



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10530.727831/2019-14  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** **1001-002.696 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária**  
**Sessão de** 5 de outubro de 2022  
**Recorrente** EMPREENDIMENTOS EDUCACIONAIS BORGES LIMA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2019

**SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO.**

Comprovada a existência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou não, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificadas nos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, cabe a exclusão da pessoa jurídica do regime do Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente o Recurso Voluntário, apenas em relação à alegação de decadência e, na parte conhecida, negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Beltcher da Silva – Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Fernando Beltcher da Silva (Presidente), José Roberto Adelino da Silva e Sidnei de Sousa Pereira

**Relatório**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão de nº 06-67.752, da 7ª Turma da DRJ/CTA, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada Ato Declaratório Executivo DRF/FSA nº 0040, de 22 de maio de 2019 (fl. 15), que excluiu a ora recorrente do regime do Simples Nacional em virtude da prática reiterada de infração à legislação tributária, conforme disposto no inciso V do art. 29 da Lei Complementar nº 123.

Em sua Manifestação de Inconformidade (MI), a ora recorrente alegou:

2.1 Que no exercício de suas funções, o Auditor Fiscal competente, após constatar infrações trabalhistas, nos anos-calendários de 2013 e 2015, decidiu excluir de ofício a recorrente do SIMPLES NACIONAL, com fulcro no art. 29,XII, § 9º, I da LC 123/2006.

2.2 Que o Ato Declaratório de Exclusão embasou-se no Ofício n.º 301/2017/GAB/SIT/MTB, enviado pelo Ministério do Trabalho, cujo objeto era o encaminhamento de lista de empresas autuadas em mais de um exercício por manter empregados em atividade laboral sem o respectivo registro, conforme infração prevista no art. 41 da CLT.

2.3 Que, no âmbito do Ministério do Trabalho, aqueles processos administrativos decididos em última instância, em que constam as supostas infrações trabalhistas, são nulos porque não houve o respeito ao devido processo legal.

2.4 Que o Ato Declaratório Executivo, ora contestado, não poderia ter sido emitido em razão da decadência e que, no mérito, a recorrente jamais manteve, em seus quadros, empregados sem registro.

2.4 Que os atos administrativos gozam de presunção relativa e podem ser questionados quanto à legitimidade e veracidade, motivo pelo qual esclarece que nos processos n.º 47904.005938/2013-29 e n.º 47904.001870/2015-71, às e-fls. 33 a 34, a interessada não pôde defender-se dos autos de infração neles constantes porque, em ambos foi intimada por edital, tendo em vista que as intimações precedentes, com aviso de recebimento ( AR's), não lograram êxito e retornaram com a observação: “mudou-se”.

2.5 Que da decisão de procedência dos autos de infração caberia recurso, no prazo de 10 (dez) dias, devendo a empresa ser intimada por edital somente se o infrator estivesse em lugar incerto e não sabido, em conformidade com o disposto no § 2º do art. 636 da CLT.

2.6 Que a Administração Pública dispõe de meios para encontrar endereços atualizados e falhou em buscar o endereço da autuada, motivo pelo qual as intimações por edital, por tratarem-se de medidas excepcionais, devem ser declaradas nulas.

2.7 Que a intimação por edital cerceou-lhe o exercício do direito a ampla defesa.

2.8 Que a jurisprudência reconhece a nulidade de intimações por edital em casos semelhantes:

...

2.9 Que o Ato Declaratório Executivo, ora sob litígio, deve ser anulado porque tem como causa a existência de infrações reiteradas cujos respectivos processos são nulos por vícios formais referentes às intimações.

2.10 Que o Ato Declaratório de Exclusão do Simples, ora sob litígio, foi atingido pela decadência já que não houve prática reiterada de infrações trabalhistas nos últimos 5 (cinco) anos. A primeira autuação do Ministério do Trabalho ocorreu, em 18/04/2013, e a segunda, em 25/02/2015. Logo, nos últimos 5 (cinco) anos há apenas uma infração a ser considerada e não duas, conforme a fundamentação legal daquele ADE:

LC 123/2006 (os grifos são nossos)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

XII - omitir de forma reiterada da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço.

