



Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 11516.721578/2011-71
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-010.612 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de novembro de 2021
Recorrente UNIFREIOS LTDA. - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/05/2011

AUTO DE INFRAÇÃO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. CONTRIBUIÇÕES PATRONAIS E DESTINADAS A TERCEIROS.

A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional fica obrigada a recolher as contribuições patronais e destinadas a outras entidades e fundos, denominados Terceiros, de acordo com a legislação aplicada às empresas em geral.

PRELIMINAR DE NULIDADE. IMPUGNAÇÃO. INTIMAÇÃO POR EDITAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Nos termos da legislação que regula o processo administrativo fiscal, cabe a intimação por edital sempre que resultarem improfícuas tentativas anteriores de intimação pessoal por via postal ou eletrônica.

A ausência de prova atestando a tentativa de intimação pessoal implica a nulidade do Despacho Decisório cientificado por meio de edital, por caracterizar cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso voluntário e, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, dar-lhe provimento. Vencidos os Conselheiros Francisco Ibiapino Luz, Márcio Augusto Sekeff Sallem e Denny Medeiros da Silveira, que negaram provimento ao recurso. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Ana Claudia Borges de Oliveira.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente e Relator

(documento assinado digitalmente)

Ana Claudia Borges de Oliveira – Redatora Designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira, Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Márcio Augusto Sekeff Sallem e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Por bem descrever os fatos ocorridos até a decisão de primeira instância, transcreveremos o relatório constante do Acórdão n.º 14-44.627, da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Ribeirão Preto/SP, fls. 187 a 195:

Nos termos do Relatório Fiscal de fls. 25/28, [trata] o presente processo [...] de constituição de créditos tributários por meio dos seguintes Autos de Infração:

1 – N.º 50.008.644-3, relativo às contribuições devidas à Seguridade Social pela empresa, compostas das seguintes parcelas:

- contribuição patronal destinada ao Fundo de Previdência e Assistência Social (FPAS); e
- contribuição patronal destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT);

2 – N.º 50.008.645-1, relativo à contribuição destinada aos denominados “Terceiros” (SESC, SENAC, INCRA, SEBRAE e Salário Educação).

Acrescenta o mesmo relatório:

II – RAZÕES DO LANÇAMENTO

4. A Auditoria Fiscal foi realizada na empresa com o objetivo de efetuar o lançamento de ofício das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e segurados contribuintes individuais a seu serviço, relativas ao período de janeiro de 2009 a maio de 2011. Dentre outras razões para assim proceder, destaca-se o fato da pessoa jurídica ter sido excluída do *Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES Nacional*, por meio do Ato Declaratório Executivo (ADE) n.º 000140311/2008 (cópias do ADE propriamente dito e do Edital informando da exclusão anexas ao Processo Administrativo-Fiscal), e não haver promovido o recolhimento das ditas exações, declarando-se em GFIP (Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social) como se optante do SIMPLES Nacional fosse.

5. Por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal (TIPF), o contribuinte foi intimado a apresentar Consulta Fiscal e/ou Manifestação de Inconformidade referente ao Ato Declaratório Executivo (ADE) n.º 000140311/2008. O pedido foi reiterado por meio do Termo de Intimação Fiscal n.º 01, com ciência pelo contribuinte em 03 de agosto de 2011, às 14:08h (anexo, Doc. 06). Não foi apresentado documento algum com o condão de suspender/reverter o ato declaratório de exclusão r.mencionado¹.

III – BASE DE CÁLCULO E INFORMAÇÕES PERTINENTES AO LANÇAMENTO FISCAL

6. Os fatos geradores foram apurados com base nas remunerações dos segurados empregados (Levantamento *RE – Remuneração Seg Empreg*) declaradas pelo contribuinte em GFIP. Anexamos ao presente Processo Administrativo-Fiscal o extrato do sistema GFIPWeb, denominado “*GFIP Única – Totais de Base de Cálculo por Categoria*”, referente a todo o período fiscalizado. De lá é possível obter a base de cálculo considerada pelo contribuinte para declarar a contribuição dos segurados como devida. Como o contribuinte declarou no período como se fosse optante do SIMPLES Nacional, não foi confessada, por meio de GFIP, dívida oriunda das contribuições aqui lançadas. Contudo, como a base de cálculo é a mesma, fizemos uso das remunerações declaradas nesse documento para obter as contribuições não declaradas e não recolhidas, oriundas da exclusão do SIMPLES Nacional.

