



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

Processo n° 10480.015443/2002-73
Recurso n° 136.825 Voluntário
Acórdão n° **1202-00.695 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 17 de janeiro de 2012
Matéria EXCLUSÃO SIMPLES
Recorrente PREMIER PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001, 2002

CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. CIÊNCIA DE ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO EXCLUDENTE DO SIMPLES. PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO.

Configura cerceamento ao direito de defesa a falta de notificação regular ao contribuinte do Ato Declaratório Executivo excludente do SIMPLES, na forma do art. 23 do Decreto n° 70.235/72, não bastando para tal apenas a publicação desse ato no Diário Oficial da União.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(Documento assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lósso Filho, Carlos Alberto Donassolo, Viviane Vidal Wagner, Nereida de Miranda Finamore Horta, Geraldo Valentim Neto e Orlando Jose Gonçalves Bueno.

Relatório

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 14/08/2012 por NELSON LOSSO FILHO, Assinado digitalmente em 14/08/2012 p

or NELSON LOSSO FILHO

Impresso em 15/08/2012 por ANDREA FERNANDES GARCIA - VERSO EM BRANCO

Retorna o recurso a julgamento nesta E. Turma, após cumprimento de diligência determinada na sessão de 26 de janeiro de 2010, por meio da Resolução nº 1202-00.028.

A diligência foi determinada para que fosse constatada a data da ciência pela contribuinte de ato declaratório excludente do SIMPLES.

A seguir reproduzo o relatório e voto apresentado naquela oportunidade:

“Retorna o recurso a julgamento nesta E. Turma, após cumprimento de diligência determinada na sessão de 28 de julho de 2006, por meio da Resolução nº 108-00.343, com a juntada aos autos das decisões de primeira e segunda instância solicitada, além de apensado o processo nº 10480.014279/2002-87.

Por pertinente, para tornar mais compreensíveis as matérias em julgamento, a seguir reproduzo o relatório apresentado naquela oportunidade:

“Contra a empresa Premier Produtos Alimentícios Ltda., foram lavrados autos de infração do IRPJ, fls. 167/182, e seu decorrente, CSL, fls. 183/197, por ter a fiscalização constatado a seguinte irregularidade nos anos-calendário de 1998 a 2002, descrita às fls. 179/182: 'Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termos de intimação, deixou de apresentá-los.’”

Inconformada com a exigência, apresentou impugnação protocolizada em 11 de dezembro de 2002, em cujo arrazoado de fls. 202, alega, em apertada síntese, que não foi concedido prazo razoável para apresentação dos livros contábeis, além do arbitramento do lucro ter gerado uma carga tributária bem acima da realidade, pois não levou em consideração as despesas incorridas.

Em 11 de julho de 2003 foi prolatado o Acórdão nº 5.390, da 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Recife, fls. 205/210, que considerou procedente o lançamento, expressando seu entendimento por meio da seguinte ementa:

MICROEMPRESA. EXCESSO DE RECEITA BRUTA.

A empresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 720.000,00 (cento e vinte mil reais) estará excluída do SIMPLES.

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

A não apresentação dos livros e documentos necessários a apuração do lucro real trimestral implica no arbitramento do lucro.

RECEITA BRUTA CONHECIDA.

O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos do RIR/1999, acrescidos de vinte por cento.

LUCRO ARBITRADO — APURAÇÃO.

No regime de apuração do Lucro Arbitrado é utilizado um percentual sobre a receita conhecida para encontrar o lucro da empresa que servirá de base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica. A diferença entre a receita conhecida e a base de cálculo do imposto correspondente exatamente a parte considerada pela legislação como custos/despesas.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA — CSLL.

A tributação reflexa é matéria consagrada na jurisprudência administrativa e amparada pela legislação de regência, devendo o entendimento adotado em relação aos respectivos Autos de Infração acompanharem o do principal em virtude da íntima relação de causa e efeito.