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

2.11 Que, diante da regra acima, a Receita Federal só poderia buscar infrações idênticas até o ano-calendário de 2014 uma vez que o ADE foi expedido em 22/05/2019.

...

2.12 Que diante das considerações acima, requer o reconhecimento da decadência e o cancelamento do Ato Declaratório Executivo com fulcro no art. 29, § 9º, II, da LC 123/2006, combinado com o art. 173 do CTN.

2.13 Que o Ministério do Trabalho reconheceu vínculo de emprego de forma equivocada já que os empregados, descritos nos autos de infração, foram contratados pelo Sr. Aderbal Alves de Araújo Junior para fazer a reforma na nova sede da requerente, conforme contrato de prestação de serviços, às fls. 39 a 41.

2.14 Que a Justiça do Trabalho declarou a nulidade de autos de infração, pela ausência de subordinação em pretensa relação trabalhista, em muitos processos e que os dois autos de infração lavrados pelo Ministério do Trabalho que motivaram a expedição do ADE, ora sob litígio, no mérito, são nulos.

2.15 Ao final, requer que sejam reconhecidas as nulidades dos processos administrativos, no âmbito do Ministério do Trabalho, de nº 47904.005938/2013-29 e de nº 47904.001870/2015-71, tendo em vista que violaram o direito à ampla defesa da interessada; que, subsidiariamente, no mérito, as infrações constantes dos processos administrativos, acima discriminados, sejam desconsideradas, haja vista a inexistência de relação de emprego e, na eventualidade de não serem acatados os pedidos anteriores, seja acolhida a decadência, considerando-se que não houve, por parte da recorrente, a prática reiterada de infrações nos últimos 5 (cinco) anos-calendários.

2.16 Decididas as questões prejudiciais elencadas no subitem anterior requer, tacitamente, o cancelamento do Ato Declaratório Executivo DRF/FSA nº 0040, de 22 de maio de 2019.

A DRJ, decidiu que:

4. Preliminarmente, informa-se que este órgão julgador, em nome da técnica jurídica, tratará exclusivamente da matéria em litígio de sua competência, em conformidade com o Anexo Único da Portaria RFB nº 1.479, de 02 de setembro de 2019 e que, em relação a citações de doutrinadores, sentenças e acórdãos, embora

sejam inestimáveis fontes de consulta, não obrigam este relator, pois prevalece o princípio da legalidade por meio do qual na Administração Pública os seus agentes somente podem fazer o que a lei os autoriza (art. 37 da Constituição Federal).

5. A Portaria MF n.º 341/2011, que disciplina o funcionamento das Delegacias de Julgamento, determina que o julgador observe as normas legais e regulamentares e o entendimento da Receita Federal expresso em atos normativos, conforme consta em seu art. 7º, incisos IV e V:

Art. 7º São deveres do julgador:

[...];

IV - cumprir e fazer cumprir as disposições legais a que está submetido; e

V - observar o disposto no inciso III do art. 116 da Lei n.º 8.112, de 1990, bem como o entendimento da RFB expresso em atos normativos.

6. Circunscrito, então, o contexto em que se dará este julgado, passo ao exame do litígio.

7. Em seu pedido, a interessada solicitou à autoridade julgadora que se manifeste em relação a questões prejudiciais cujo deslinde afetam diretamente o mérito da presente, quais sejam:

7.1 o reconhecimento preliminar da nulidade dos processos administrativos, no âmbito do Ministério do Trabalho, n.º 47904.005938/2013-29 e n.º 47904.001870/2015-71, uma vez que as intimações, por edital, levadas a efeito em ambos feriram o direito da interessada à ampla defesa;

7.2 que as infrações constantes dos processos administrativos, já mencionados no item anterior, sejam desconsideradas, haja vista a inexistência de relação de emprego entre a recorrente e supostos empregados neles discutidos;

7.3 que seja acatada a decadência, considerando-se que não houve, por parte da recorrente, a prática reiterada de infrações nos últimos cinco anos-calendários.

8. Desde já esclarece-se que a resolução das duas prejudiciais, constantes dos itens 7.1 e 7.2 não são de competência das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento, em conformidade com o Anexo Único da Portaria RFB n.º 1.479, de 02 de setembro de 2019, abaixo transcrito, devendo tais questões serem dirimidas na esfera judicial porque estão preclusas no âmbito administrativo trabalhista, conforme se verifica nos documentos acostados aos autos:

...

