consignar a existência de pendências perante a Dívida Ativa da União ou do INSS, sem a indicação dos débitos inscritos cuja exigibilidade não esteja suspensa (Súmula CARF nº 22).

É nula a intimação por Edital de ato declaratório de exclusão do Simples sem comprovação de que as outras formas de intimação do contribuinte restaram infrutíferas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

ESTER MARQUES LINS DE SOUSA- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

NELSO KICHEL- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Nelso Kichel, Marciel Eder Costa, Marco Antônio Nunes Castilho e Gustavo Junqueira Carneiro Leão.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário de fls.117/120 contra decisão da 4ª Turma da DRJ/Recife (fls. 112/114) que manteve a exclusão do Simples Nacional.

Quanto aos fatos, consta dos autos:

- que o recorrente foi excluído do Simples Nacional pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) da DRF/João Pessoa, de 22/08/2008, com efeito a partir de 01/01/2009, pela existência de débitos em aberto com a Fazenda Pública Federal, sem exigibilidade suspensa. Cópia do ADE (fl. 04).

- que houve a expedição do Edital nº 001/2008, de 29/10/2008, publicado no site da RFB, no dia 30/10/2008, dando ciência ficta do ato declaratório de exclusão do Simples Nacional, e abrindo prazo para apresentação de manifestação de inconformidade. E, caso o prazo dado de 30 (trinta) dias transcorresse sem manifestação do contribuinte, a exclusão seria definitiva, consoante cópia do Edital (fls. 92/93).

O contribuinte, por intermédio de representante legal, recebeu cópia do ADE em 27/04/2009, por ocasião do comparecimento à Repartição Fiscal (fl. 04). E, em 19/05/2009, apresentou Manifestação de Inconformidade (fls. 02/03), juntando ainda documentos de fls. 04/87, alegando, *in verbis*:

(...)

4. Razões Apresentadas (continuar em folhas anexas, caso necessário)

Este contribuinte, recebeu o ADE em 27.04.2009, e tem como fato contestatório, que todos os recolhimentos devidos a título de DAS, refis e PAES encontram-se devidamente quitados, e tudo dentro do prazo estabelecido pela legislação, ou seja até 28.02.2009, conforme ato de prorrogou as regularizações.(sic) Do mesmo, informa que alguns débitos apresentados como devidos, encontravam-se quitados, apenas como códigos equivocados, o que justificou a apresentação de diversos REDARF a fim de regularizar as pendências. Pelo que requer seja tornado improcedente o ato que excluiu este contribuinte do SIMPLES NACIONAL, como prova do acima alegado, juntamos: 46 COPIAS DE REDARF - 14 XEROX COM 3 DARF EM CADA CÓPIA - CODIGO 7114 01 XEROX COM 2 DARF NA FOLHA - CODIGO 7114 E, 19 COPIAS DE DARFs CODIGO 0285.

(...)

A apresentação e recepção dessa Manifestação de Inconformidade deu-se na Inspeção da Receita Federal em Cabedelo/PB, em 19/05/2009.

A autoridade local preparadora, juntou ainda, na ocasião, os documentos de fls. 90/98, lavando o seguinte despacho e encaminhando os autos à DRF/João Pessoa (fl.89), *in verbis*:

(...)

Tendo em vista que o contribuinte alegue (sic) em sua petição que tomou ciência do ADE em 27.04.2009 fica constatado que houve intimação por edital em 30.10.2008, conforme fls. 86, ficando caracterizada a INTEMPESTIVIDADE da manifestação de inconformidade.

Considerando a intempestividade do pedido, proponho encaminhamento do presente processo a SACAT/DRF/JPA/PB para análise e demais providencias que julgar necessárias.

(...)

A DRF/João Pessoa, por intermédio da autoridade competente, julgou a Manifestação de Inconformidade improcedente, consoante Parecer e Despacho Decisório de **30/06/2008** (fls. 99/101), cuja ementa, fundamentação do Parecer e parte dispositiva do referido Despacho transcrevo, a seguir:

(...)

Assunto: Pedido de inclusão no SIMPLES NACIONAL —Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Ementa: O prazo para as empresas regularizarem as pendências e fazerem nova opção pelo Simples Nacional com efeitos a partir de 01/01/2009 encerrou-se em 20/02/2009.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA

(...)