Lançamento Procedente

Cientificada em 30 de julho de 2003, AR de fls. 249, e novamente irresignada com o acórdão de primeira instância, apresenta seu recurso voluntário protocolizado em 08 de agosto de 2003, em cujo arrazoado de fls. 215/219 repisa os mesmos argumentos expendidos na peça impugnatória, agregando, ainda, que não foi cientificada do ato declaratório executivo que a excluiu do regime de tributação do SIMPLES, conforme previsto no parágrafo único do art. 23 da Instrução Normativa nº 250/2002, não sendo assegurado a sua ampla defesa. O auto de infração por arbitramento não poderia ter sido lavrado, uma vez que a recorrente estava cadastrada no SIMPLES, não podendo ser tributada como uma pessoa jurídica normal."

É o Relatório.

Após o cumprimento da diligência proposta pela Resolução nº 108-00.343, da sessão de 28/07/06, foi apensado aos autos o processo nº 10480.014279/2002-87, que controla a exclusão do SIMPLES da pessoa jurídica Premier Produtos Alimentícios Ltda.

Pela análise dos elementos constantes do processo nº 10480.014279/2002-87, vejo que ele encontra-se arquivado, haja vista a empresa não ter apresentado impugnação ao Ato Declaratório Executivo nº 189, de 07/11/2002, publicado no DOU em 12/11/02.

Em seu recurso, ao se defender do auto de infração para a exigência de tributo, a contribuinte sustenta ter ocorrido cerceamento ao direito de defesa, em virtude de não ter tido ciência regular do ato declaratório excludente do regime

beneficiado, dele não se defendendo, não podendo o lançamento fiscal prosperar.

Os documentos juntados aos autos não permitem o julgamento a respeito do recurso voluntário, visto ser necessária a prova da ciência da contribuinte do ato declaratório que a excluiu do SIMPLES, na forma prevista pelo Decreto nº 70.235/72, não bastando para tal a simples publicação de tal ato no Diário Oficial da União.

Assim, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, entendo deva ser convertido o julgamento em diligência, com o retorno do processo à repartição de origem, para que seja juntado aos autos o documento comprobatório da ciência pela empresa do ato declaratório que a excluiu do SIMPLES.

Após a conclusão da diligência, deve ser cientificada a recorrente do seu resultado, abrindo-se prazo para sua manifestação.”

Como resultado da diligência determinada pela Resolução nº 1202-00.028, o auditor encarregado do procedimento informa às fls. 285/288 o seguinte:

“No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, respaldado no Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência Nº 04.1.01.00-2010-00797-1 (cuja autenticidade poderá ser verificada no site www.receita.fazenda.gov.br, através do código de acesso "13731024"), que tem como objeto o cumprimento da Resolução IV 1202-00028 - 2º Câmara / 2ª Turma Ordinária, do CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme consta das fls. 279 e 280, do processo administrativo acima mencionado, ANALISAMOS referido processo e ELABORAMOS o presente Termo de Informação Fiscal.

O CARF determinou, na fl. 280-verso, que o presente processo retornasse à repartição de origem, para que seja juntado aos autos o documento comprobatório da ciência pela empresa do ato declaratório que a excluiu do SIMPLES. E, também, que, "após a conclusão da diligência, deve ser cientificada a recorrente do seu resultado, abrindo-se prazo para sua manifestação”.

Para o deslinde da questão, são necessários alguns esclarecimentos relativos à correta interpretação dos dispositivos relacionados à matéria.

Vejam os que dispunha a IN SRF nº 34, de 30.03.01, vigente à época dos fatos, no tocante à exclusão do SIMPLES:

Exclusão por comunicação

Art. 22. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se:

(...)

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 20;

(...)

§ 1º exclusão na forma deste artigo será formalizada pela pessoa jurídica, mediante alteração cadastral, firmado por seu representante legal e apresentada a unidade da Secretaria da Receita Federal de sua jurisdição.

§2º A microempresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) estará excluída do SIMPLES nessa condição, podendo, mediante alteração cadastral, inscrever-se na condição de empresa de pequeno porte.