9. Assim, trataremos apenas da questão prejudicial relativa à pretensa decadência aventada, cuja resolução atestará ou não a legalidade e por consequência a procedência ou não do Ato Declaratório Executivo DRF/FSA n.º 0040, de 22 de maio de 2019, à e-fl. 15, que excluiu a recorrente do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

10. Alega-se que o Ato Declaratório Executivo DRF/FSA n.º 0040, de 22 de maio de 2019, à e-fl. 15, não podia ter sido expedido porque nos últimos 5 (cinco) anos a interessada teria incorrido apenas em uma infração contra a legislação

trabalhista e não em duas, conforme se deduz do art. 29, XII, § 9º, I, da Lei Complementar 126/2006, abaixo transcrito (grifei):

Lei Complementar n.º 126/2006

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

XII - omitir de forma reiterada da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço.

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

11. Para facilitar os cálculos, a interessada apresenta a tabela abaixo e esclarece que a infração autuada em 18/04/2013, para efeitos de contagem de prazo, não estaria abarcada pelo interregno de 5 (cinco) anos anteriores ao Ato Declaratório Executivo que foi expedido em 22/05/2019. Ou seja, que contando-se para trás, tendo-se como termo de início a data da Expedição do ADE, o termo final seria o dia 21/05/2014. Logo, nos últimos cinco anos, a interessada teria praticado apenas uma infração formalizada por intermédio de auto de infração e, por consequência, não incidiria no conceito de “prática reiterada”, conforme o prescrito no inciso I, § 9º, art. 29 da LC n.º 123/2006.

Processo MTE	Auto de Infração	Ano de Autuação	Data de Autuação	Documento MTE
47904.005938/2013-29	200557271	2013	18/04/2013	1º-Of 301/2017
47904.001870/2015-71	205991939	2015	25/02/2015	1º-Of 301/2017

12. A questão que se impõe ao caso presente é de hermenêutica jurídica e de fácil resolução. O fato da vida relevante para a ordem jurídica tributária que autoriza a expedição do presente Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional, sob litígio é a segunda autuação trabalhista, que ocorreu em 25/02/2015, condicionada à ocorrência de anterior autuação trabalhista, por idêntica infração, a partir do dia 24/02/2010.

13. Portanto, no dia 25/02/2015, data da segunda autuação, em razão de haver autuação trabalhista anterior, por idêntica infração, datada de 18/04/2013, implementou-se a condição necessária e suficiente para a aplicação do art. 29, XII, § 9º, I da LC 123/2006.

14. Em outras palavras, a partir do dia 25/02/2015, a recorrente deve ser excluída do SIMPLES NACIONAL porque incorreu em dois períodos de apuração distintos, nos últimos cinco anos-calendários, em infrações trabalhistas devidamente formalizadas por intermédio de auto de infração.

15. Note-se que, no presente caso, o Ato Declaratório Executivo DRF/FSA n.º 40, foi expedido em 22 de maio de 2019 e, portanto, dentro do prazo decadencial, cujo termo de início foi o dia 25/02/2015, data da segunda autuação, e o termo final, será o dia 26/02/2020.

A recorrente teve ciência do Acórdão em 09/12/2020 (fl.60) e apresentou o Recurso Voluntário (RV) em 06/01/2021 (fl.66/76).

Em seu RV, a recorrente, basicamente, repete os argumentos trazidos em sede de MI, ou seja, alega a decadência, citando a Nota Técnica "SIMPLES NACIONAL n.º 003/2019" (fls. 5/8 do Proc. 10530.725808/2019-87) da Coordenadoria-Geral de Arrecadação e Cobrança (CODAC), em resumo, que:

Da análise da nota técnica em referência, fica muito claro que se a exclusão ocorreu em 2019, a reiteração das infrações só deve ser analisada em relação aos 5 (cinco) últimos anos-calendários. A fim de aclarar a interpretação conferida, a nota técnica foi além, trazendo exemplos, senão vejamos:

Assim, para os procedimentos de exclusão realizados no ano-calendário 2019, deve ter havido a ocorrência de 2 (duas) infrações entre os anos-calendários 2014 a 2018. Exemplos:

Exemplo 1:

Primeira autuação em 2012 (empresa optante pelo SN) Segunda autuação em 2014 (empresa optante pelo SN) Ciência do ADE de exclusão em 2019.