4. Em 19/05/2009, o contribuinte solicita através do presente processo sua inclusão no Simples Nacional com efeitos a partir de 01/01/2009 por ter sido excluído por débito referente ao P/A 06/2007, código 6106 (Simples Federal), no valor de R\$ 1.171,21, que não foi quitado dentro do prazo estabelecido pelo ADE nº 278459, de 22 de agosto de 2008.

5. Consultando o histórico da empresa no Portal do Simples Nacional, fls.88 e 89, vê-se que o contribuinte era optante do Simples Nacional desde 01/07/2007, tendo sido excluído automaticamente pelo Sistema de Vedações e Exclusões do Simples Nacional (Sivex — Simples Nacional), com efeitos a partir 01/01/2009 por motivo de débito para com a Receita Federal do Brasil.

6. Em consulta ao SIVEX — Sistema de Vedações e Exclusões do Simples — Consulta Débitos após prazo para Regularização, fls.92, vê-se que o contribuinte tinha débito do Simples Federal referente ao período de apuração 06/2007 que gerou o Ato Declaratório Executivo DRF/JPA nº 278459, de 22 de agosto de 2008, fls.02, tendo o mesmo sido intimado por edital conforme cópia do Edital nº 001/2008 de fls. 90 e 91.

7. Para os contribuintes que receberam o Ato Declaratório Executivo e não o contestaram, estes, só poderiam permanecer no Simples Nacional caso regularizassem seus débitos e fizessem nova opção até 31/01/2009, tendo este prazo sido prorrogado para até 20/02/2009, pela Resolução CGSN nº 54, de 29 de janeiro de 2009.

8. Analisando o presente processo verifica-se que o contribuinte não efetuou novo pedido através do Portal do Simples Nacional para 2009, vindo em 19/05/2009, através do presente processo, solicitar sua opção pelo Simples Nacional com efeitos a partir de 01/01/2009.

9. Como o contribuinte não solicitou sua nova opção para 2009 através do Portal do Simples Nacional, e tendo em vista a inexistência de previsão legal para incluí-lo com efeitos retroativos, proponho o indeferimento da solicitação do contribuinte.

(...)

DESPACHO DECISÓRIO

APROVO o Parecer nº 193/2009.

INDEFIRO o pedido do interessado.

Cientifique-se o contribuinte esclarecendo que o mesmo tem direito de apresentar manifestação de inconformidade à Delegacia da Receita Federal de Julgamento/Recife-Pe, no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir da ciência deste Parecer.

(...)

O contribuinte tomou ciência do referido Despacho Decisório em 17/08/2009 (fl. 104), apresentando Manifestação de Inconformidade em 14/09/2009 (fls. 103/106), juntando ainda os documentos de fls. 107/109, cujas razões, em síntese, são as seguintes:

- que o Ato Declaratório informa que este contribuinte será excluído do SIMPLES NACIONAL, a partir de janeiro de 2009, pelo fato de possuir débitos com a Fazenda Pública Federal, **sem no entanto relacionar tais débitos no citado documento;**

- que, comparecendo à Delegacia da RFB, recebeu a relação de débitos;

- que, na primeira Manifestação de Inconformidade - DRF/João Pessoa, já naquele momento, juntou cópia de todos os DARF de pagamentos, informando que a empresa não possuía qualquer débito na Receita Federal, pois tudo encontrava-se regularizado no prazo estabelecido, ou seja, 28.02.2009;

- que, como o ato declaratório de exclusão do Simples Nacional baseou-se em informação divergente da realidade, “o fisco deveria rever sua decisão de excluir este contribuinte do rol das empresas optantes pelo simples nacional, pois não deu causa ao fato. “NÃO TINHAMOS A OBRIGAÇÃO DE PEDIR PARA SER REINCLUÍDO NO SISTEMA

DO SIMPLES NACIONAL. Se a exclusão foi indevida, quem praticou tal ato é que deve corrigir, com a reinclusão automática (...);

- “que a débito inicialmente apontado, que ensejou a exclusão, encontrava-se devidamente parcelado, quando da opção pelo Refis/Paes/Paes, nos parcelamentos de 120 e 130 meses, como consta de vossos arquivos, pelo que se requer, neste momento, a veracidade desta afirmação, através de averiguação em vossos arquivos do pedido de parcelamento tempestivo. Logo este contribuinte não poderia ser excluído do SN, por erro cometido nas entranhas administrativas da Secretaria da Receita Federal.”

A DRJ/Recife, analisando as razões apresentadas pelo contribuinte, manteve o ADE de exclusão do Simples Nacional, conforme Acórdão (fls.112/114), cuja ementa transcrevo, a seguir, *in verbis*:

(...)

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DÉBITOS.

Deve ser excluída do Simples Nacional a pessoa jurídica que possui débitos junto à Fazenda Pública Federal, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

MATÉRIA NÃO CONTESTADA. INDEFERIMENTO DE OPÇÃO RETROATIVA.

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela impugnante.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

(...)

Ciente dessa decisão em 05/12/2011 (fl. 116), o recorrente apresentou Recurso Voluntário em 04/01/2012 (fls. 117/120), cujas razões transcrevo, *ipsis litteris*:

(...)

Os débitos existentes e que é apresentado (sic) pelas Delegacia da Receita Federal, tratava-se de:

Débitos previdenciários:

05/2003 R\$ 1.060,29

06/2003 R\$ 1.095,24

07/2003 R\$ 1.348,43

09/2003 R\$ 1.438,21

10/2003 R\$ 1.418,00

11/2003 R\$ 1.433,94

Débitos de remanescentes do PAES, PAEX, REFIS e parcelamentos Ordinários.

Processo 10467.453.240.200411

Processo 00421.000.057/81-60 IRPJ

Processo 46.224.001.654/2001-16 CLT

Processo 10467.203.662/2002-86 Cofins

Processo 10467.2003.663/2002-21 IRPJ

Processo 10467.2003.664/2002-75 C.Social

Processo 10467501.084/2002-41 Cofins

Débito Previdenciário, PAEX Paex

Processo 35730144-7

Processo 55779769-1

Processo 60039689-4 e

Processo 60134054-0.

(...) que todos os débitos acima referidos, foram todos eles incluídos no parcelamento instituído pela Lei 11.941/2009 e os parcelamentos anteriores foram todos eles, apresentados sua desistência e incluídos no novo parcelamento especial da Lei 11.941/2009.

Ocorre que ao consolidar os débitos incluídos parcelamento acima referido, este contribuinte optou por consolidar todos os débitos apresentados e constantes no site da Receita Federal, e não poderíamos fazer de outra forma.

Posteriormente, constatamos que os débitos acima apresentados não foram inseridos no site da Receita Federal, para que pudéssemos consolidá-los. Ora como Credor, a Receita Federal deveria incluir todos os créditos que tinha direito junto a este Contribuinte e não o fez.

Todo questionamento apresentado até este momento, baseou-se no interesse deste Recorrente em manter-se no Sistema do Simples Nacional, em todos as contestações apresentadas estavam claro a pretensão em contestar sua exclusão do sistema do Simples Nacional, não pode agora, alegar o nefando acórdão, que não houve qualquer pedido neste sentido, seria mera redundância fazê-lo, notadamente quanto o processo segue com todos os documentos anteriormente apresentados anexados ao mesmo.

Até a presente data continuamos a recolher os impostos devidos na forma de optante pelo Simples Nacional.

Reconhecemos também, que os débitos existentes são verdadeiros, não contestamos sua existência, contestamos sim, que os mesmos fossem incluídos no parcelamento da Lei 11.941/2009.

Agora em 2012, estamos requerendo um parcelamento ordinário dos débitos devidos e ingressamos com novo pedido de opção ao Sistema do Simples Nacional, como forma de nos antecipar a decisão deste Órgão Colegiado, que com certeza acolherá nosso pedido para que continuemos no Simples Nacional, tornando improcedente a decisão da Receita Federal que nos excluiu do tal Sistema, deste seu nascedouro.

(...)

Por fim, com base nessas razões, a recorrente pediu revisão da decisão recorrida, para que seja cancelado o ADE de exclusão do Simples Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos para sua admissibilidade. Por conseguinte, dele conheço.

Conforme relatado, o contribuinte foi excluído do Simples Nacional, com efeito a partir de 01/01/2009, pelo ADE da DRF/João Pessoa, de 22/08/2009 (fl. 04), pela existência, na época, de débito com exigibilidade NÃO suspensa.

O contribuinte rebela-se contra essa exclusão do Simples Nacional, alegando que houve equívoco do fisco; que o ADE não relaciona quais seriam esses débitos sem exigibilidade suspensa; que, então, compareceu à Repartição Fiscal para saber que débitos seriam esses que decretaram sua exclusão do Simples Nacional; que, na relação fornecida pelo fisco, constavam débitos já pagos, porém com códigos de receita incorretos ou dados errados ou débitos já parcelados; que efetuou REDARF e, em relação a débitos que não encontrou comprovantes de pagamentos, efetuou recolhimentos em 28/02/2009; que não pode ser penalizado por equívocos do Repartição Fiscal; que não há que se falar em perda de prazo para pedido de inclusão retroativa, pois a exclusão do Simples Nacional seria equivocada.