§3º No caso do inciso II do caput § 2º a alteração cadastral deverá ser efetuada:

I - até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente àquele em que se deu o excesso de receita bruta. nas hipóteses dos incisos I e II do art. 20;

§ 4º A alteração cadastral fora do prazo previsto no inciso I do § 3º deste artigo, conforme o caso, somente será admitida se efetuada antes de iniciado procedimento de ofício, sujeitando a pessoa jurídica à multa exigida de ofício. prevista no art. 36, incidente sobre os valores devidos em conformidade com o Simples no mês de dezembro do ano-calendário em que se deu o excesso de receita bruta.

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, fica assegurada a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples, na condição de empresa de pequeno porte, a partir do mês de janeiro do ano-calendário subsequente àquele em que se deu o excesso de receita bruta.

§ 6º iniciado o procedimento de ofício, a falta de alteração cadastral implicará a exclusão da pessoa jurídica do Simples, a partir do mês subsequente ao da ciência do ato declaratório executivo expedido pela Secretaria da Receita Federal, sem prejuízo da aplicação da multa prevista no art. 36.

Exclusão de Ofício.

Art. 23. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa Jurídica,

(...)

Parágrafo único. A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório executivo da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

Efeitos da exclusão

Art 24. A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 22 e 23 surtirá efeito:

(Redação dada pela IN SRF 102, de 21/12/2001)

(...)

IV- partir do ano-calendário subsequente àquele em que foi ultrapassado o limite estabelecido nas hipóteses dos incisos I e II do art. 20;

Analisando os dispositivos acima, vê-se que no §6º do art. 22 é dito expressamente que haveria ciência do ato declaratório executivo. Por outro lado, no parágrafo único do art. 23 não há menção à necessidade de ciência de referido ato.

Outro aspecto observado foi que no §6º do art. 22 é dito que a pessoa jurídica estaria excluída "a partir do mês subsequente ao da ciência do ato declaratório executivo". Por outro lado, o inciso IV do art. 24, afirma ser o efeito da exclusão "a partir do ano-calendário subsequente àquele em que foi ultrapassado o limite estabelecido". Diante dessa aparente contradição, buscou-se uma interpretação que harmonizasse os referidos dispositivos. Tendo em vista que a interpretação de determinado parágrafo deve ser efetuada considerando-se o artigo ao qual se subordina, entendemos que o §6º do art. 22 estava se referindo aos casos em que a ultrapassagem do limite ocorreu no ano imediatamente anterior ao do início do procedimento de ofício, sem que o contribuinte tenha efetuado a alteração cadastral. Seria um caso especial do previsto no art. 24, inc. IV. Objetivando, provavelmente, dar um tratamento mais ameno ao contribuinte que poderia ter apenas se esquecido de efetuar a alteração cadastral, dada a sua pouca estrutura contábil. Tratamento diferente teria o contribuinte que permaneceu no SIMPLES sem efetuar a alteração cadastral por mais de um ano.

Observe-se que o §2º do art. 22 reforça essa tese ao se referir expressamente ao "ano-calendário imediatamente anterior".

Feita essa interpretação harmoniosa, e diante dos fatos apurados, concluímos que a situação do contribuinte se enquadrava no art. 23, inc. I, e, portanto, seria suficiente a edição de um ato declaratório executivo, sem a necessária ciência direta ao contribuinte.

Dessa forma, o entendimento nesta DRF Recife, à época dos fatos, foi que bastaria a publicação do referido ato no DOU que foi feito em 12.11.02.

É importante que fique registrado que o contribuinte já sabia da existência da Representação Fiscal para exclusão do SIMPLES, tendo sido devidamente cientificado em 23.10.02, pessoalmente, conforme atestam as fls. 10 e 11 do presente processo. Nesse termo fiscal, consta, inclusive, o número do processo administrativo relativo à citada representação fiscal: 10480.014279/2002-87.

Registre-se, também, que tivemos o cuidado de só cientificarmos o contribuinte dos autos de infração após a ocorrência da publicação do ADE no DOU (o que ocorreu em 12.11.02.). Verifica-se, nas fls. 178 e 193, que a ciência dos autos de infração ocorreu em 13.11.02.

Ressalte-se que fizemos constar, também, na descrição dos fatos de ambos os autos de infração a clara identificação do processo administrativo relativo à representação fiscal para fins de exclusão do SIMPLES (fls. 179 e 194).

Chamamos a atenção para o fato de o contribuinte no seu recurso voluntário está baseando seus argumentos na IN SRF nº 250/02, que foi editada em 26.11.02. Data posterior ciência dos autos de infração. E não na vigente à época dos fatos.

O contribuinte argumenta, também, que não houve publicidade do ato administrativo.

Quanto a essa afirmação, resta-nos dizer que nada mais público do que publicar o ADE no DOU. É exatamente essa a lição de Hely Lopes Meirelles, citada na fl. 218, pelo próprio contribuinte.

Aspecto também relevante é o direito que o contribuinte tinha de ter vista dos autos do processo administrativo da Representação Fiscal para Exclusão do SIMPLES, mas que, por decisão dele, não o exerceu.

Cite-se, também, o fato de o contribuinte, no item 11 do recurso voluntário (fl. 217), demonstrar claramente ter ciência da existência do ADE e, mais uma vez, não exerceu o seu direito de ter vista dos autos do processo administrativo da Representação Fiscal para Exclusão do SIMPLES. Preferiu orientar a sua defesa atacando aspectos formais, pois, como pode constatado, atacar os fatos que fundamentaram o ADE seria muito difícil.

Anexamos na fl. 284, nesta data, a cópia do ADE TV 189, extraída da fl. 30, do processo administrativo nº 10480.014279/2002-87, que se encontra apensado a este processo.”

A recorrente em sua manifestação de fls. 294/298 reafirma que:

Consta do TERMO DE INFORMAÇÃO FISCAL o seguinte:

“O CARF determinou, na fl. 280-verso, que o presente processo retornasse à repartição de origem, para que seja juntado aos autos o documento comprobatório da ciência pela empresa do

ato declaratório que a excluiu do SIMPLES". E, também, que, "após a conclusão da diligência, deve ser cientificada a recorrente do seu resultado, abrindo-se prazo para sua manifestação".

4. Esta dito expressamente no TERMO DE INFORMAÇÃO FISCAL, interpretando normas da IN SRF nº 34, de 30.03.01, e da IN SRF nº 102, de 21.12.2001, que:

"Feita essa interpretação harmoniosa, e diante dos fatos apurados, concluímos que a situação do contribuinte se enquadrava no art. 23, inc. I, e, portanto, seria suficiente a edição de um ato declaratório executivo, sem a necessária ciência direta ao contribuinte.

Dessa forma, o entendimento nesta DRF Recife, à época dos fatos, foi que bastaria a publicação do referido ato no DOU, o que foi feito em 12.11.02."

5. Consta, ainda, do TERMO DE INFORMAÇÃO FISCAL:

"É importante que fique registrado que o contribuinte já sabia da existência da Representação Fiscal para exclusão do SIMPLES, tendo sido devidamente cientificado em 23.10.02, pessoalmente, conforme atestam as fls. 10 e 11 do presente processo. Nesse termo fiscal, consta, inclusive, o número do processo administrativo relativo A citada representação fiscal: 10480.014279/2002-87."

6. As irregularidades processuais estão apontadas, acima, pelo próprio Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, GERALDO CORREA DOS SANTOS FILHO, responsável pelo cumprimento da diligência desse Egrégio CARF, ao confirmar:

a) que não foi observado o Decreto nº 70.235/72 no tocante A intimação da recorrente quanto à exclusão do SIMPLES;

b) que a recorrente apenas sabia durante o processo de fiscalização de que fora instaurado o processo nº 10480.014279/2002-87 relativo à exclusão do SIMPLES.

7. Evidente que essas irregularidades processuais provocaram cerceamento de defesa, haja vista que a recorrente deveria, legalmente, ter sido intimada para impugnar a sua exclusão do SIMPLES, inclusive com a intimação lhe sendo entregues todos os documentos comprobatórios dessa exclusão, para que pudesse exercer o seu amplo direito de defesa.

8. Nada disso aconteceu.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES

9. Trata, a hipótese, de cobrança tributária decorrente de exclusão de ofício da recorrente do SIMPLES, após a lavratura de auto de infração, uma vez que determinada pelo art. 23, I, da Instrução Normativa nº 250, de 26.11.2002, porquanto seria

exclusão obrigatória na forma do inciso II do § 2º do art. 22, dessa mesma instrução, que prescreve:

"Art. 22 — A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-a:

(---)

II — obrigatoriamente, quando:

(---)

§ 2º - A microempresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) estará excluída do Simples nessa condição, podendo, mediante alteração cadastral, inscrever-se na condição de empresa de pequeno porte."

10. Em outro auto de infração, cujo documento está acostado, lavrado na mesma data, informou o autuante:

"Entretanto, o mesmo não preenchia os requisitos para sua permanência no SIMPLES, fato que motivou uma representação fiscal para fins de exclusão daquele sistema de pagamentos. Tal representação fiscal foi protocolizada, tendo recebido o nr. 10480.01427912002-87."

11. O parágrafo único do art. 23, da referida Instrução Normativa nº 250/2002, determina expressamente:

"Parágrafo único — A exclusão de ofício dar-se-á mediante ADE da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo administrativo fiscal da União, de que trata o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972."

12. Na conceituação da Instrução Normativa no 250/2002, ADE significa Ato Declaratório Executivo, cujo ato administrativo teria origem na representação fiscal nº 10480.014279/2002-87, acima referida, de autoria do autuante, e a cuja representação a decisão recorrida não faz referência.

13. Evidente que, sem o ADE, o auto de infração, no caso, não poderia ser lavrado, uma vez que, estando a recorrente cadastrada no SIMPLES, não poderia ser tributada como uma pessoa jurídica normal.

14. Por outro lado, a referida Instrução Normativa nº 250/2002 assegura, como acima visto, a observância do devido processo legal, na forma do Decreto nº 70.235/72, por onde se vê que a recorrente deveria ter sido intimada para defender-se, administrativamente, quanto à sua exclusão do SIMPLES.

15. Não tendo sido intimada, violado foi o art. 5º, LV, da Constituição Federal, que prescreve:

"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."

16. Como se isso não bastasse, a decisão recorrida também não fala qual o despacho definitivo dado na referida representação fiscal, não tendo a impugnante conhecimento do resultado haja vista que não houve publicidade do ato administrativo.

17. O saudoso HELY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro, 27ª Edição, Atualizada, págs. 92 e 93) leciona com acuidade:

"Publicidade — Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.

A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige.

A publicação que produz efeitos jurídicos é a do órgão oficial da Administração, e não a divulgação pela imprensa particular, pela televisão ou pelo rádio, ainda que em horário oficial. Por órgão oficial entendem-se não só o Diário Oficial das entidades públicas como, também, os jornais contratados para essas publicações oficiais."

18. A representação fiscal aludida deveria estar apensada ao presente auto de infração como elemento integrante por ordem expressa do art. 9º, do Decreto nº 70.235/72:

"Art. 9º - A exigência do crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

(Redação dada pelo art. 10 da Lei nº 8.748/93)."

19. Comentando esse dispositivo, lecionam MARCOS VINICIUS NEDER e MARIA TERESA MARTINEZ LOPEZ (Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, pág. 126):

"O artigo 9º do PAF, ao estabelecer que o auto de infração e a notificação de lançamento devem estar instruídos com todos os elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito, explicita a necessidade de demonstração dos pressupostos com base nos quais o ato foi emanado. Deste modo, a lei define o momento processual adequado para a apresentação das provas

coletadas no curso da ação fiscal. Não cabe à autoridade fiscal, após a interposição da impugnação pelo contribuinte, suprir deficiências probatórias do lançamento com a apresentação de novos elementos.

A instrução do processo, após a defesa, prende-se tão-somente ao convencimento do julgador sobre pontos ainda não suficientemente esclarecidos pelas provas trazidas aos autos.

Para Paulo Celso Bonilha, "o poder instrutório das autoridades de julgamento (aqui englobamos a de preparo) deve-se nortear pelo esclarecimento dos pontos controvertidos e não pode implicar invasão dos campos de exercício de prova do contribuinte ou da Fazenda. Em outras palavras, o caráter oficial da atuação dessas autoridades e o equilíbrio e imparcialidade com que devem exercer suas atribuições. Inclusive a probatória não lhes permite substituir as partes ou suprir a prova que lhes incumbe carrear ao processo."

20. Não tendo havido, no caso, instrução processual com a representação fiscal nº 10480.014279/2002-87, não está comprovado que a tributação da recorrente deveria ter sido feita como as demais pessoas jurídicas, e sim como cadastrada no SIMPLES, não podendo ser exigido crédito tributário uma vez que os DARFs acostados comprovam o recolhimento do tributo e seus reflexos no período fiscalizado."

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Nelson Lósso Filho

Retorna o processo para continuidade do julgamento nesta Turma, após o cumprimento da diligência determinada pela Resolução nº 1202-00.028, da sessão de 26/01/2010.

Em seu recurso, ao se defender do auto de infração para a exigência de tributo, a contribuinte sustenta ter ocorrido cerceamento ao direito de defesa, em virtude de não ter tido ciência regular do ato declaratório excludente do regime beneficiado, dele não se defendendo, não podendo o lançamento fiscal prosperar.

Pela análise do Relatório da Diligência, constato que cabe razão à recorrente em sua afirmativa de que não teria sido intimada regularmente do Ato Declaratório Executivo excludente do SIMPLES por uma das formas previstas no artigo 23 do Decreto nº 70.235/72, ocorrendo apenas, como confirma a diligência, a sua publicação no Diário Oficial da União, acarretando o cerceamento ao direito de defesa.

Com efeito, a ciência aos contribuintes dos ADE de exclusão do Simples, deve ser efetivada na forma prevista no artigo 23 do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pelos artigos 67 da Lei nº 9.532/97, e 113 da Lei nº 11.196/2005: pessoalmente, por via postal, ou telegráfica ou qualquer outro meio, ou por meio eletrônico.

Quando um dos meios acima citados, previstos no referido artigo 23 do Decreto nº 70.235/72, resultar improficuo, poderá ser feita essa notificação via publicação de edital em dependência do órgão local da Receita Federal do Brasil ou em órgão de imprensa oficial local.

Inexiste na legislação tributária federal previsão para que o Ato Declaratório Executivo de exclusão de empresa do Simples seja publicado no DOU.

Mesmo quando se tornar improficuo a ciência regular ao contribuinte e se optar pela publicação de edital para ciência da pessoa jurídica, o Diário Oficial da União não se presta para tanto, haja vista não ser órgão de imprensa oficial local.

Assim sendo, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, constato a inexistência de intimação regular da empresa do Ato declaratório Executivo que a excluiu do SIMPLES, tendo sido cerceado seu direito de defesa.

Portanto, restando não cientificada regularmente da exclusão do SIMPLES, com a possibilidade de abertura de litígio quanto a essa exclusão, não poderia a contribuinte ter seu lucro arbitrado, pois a empresa mantinha a condição de tributação simplificada à época da lavratura do auto de infração, com exigência de tributos em nova sistemática de apuração de lucro tributável.

Pelos fundamentos exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário para reconhecer a ocorrência do cerceamento do direito de defesa, pela falta de notificação da exclusão do SIMPLES, e cancelar a exigência fiscal.

(Documento assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho - Relator