Análise: Não ocorreu a reiteração dentro dos últimos 5 (cinco) anos-calendários contados de 2019, logo, essa empresa não deve ser excluída do SIMPLES NACIONAL por essas infrações. (grifo no original)

Como já dito, não houve reiteração nos anos-calendários de 2014 a 2018. A primeira autuação foi em 2013 (fls. 31 proc. 10530.727831/2019-14) e a segunda autuação foi em 2015 (fls. 36 proc. 10530.727831/2019-14). A ciência do ADE de exclusão, por sua vez, em 2019. Assim, não resta dúvida que não houve reiteração nos últimos 5 (cinco) anos-calendário, contados de 2019.

Já que não houve reiteração nos últimos 5 (cinco) anos, contados de 10/06/2019, decaiu o direito de a RFB proceder à exclusão do SIMPLES NACIONAL.

...

Com a devida vênia, ao empregar a referida interpretação, a r- turma julgadora pretende ressuscitar algo semelhante à malfadada tese dos "cinco mais cinco". Fosse o caso de se considerar essa lógica, a RFB poderia olhar 10 (dez) anos para trás, a partir de determinada data, a fim de verificar se houve reiteração. Dito de outro modo, a RFB teria 5 (cinco) anos para dizer se nos 5 (cinco) anos anteriores houve a reiteração de determinada infração. Com isso, em vez de 5 (cinco), a RFB teria 10 (dez) anos para excluir o contribuinte do SIMPLES NACIONAL.

No mérito, alega a invalidade do ADE face a adoção de entendimento contrário à orientação da própria RFB aplicação do art. 24, do decreto-lei n.º 4.657/42. Adicionalmente, alega o princípio da verdade material e a invalidade dos autos de infração tecendo comentários sobre as autuações sofridas, reconhecendo que não é missão deste CARF *adentrar os elementos do auto de infração lavrado pelos auditores fiscais do trabalho.*

Requer:

a) seja acolhida a decadência, considerando que não houve reiteração de infração nos últimos cinco anos-calendário, com o consequente cancelamento do ADE;

b) Eventualmente ao pedido de alínea "a", seja reconhecida a invalidade do ADE, em virtude do desrespeito à orientação geral da RFB;

c) Eventualmente ao pedido de alínea "b", seja reconhecida a invalidade do ADE, tendo em conta a inexistência do motivo dos autos de infração lavrados pelos auditores fiscais do trabalho.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo, porém, não apresenta todos os demais pressupostos de admissibilidade, previstos no Decreto 70.235/72, portanto, dele eu conheço parcialmente pelas razões a seguir expostas

Os pedido contido na letra “c”, acima, como a própria recorrente admite, foge à competência deste CARF e, portanto, não será levado em consideração.

Quanto à alegada decadência, a DRJ fez a análise correta e com ela eu concordo. A informação contida na cita Nota Técnica, na verdade, entendo reforçar o entendimento exarado pela autoridade em seu acórdão. O ADE foi expedido dentro do prazo decadencial e a exclusão deu-se a partir de 01/02/2015 e não a partir de 2019, conforme a recorrente tenta induzir a interpretação. Veja o que diz o ADE. no Art. 2º:

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 01/02/2015, como determina o parágrafo 1º do artigo 29 da Lei Complementar n° 123/2006, ficando a pessoa jurídica impedida de ser optante do Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário seguintes (2016, 2017 e 2018).

Dessa forma, inexistente o conflito alegado pela recorrente sendo inaplicável o art. 24, do decreto-lei n° 4.657/42 (atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Consequentemente, entendo ter havido a prática reiterada da infração, peço a devida vênia para reproduzir (novamente) a norma (parágrafo 9º, ao art. 29, da LC 123/2006):

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardid ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.” (NR)

Assim, correta a decisão de piso, conforme já transcrita no relatório acima, e peço a devida vênia para a ela aderir tendo em vista o que dispõe o artigo 50, da Lei 9.784/99.

Assim, nego provimento ao presente recurso.

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva