



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

Processo nº 10821.000255/2006-66
Recurso nº 141.021 Voluntário
Acórdão nº 1801-00.221 – 1ª Turma Especial
Sessão de 17 de maio de 2010
Matéria INCLUSÃO - EXCLUSÃO DO SIMPLES
Recorrente NILSON EDIO GALATTI - ME
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

EXCLUSÃO DO SIMPLES. SRS. INDEFERIMENTO. CIÊNCIA POR EDITAL, ANTES DE ESGOTADOS OS DEMAIS MEIOS ORDINÁRIOS DE INTIMAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DO ATO DE CIÊNCIA. À época da afixação, em 12/04/2005, do Edital destinado à ciência do indeferimento de SRS apresentada pelo sujeito passivo, vigoravam as antigas disposições do art. 23 Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que determinava que a autoridade administrativa fiscal, antes de se utilizar da intimação por edital, exaurisse todos os demais meios ordinários de intimação do sujeito passivo, então disponíveis – intimação pessoal e por via postal, com aviso de recebimento. Provado, nos autos, o insucesso na tentativa de intimação por todos os meios ordinários, só então seria permitido o uso do Edital. Edital que é afixado antes de exauridos os demais meios ordinários de intimação, e que dá azo a cerceamento no legítimo direito de defesa do contribuinte, deve ser anulado, pois é ato administrativo praticado “*contra-legis*”.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

ANA DE BARROS FERNANDES - Presidente

EDITADO EM: 12 AGO 2010

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva, Guilherme Pallastrí Gomes da Silva, Maria de Lourdes Ramirez, André Almeida Blanco e Ana de Barros Fernandes. Ausente, momentaneamente o Conselheiro Rogério Garcia Peres.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a decisão da 1ª Turma da Delegacia de Julgamento em Campinas/SP que, por unanimidade de votos, deferiu, em parte, a manifestação de inconformidade da interessada, conhecendo, apenas, das razões de defesa apresentadas contra o indeferimento de inclusão retroativa no Simples, no período de 01/01/2005 a 31/12/2005, deixando de tomar conhecimento das demais alegações contra o indeferimento de revisão de ato de exclusão do Simples, no período de 01/01/2002 a 31/12/2004, consideradas intempestivas.

O Acórdão encontra-se assim ementado:

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

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005

ATO DE EXCLUSÃO. INTEMPESTIVIDADE.

Não interposta tempestivamente manifestação de inconformidade contra indeferimento de SRS, torna-se incabível o pedido de revisão, por se tratar de matéria já preclusa na esfera administrativa

OPÇÃO. ERRO DE FATO. PROVA INEQUÍVOCA DA INTENÇÃO. POSSIBILIDADE

Caracterizado erro de fato e demonstrada de forma inequívoca a intenção da contribuinte em optar pelo Simples, dentro do prazo previsto para tanto, e não incidindo vedação legal, é cabível a regularização cadastral, para inclusão na sistemática.

Solicitação Deferida em Parte

Campinas/SP: Transcrevo, a seguir, e de forma integral, o relatório da DRJ em

“Trata-se de pedido de enquadramento no Simples com efeitos retroativos à 01/01/2005, justificando o contribuinte ter se esquecido de incluir o evento “301” quando da transmissão do Documento Básico de Entrada no CNPJ em 16/07/2004, através do qual alterou sua atividade. Informa que desde então efetuou seus recolhimentos e entregou suas declarações na sistemática simplificada.

A Delegacia da Receita Federal em São Sebastião verificou que o contribuinte fora optante pelo Simples anteriormente, e excluído em razão da atividade no ano-calendário 2004. Verificou ainda que ele apresentou SRS, que foi indeferida, decisão

esta da qual o contribuinte foi cientificado através de Edital, não constando apresentação de manifestação de inconformidade.