A irresignação do recorrente merece prosperar.

Há vícios insanáveis no ADE de exclusão do Simples Nacional e na intimação do contribuinte por Edital de tal exclusão.

NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

O ADE de exclusão do Simples Nacional não específica, não informa, quais seriam os débitos com exigibilidade NÃO suspensa que teriam decretado a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, reportando-se apenas a endereço do site oficial da RFB.

A propósito, consta do ADE a seguinte narrativa dos fatos (fl. 04), *in verbis*:

(...)

Art. 1º. Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude de possuir débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa, relacionados no item "Pessoa Jurídica", Assunto "Simples" no site Secretaria da Receita Federal do Brasil na Internet, no endereço eletrônico www.receita.fazenda.br, conforme disposto no inciso V do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e na alínea "d" do inciso II do art. 3º combinado com o inciso I do

art. 5º, ambos da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007:

Nome Empresarial: ADAMASTOR CAVALCANTI DE MELLO ME

CNPJ: 08.749.913/0001-17

Ar.. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 1º de janeiro de 2009, conforme disposto no inciso IV do art. da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Art.. 3º Tornar-se-á sem efeito a exclusão, caso a totalidade dos débitos da pessoa jurídica sejam pagos ou impugnados no prazo de 30 (trinta dias) contados da data da ciência deste Ato Declaratório Executivo (ADE).

(...)

Art. 5º Não havendo apresentação de manifestação de inconformidade no prazo de que trata o art. 4º, a exclusão tornar-se-á definitiva.

(...)

Diversamente do narrado acima, a legislação citada, em momento algum, dispensa a RFB de consignar, de forma expressa, no ADE de exclusão do Simples Nacional a relação dos débitos com exigibilidade não suspensa que decretaram essa medida extrema do fisco contra o contribuinte.

No caso, houve exclusão, em lote, de contribuintes do Simples Nacional, conforme documento “lista de eventos”, constantes dos autos (fl.91), que narra o seguinte:

“Pessoa Jurídica excluída automaticamente pelo sistema (Sivex-SN), em virtude do processamento de exclusões em lote realizado pela RFB por motivo de débito com a Fazenda Pública Federal.”

Ora, os procedimentos administrativos expeditos, rápidos, de exclusão de contribuintes do Simples estão sujeitos a falhas ou vícios, como no caso.

A presente lide, deduzida nos autos, está nesta instância recursal, e o contribuinte ainda não conseguiu saber, aquilatar, com precisão, quais foram os débitos, cuja exigibilidade não estava suspensa, que decretaram sua exclusão do Simples Nacional, pois o ADE de exclusão do Simples não consignou, de forma expressa, quais seriam esses débitos.

A não especificação dos débitos no ADE de exclusão do Simples Nacional, sem dúvida, implicou prejuízo à defesa do contribuinte.

Neste CARF, o entendimento é pacífico que o ADE de exclusão do Simples é nulo, quando deixe de discriminar, deixe de especificar, de forma expressa, quais os débitos com exigibilidade não suspensa que teriam decretado a exclusão do contribuinte desse regime simplificado e favorecido de tributação, sendo, inclusive, matéria sumulada, *in verbis*:

Súmula CARF nº 22: É nulo o ato declaratório de exclusão do Simples que se limite a consignar a existência de pendências perante a Dívida Ativa da União ou do INSS, sem a indicação dos débitos inscritos cuja exigibilidade não esteja suspensa.

O contribuinte teria recebido, sempre, informações desencontradas da Repartição Fiscal quanto a supostos débitos que teriam decretado sua exclusão do Simples Nacional. Por isso, em todas as manifestações nos autos, o contribuinte sempre se reportou a uma gama de supostos débitos que, eventualmente, teriam decretado sua exclusão do regime simplificado de tributação, mas, sempre procurando demonstrar que, caso fossem tais pretensos débitos o motivo determinando de sua exclusão do Simples, o fisco teria se equivocado.

Não obstante, a DRF/João Pessoa, apreciando a Manifestação de Inconformidade intempestiva, fundamentou a exclusão do Simples Nacional na existência de 01 (um) único débito de R\$ 1.171,21, código de receita 6106, PA Junho/2007, cópia de Tela do SIVEX (fl. 94), consoante Parecer e Despacho Decisório de **30/07/2009** (fls.99/101), *in verbis*:

(...)

6. Em consulta ao SIVEX — Sistema de Vedações e Exclusões do Simples — Consulta Débitos após prazo para Regularização, fls.92, vê-se que o contribuinte tinha debito do Simples Federal referente ao período de apuração 06/2007 que gerou o Ato Declaratório Executivo DRF/JPA nº 278459, de 22 de agosto de 2008, fls.02, tendo o mesmo sido intimado por edital conforme cópia do Edital no 001/2008 de fls. 90 e 91.

(...)

Quanto ao referido débito do PA Junho/2007, consta dos autos que foi quitado em 27/02/2009, conforme cópia do Comprovante de Pagamento do DARF (fl.06).

Por tudo que foi exposto, afasto os efeitos do ADE desde o início, por vício insanável (inexistência de discriminação dos débitos com exigibilidade não suspensa).

NULIDADE DA INTIMAÇÃO POR EDITAL DO ATO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

Se não bastasse a nulidade do ADE, não constam dos autos documentos que pudessem fundamentar, comprovar que houve intimações reais infrutíferas para localização do contribuinte (intimação por via postal -AR ou comparecimento da Autoridade Fiscal no endereço do estabelecimento cadastrado na RFB), para justificar a intimação por Edital do Ato de Exclusão do Simples Nacional.

Não há prova, também, de eventual inscrição da empresa, como declarada INAPTA.

Na verdade, consta dos autos tão-somente a menção no corpo do ADE de dispositivos legais do Decreto 70.235/72 que autorizam, em abstrato, como última possibilidade, a intimação por Edital.

O Anexo I especifica apenas os contribuintes abarcados pela Intimação por Edital (fl. 05).

A propósito, transcrevo a fundamentação constante do Edital nº 01/2008, de 29 de outubro de 2008, da DRF/João Pessoa, publicado no site da RFB em 30/10/2008 (fl. 92):

(...)

Com fundamento no artigo 23, inciso I do parágrafo 1º, inciso IV do parágrafo 2º e no inciso I do parágrafo 4º, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 - Processo Administrativo Fiscal Federal (PAF), acrescentados pelo artigo 113 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, ficam os contribuintes constantes da relação anexa cientificados, no 15º (décimo quinto) dia contado a partir da data da publicação deste Edital, da exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído pelo artigo 12 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, pelo motivo constante do Ato Declaratório Executivo (ADE) de número mencionado em anexo, cuja cópia poderá ser obtida na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil CRFB) de sua jurisdição.

(...)

Ora, isso não é suficiente para justificar a adoção da intimação por Edital.

Há necessidade de comprovação nos autos de que outras formas de intimação do contribuinte, tenham sido tentadas, anteriormente, e que restaram infrutíferas.

No caso, a intimação por Edital (intimação ficta) virou um suplicio para o contribuinte, pois somente recebeu cópia do ADE, tardiamente, ou seja, somente em 27/04/2009 (fl. 04), quando, então, passou a tentar discussão da legalidade da exclusão do Simples Nacional, conforme petição de 19/05/2009 (fl. 01), a qual gerou os presentes autos.

Entretanto, a Inspeção da RFB de Cabedelo/PB, ao formalizar os autos do processo, emitiu o seguinte despacho (fl. 89), *in verbis*:

(...)

Tendo em vista que o contribuinte alegue em sua petição que tomou ciência do ADE em 27.04.2009 fica constatado que houve intimação por edital em 30.10.2008, conforme fls. 86, ficando caracterizada a INTEMPESTIVIDADE da manifestação de inconformidade.

Considerando a intempestividade do pedido, proponho encaminhamento do presente processo a SACAT/DRF/JPA/PB para análise e demais providências que julgar necessárias.

(...)

A DRF/João Pessoa, abstraindo a questão da legalidade do ADE e da intimação por Edital, considerou a Manifestação de Inconformidade de 19/05/2009 como sendo pedido de inclusão retroativa no Simples Nacional, porém, por se tratar de pedido extemporâneo, foi denegado.

A propósito, transcrevo a fundamentação do Parecer e o Despacho Decisório de **30/07/2009** da DRF/João Pessoa (fls.99/101), *in verbis*:

(...)

7. Para os contribuintes que receberam o Ato Declaratório Executivo e não o contestaram, estes, só poderiam permanecer no Simples Nacional caso regularizassem seus débitos e fizessem nova opção até 31/01/2009, tendo este prazo sido prorrogado para até 20/02/2009, pela Resolução CGSN nº 54, de 29 de janeiro de 2009.