Aquela unidade, então, indeferiu a solicitação do contribuinte, fundamentando: não ter ele efetuado sua opção pelo Simples nos termos da Lei nº 9.317/96 e Portaria SRF nº 1095/2005, sendo impossível a inclusão administrativa em face da legislação de regência; ser o pleito intempestivo, pelo quê não se instaurou a fase litigiosa com a formalização do presente (fls. 24/26)

Cientificado do indeferimento de seu pedido em 12/07/2006 (fl. 28), o interessado apresentou manifestação de inconformidade em 02/08/2006 (fls. 29/55), alegando, em síntese, que:

- Sua opção pelo Simples quando do início de sua atividade, em 10/08/2001, foi liberada pela Receita Federal. Somente após quatro anos de sua opção foi excluído da sistemática, com efeitos retroativos a 2002, quando sempre constou dentre suas atividades as atividades de “Comércio Varejista de Produtos Náuticos” de “Garagem náutica e Reparação de Embarcações de Lazer”, sendo esta última considerada impeditiva;
- Nunca desenvolveu as atividades de “Reparação de Embarcações de Lazer” e de “Comércio Varejista de Produtos Náuticos”, e não mais as desenvolverá, em razão do local pouco movimentado em que se encontra instalado. Apenas constavam tais atividades porque havia a possibilidade de exercê-las no futuro, e, assim, não ter despesas com honorários e taxas de alteração posteriormente;
- Sempre funcionou como “Marina”;
- Efetuiu alteração de sua atividade em 21/05/2004, visando adequar-se às exigências da Receita Federal;
- Esteve inativo até o ano-calendário 2002, e a partir do ano-calendário 2003 adotou procedimentos de optante pela sistemática;
- Não agiu com má-fé; apenas enfrentou dificuldades, dado o caráter sazonal do comércio local;
- Anexa documentos e fotos para comprovar suas alegações;
- Solicita a manutenção da empresa no Simples de 01/01/2002 a 31/12/2005.”

Do voto condutor do Acórdão são extraídos os seguintes trechos:

“O pedido inicial do contribuinte trata de enquadramento retroativo a 01/01/2005. A DRF de origem analisou-o nesse sentido, mas também o analisou como manifestação intempestiva contra o indeferimento de SRS, indeferindo-o nos termos relatados.

A manifestação de inconformidade de fls. 29/31, por sua vez, foi apresentada também em ambos os sentidos, visto que o contribuinte solicita sua manutenção no Simples de 01/01/2002 a 31/12/2005.

Ocorre que nessa manifestação de inconformidade o contribuinte não suscita qualquer preliminar de tempestividade que possa conferir àquele seu pedido inicial força para instalar contraditório contra sua exclusão do Simples após o



indeferimento da SRS. Destarte, há de se reconhecer sua revelia e, por conseguinte, todas as suas alegações posteriores perdem a eficácia jurídica, uma vez que esta autoridade julgadora tem sua atividade vinculada à instauração regular do procedimento.

A consequência disso é que com o indeferimento da SRS não impugnado tempestivamente, torna-se incabível qualquer pedido de revisão, por se tratar de matéria já preclusa na esfera administrativa, restando consolidada sua situação de excluído no Simples no a partir de 01/01/2002.

Por conseguinte, a temporalidade do objeto nestes autos fixa-se a partir de 01/01/2005.”

Assim, conhecendo apenas das alegações apresentadas contra o indeferimento de inclusão no Simples de 01/01/2005 a 31/12/2005, observou que o argumento da DRF em São Sebastião para indeferimento desse pleito, não teria fundamento em face da legislação de regência da matéria.

Nesse contexto, consignou que, uma vez demonstrado nos autos, de forma inequívoca, a intenção da pessoa jurídica em aderir à sistemática simplificada, o disposto no Parecer COSIT nº 60, de 1999 e no Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16 de 2002, permitiriam a inclusão da empresa no CNPJ como optante pelo Simples, com efeitos retroativos.

Tendo constatado que a atividade da empresa - *Garagem Náutica – Guarda de Barcos de Lazer* - (conforme cópia de requerimento de empresário arquivado na Jucesp em 16/07/2004 - fl. 03), não vedaria à opção pelo Simples, e em não havendo pendências da empresa ou do empresário junto à PGFN (fl. 58/59), acatou a solicitação do interessado.

Cientificada, em 12/07/2006, do deferimento parcial de sua solicitação, como comprova o Aviso de Recebimento de fl. 28, apresenta, a contribuinte, em 02/08/2006, Recurso Voluntário em face deste Colegiado, alegando que no início de suas atividades teria efetuado pesquisas junto à consultoria Informare e junto à própria Receita Federal para certificar-se de que os serviços prestados pela empresa não vedariam à opção pelo Simples, não tendo recebido nenhuma resposta conclusiva a respeito de sua dúvida.

Afirma ter recebido, via correio, apenas a correspondência datada de 27/08/2004 e que desconhecia a existência de qualquer Edital em data posterior a essa, mesmo porque, segundo suas palavras:

“...a Receita Federal nunca se manifestou, aqui em nossa região, através de Edital, foi sempre pelo correio e também a empresa está localizada em Caraguatatuba-SP e a Receita Federal está localizada em São Sebastião-SP, não havendo, de maneira nenhuma, a POSSIBILIDADE da empresa ter alguém indo à Receita Federal, que fica em outra cidade, diariamente ou semanalmente para verificar o EDITAL, mesmo porque a distância entre as duas cidades é de vinte e cinco quilômetros e também porque não se tinha conhecimento, por ninguém de nós conhecido, da existência de tal edital.”

Observa que, apesar de seu baixo faturamento, gera cinco empregos diretos e está em dia com todas as suas obrigações tributárias e que a existência da empresa passaria a ser inviável se não acatada a sua solicitação de permanência no Simples no período de 01/01/2002 a 31/12/2004.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria de Lourdes Ramirez

O Recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para sua admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

A DRJ em Campinas/SP limitou-se a apreciar as razões de defesa consignadas na manifestação de inconformidade apresentada pela contribuinte no que toca, exclusivamente, à regularização de sua situação como optante pelo Simples no período de 01/01/2005 a 31/12/2005, deferindo tal solicitação, não havendo, por consequência, controvérsia a ser apreciada por este Colegiado em relação a esse pleito.

As razões de defesa apresentadas contra a exclusão do Simples no período de 01/01/2002 a 31/12/2004 não foram conhecidas pela 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Campinas/SP, uma vez que a contribuinte foi considerada revel por ter apresentado sua manifestação de inconformidade contra o indeferimento da Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples – SRS – apenas em 02/08/2006, fora, portanto, do prazo legal de trinta dias, contados da ciência do indeferimento, que teria ocorrido em 27/05/2005, por meio do Edital DRF/SSO nº 36/2005 (afixado em 12/04/2005 – fl. 22).

Ocorre, entretanto, que a ciência do indeferimento da SRS, por meio do Edital nº 36/2005, se deu de forma irregular.

Isto porque, à época da afixação do Edital nº 36/2005, em 12/04/2005, vigoravam as antigas disposições do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, sem as alterações introduzidas em novembro de 2005, pela Lei nº 11.195, de 21 de novembro de 2005.

Pela redação do artigo 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, até então em vigor em abril de 2005, seria necessário exaurir os demais meios de intimação previstos no referido dispositivo, com prova nos autos que todos restaram improficuos, para que fosse permitida a afixação de Edital destinado à ciência do ato.

À propósito, esta era a redação do mencionado artigo 23 do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;

II - por via postal ou telegráfica, com prova de recebimento;

III - por edital, quando resultarem improficuos os meios referidos nos incisos I e II.



§ 1º O edital será publicado, uma única vez, em órgão de imprensa oficial local, ou afixado em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação.

§ 2º Considera-se feita a intimação:

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

II - na data do recebimento, por via postal ou telegráfica; se a data for omitida, quinze dias após a entrega da intimação à agência postal-telegráfica;

III - trinta dias após a publicação ou a afixação do edital, se este for o meio utilizado.