8. Analisando o presente processo verifica-se que o contribuinte não efetuou novo pedido através do Portal do Simples Nacional para 2009, vindo em 19/05/2009, através do presente processo, solicitar sua opção pelo Simples Nacional com efeitos a partir de 01/01/2009.

9. Como o contribuinte não solicitou sua nova opção para 2009 através do Portal do Simples Nacional, e tendo em vista a inexistência de previsão legal para incluí-lo com efeitos retroativos, proponho o Indeferimento da solicitação do contribuinte.

(...)

DESPACHO DECISÓRIO

APROVO o Parecer nº 193/2009.

INDEFIRO o pedido do interessado.

Cientifique-se o contribuinte esclarecendo que o mesmo tem direito de apresentar manifestação de inconformidade a Delegacia da Receita Federal de Julgamento/Recife-Pe, no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir da ciência deste Parecer.

(...)

A recorrente, diversamente do exposto no citado Despacho Decisório, alegou nas razões da Manifestação de Inconformidade que não pediu inclusão retroativa na petição de 19/05/2009 (fl. 01), pois, tendo recebido cópia do ADE apenas em 27/04/2009 (fl. 04), passou a discutir a legalidade da exclusão do Simples Nacional.

A DRJ/Recife, por sua vez, entendendo que a matéria relativa à exclusão do Simples já estaria preclusa desde o início do processo, pois a manifestação contra a exclusão do Simples Nacional foi protocolizada, intempestivamente, em 19/05/2009 (fl. 01) e que a única matéria passível de discussão, nos autos, seria a inclusão retroativa, porém, como o contribuinte, em momento algum, pediu a inclusão retroativa no Simples Nacional, entendeu pela inexistência de lide, pela inexistência de matéria contestada.

A propósito, transcrevo a fundamentação do voto condutor do acórdão recorrido (fl.114), *in verbis*:

(...)

Acontece que, conforme informação da IRF de Cabedelo —PB no Despacho da fl. 87, a empresa foi cientificada do Ato Declaratório Executivo de exclusão através do Edital nº

001/2008, às fls. 90 e 91, cuja data de publicação no sítio da Secretaria da Receita Federal do Brasil na internet foi o dia 30/10/2008.

Portanto, não serão objeto de análise os argumentos da contribuinte quanto aos motivos de sua exclusão do Simples Nacional.

Com relação aos fatos expostos no Parecer da DRF/João Pessoa-PB, às fls. 97 e 98, que se referem ao indeferimento da solicitação de opção retroativa pelo Simples Nacional a 01/01/2009, temos a ressaltar que não consta da manifestação de inconformidade da contribuinte de fl. 01 qualquer pedido de inclusão retroativa. Como já ressaltado o contribuinte requereu o cancelamento do Ato Declaratório Executivo de exclusão.

Na manifestação de inconformidade das fls. 103 e 104, a contribuinte não apresenta qualquer contestação específica aos argumentos do Parecer da DRF/João Pessoa-PB, desta forma, considera-se o indeferimento de inclusão retroativa no Simples Nacional como não impugnado, matéria não contestada.

(...)

Como demonstrado, em face da malograda intimação por Edital, o contribuinte, nas fases anteriores do devido processo administrativo legal, sofreu restrição indevida no seu direito de ampla defesa e do contraditório.

Entretanto, se não bastasse a nulidade do ADE, a intimação por Edital, também, contém vício insanável. Não restou comprovado nos autos que o fisco, antes recorrer à intimação por Edital tivesse esgotado as outras formas de intimação real ou pessoal.

Portanto, pela falta de razão fática para a intimação por edital e pela inexistência de indicação, discriminação, dos débitos sem exigibilidade suspensa que teriam decretado a emissão do ADE de exclusão do Simples Nacional, reputo que esses atos administrativos devam ser afastados, declarados sem efeito, por serem ilegais, pois realizados sem observância dos preceitos legais.

Por conseguinte, afasto os efeitos do ADE desde o início, por vício insanável (inexistência de discriminação dos débitos com exigibilidade não suspensa) e, por vício insanável, também afasto os efeitos do Edital de intimação (falta de pressuposto fático para intimação por essa forma).

Por tudo que foi exposto, voto para dar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel

Processo nº 10421.000166/2009-75
Acórdão n.º **1802-001.488**

S1-TE02
Fl. 143

CÓPIA