Somente em novembro de 2005 a Lei nº 11.195, de 2005, passou a admitir a utilização do Edital, após o insucesso da tentativa de apenas um dos demais meios de intimação previstos no artigo. Esta é a nova redação do dispositivo, com as alterações introduzidas:

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.

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado:

I - no endereço da administração tributária na internet;

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local.

§ 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

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.

IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência.

§ 4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo:

I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e

II - o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo.

...

A Lei n.º 11.196/2005, ao modificar a redação do artigo 23 do Decreto n.º 70.235, de 1972, trouxe importante alteração em relação aos requisitos para o uso da intimação por edital. Anteriormente, na vigência da redação original do artigo 23, o uso do edital demandava, da parte da autoridade fiscal, a tentativa de intimação por todos os meios ordinários então disponíveis: (i) a intimação pessoal e (ii) a intimação por via postal. Somente a Lei n.º 11.196, de 2005, publicada em 22 de novembro 2005, passou a permitir à autoridade fiscal o uso da intimação por edital depois da demonstração de que foi improficua a tentativa de intimação por apenas um dos meios ordinários.

In casu, verifica-se, do exame dos autos, que houve uma única tentativa de intimação da contribuinte, para cientificá-la do indeferimento da SRS, apenas por via postal - estranhamente não formalizada pelos correios - anteriormente à afixação do Edital nº 36/2005, conforme fls. 19 a 21.

Estranhamente porque constata-se, também do exame dos elementos do processo, que a contribuinte não efetuou qualquer alteração em seu endereço cadastral junto à SRF, sempre esteve localizada no mesmo endereço, e sempre recebeu, de forma regular, as intimações e solicitações que lhe eram encaminhadas por meio postal. Somente nesse caso, em particular - ciência do indeferimento da SRS - os correios, curiosamente, não lograram localizar a empresa em seu endereço cadastral, que foi considerada, pelo órgão preparador, em "local incerto e não sabido". Todas as demais tentativas de intimação por via postal, anteriores e posteriores a essa, foram bem sucedidas.

Se é exigido da contribuinte que atenda as formalidades do processo administrativo fiscal, dentre essas o respeito ao prazo para apresentação de impugnação ou manifestação de inconformidade, o mesmo se exige da Administração Tributária, que também deve respeitar os comandos normativos em vigor, na prática dos atos que lhe cabem, sob pena de nulidade.

Assim, considera-se irregular a intimação para ciência do indeferimento da SRS, promovida por meio do Edital nº 36/2005, por não terem sido atendidos todos os

requisitos do artigo 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, na redação em vigor à época de sua afixação.

Tal irregularidade no ato de ciência por meio do Edital deu azo a cerceamento no legítimo direito de defesa da contribuinte, que teve suas razões apresentadas na manifestação de inconformidade de fls. 29 a 31, contra o indeferimento de sua SRS, não conhecidas pela 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Campinas/SP.

Nesse contexto, em face das irregularidades ora apontadas na intimação feita por meio do Edital no. 36/2005, as alegações apresentadas na manifestação de inconformidade contra o indeferimento de revisão de ato de exclusão do Simples, no período de 01/01/2002 a 31/12/2004, devem ser consideradas tempestivas. Como consequência, devem os autos retornar à DRJ em Campinas/SP para que sejam apreciadas tais arguições, dando-se ciência à contribuinte da nova decisão, reabrindo-lhe o prazo de trinta dias para interposição de Recurso Voluntário, se assim o desejar.

Por todo o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso, para declarar a nulidade do ato de ciência pelo Edital DRF/SSO nº 36/2005, retornando-se os autos à DRJ em Campinas/SP para apreciação da manifestação de inconformidade no que toca ao indeferimento de revisão de ato de exclusão do Simples, no período de 01/01/2002 a 31/12/2004, devendo ser reaberto o prazo de trinta dias, a contar da ciência da nova decisão, para interposição de Recurso Voluntário.


MARIA DE LOURDES RAMIREZ - Relatora