7. Relativamente aos fatos geradores lançados nos Autos de Infração DEBCAD n.º 50.008.644-3 e DEBCAD n.º 50.008.645-1, foi aplicada a multa de ofício estabelecida pelo inciso I, do art. 44 da lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996 - DOU de 30 de dezembro de 1996 (75% - setenta e cinco por cento).

[...]

9. Foi emitida *Representação Fiscal para Fins Penais*, para que as autoridades competentes tomem as providências que julgarem cabíveis, uma vez que as contribuições constantes deste Processo Administrativo-Fiscal não foram informadas em GFIP, conduta esta que, em tese, pode caracterizar: Crime de Sonegação de Contribuição Previdenciária, tipificado no art. 337-A do Código Penal, incluído pela Lei n.º 9.983, de 14 de julho de 2000 (DOU de 17 de julho de 2000) – no que tange às contribuições objeto do Auto de Infração DEBCAD 50.008.644-3; Crime Contra a Ordem Tributária, de acordo com o artigo 1º da Lei n.º 8.137 de 1990 – no que se refere às contribuições objeto do Auto de Infração DEBCAD 50.008.645-1. A dita Representação Fiscal constituiu o processo de número 11516.721580/2011-71.

Tais créditos, consolidados em 24/08/2011, importam em R\$ 295.599,59 (Contribuição Previdenciária- empresa) e R\$ 77.930,84 (contribuição destinada a outras Entidades e Fundos), já incluídos aí os juros e a multas de ofício, incidentes sobre o débito originário.

[Notificada] do lançamento, [a] contribuinte impugnou-o em 15/09/2011, por meio do expediente juntado às fls. 82/83, mediante as seguintes alegações:

II. 1 - PRELIMINAR

Gostaríamos de esclarecer que procuramos entregar dentro do prazo, toda a documentação solicitada pelo Auditor Fiscal, e acreditamos que cumprimos com essa obrigação. O procedimento fiscal originou-se pois constava em Edital que nossa empresa foi excluída do simples nacional.

As pendências que a empresa possuía junto a PGFN foram excluídas pela MP 449 de 12/2007 (MP do Bem) e também extinto por pagamento (doc. em anexo), a parte das contribuições sociais para o INSS ref. 06/2008; 07/2008 e 08/2008, com os valores de R\$ 48,03, R\$ 47,96 e R\$ 38,98 respectivamente, foram diferenças apuradas pelo sistema do INSS e as quais não éramos devedores.

Gostaríamos de esclarecer também que dentro do prazo fizemos a opção pelo regime de receitas pelo SIMPLES nacional, dos anos de 2009; 2010 e 2011 (doc. em anexo) e acreditamos haver um engano de nossa exclusão.

Dentro do período da exclusão 01/2009 à 05/2011 fizemos o recolhimento regularmente do simples nacional, sempre em dia (cfe. relatórios em anexo).

O Débito em questão é a parte da Previdencia patronal e terceiros que em virtude do desenquadramento não foi recolhido. Como a empresa pagou suas obrigações pelo SIMPLES NACIONAL a parte do INSS integra a guia do simples nacional (cfe. relatório em anexo).

Gostaríamos de esclarecer também que no nosso entendimento não há motivos para Representação Fiscal, pois como mencionado anteriormente sempre pagamos nossas obrigações pelo SIMPLES NACIONAL.

II. 2 - MÉRITO

Acreditamos que cumprimos com as nossas obrigações com relação ao recolhimento do INSS tanto da parte patronal como da parte das outras entidades, já que todos os meses recolhemos a parte do INSS junto com a guia do simples nacional, e acreditamos que não poderia haver o desenquadramento em virtude de nosso débito estar devidamente quitado.

Considerando a exclusão do simples nacional, mas através dos relatórios em anexo fica demonstrada que a empresa não deixou de pagar a parte previdenciária, e a diferença apurada originou-se pela contribuição da parte do 13º. Salário.

III. 2 - A CONCLUSÃO

À vista de todo exposto, demonstrada a intenção da empresa em sempre recolher suas obrigações em dia, esperamos que Vossas Senhorias julguem improcedente da ação fiscal, e que seja acolhida a presente impugnação para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado apurando-se para pagamento a diferença apontada em nosso levantamento.

Ao julgar a impugnação, em 12/9/13, a 17ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto/SP concluiu, por unanimidade de votos, pela sua improcedência, consignando a seguinte ementa no *decisum*:

AUTO DE INFRAÇÃO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. CONTRIBUIÇÕES PARA TERCEIROS OU OUTRAS ENTIDADES. RFFP.

A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional fica obrigada a recolher as contribuições destinadas a outras entidades e fundos, denominados "Terceiros", de acordo com a legislação aplicada às empresas em geral.

A DRJ é incompetente para se manifestar a respeito de controvérsias relacionadas a Representação Fiscal para Fins Penais.

COMPENSAÇÃO DE VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS ATRAVÉS DE DAS - DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

Em face de impedimento legal da compensação de valores recolhidos indevidamente através de DAS, para reaver eventuais créditos dos quais seja titular, o Contribuinte, mediante regular processo administrativo, junto à competente repartição da Receita Federal do Brasil, deverá formular seu pedido, apresentando os documentos e elementos necessários.

Cientificada da decisão de primeira instância, em 27/9/13, segundo o Aviso de Recebimento (AR) de fl. 198, a Contribuinte interpôs o recurso voluntário de fls. 199 a 200, em 29/10/13, alegando o que segue:

I – Os Fatos

No dia, 20/06/2011 a empresa recebeu em seu estabelecimento comercial a visita do Auditor Fiscal Thiago de Faria Alvim, onde originou-se o processo acima descrito, a empresa em 15/09/2011, entrou com recurso de impugnação de lançamento, após a análise deste recurso a 17ª. Turma da DRJ/POR julgou improcedente a recurso.

II – O Direito**II.1 – PRELIMINAR**

Gostaríamos de esclarecer que não concordamos com o lançamento em questão em função da exclusão do simples ser indevidada (cfe. doc.PGFN em anexo) onde o débito que ocasionou a exclusão do simples na referida data estava devidamente quitado, e também que pagamos a contribuição para o INSS dentro das guias do simples nacional.

II. 2 – MÉRITO

Acreditamos que cumprimos com nossa obrigações com o recolhimento já que nenhum momento deixamos de recolher a parte da empresa no INSS já que recolhemos dentro da guia do simples nacional.

III – A CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Denny Medeiros da Silveira, Relator.

Do conhecimento

O recurso voluntário (fls. 199 a 200) é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Assim, dele conheço.

Das alegações recursais

Como visto no relatório acima, a Recorrente apenas alega ser indevida a sua exclusão do Simples Nacional e que o débito que teria ensejado essa exclusão teria sido quitado, bem como que teriam sido pagas as contribuições para o INSS dentro das guias do Simples Nacional, ou seja, alega, em suma, ter cumprido as suas obrigações tributárias.

Pois bem, antes de considerações outras, vejamos o seguinte excerto do Relatório Fiscal, fl. 25 a 28:

II – RAZÕES DO LANÇAMENTO

4. A Auditoria Fiscal foi realizada na empresa com o objetivo de efetuar o lançamento de ofício das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e segurados contribuintes individuais a seu serviço, relativas ao período de janeiro de 2009 a maio de 2011. Dentre outras razões para assim proceder, destaca-se o fato da pessoa jurídica ter sido excluída do *Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES Nacional*, por meio do Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 000140311/2008 (cópias do ADE propriamente dito e do Edital informando da exclusão anexas ao Processo Administrativo-Fiscal), e não haver promovido o recolhimento das ditas exações, declarando-se em GFIP (Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social) como se optante do SIMPLES Nacional fosse.

5. Por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal (TIPF), o contribuinte foi intimado a apresentar Consulta Fiscal e/ou Manifestação de Inconformidade referente ao Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 000140311/2008. O pedido foi reiterado por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 01, com ciência pelo contribuinte em 03 de agosto de 2011, às 14:08h (anexo, Doc. 06). Não foi apresentado documento algum com o condão de suspender/reverter o ato declaratório de exclusão r. mencionado.

De fato, segundo o Termo de Início de Procedimento Fiscal de fls. 75 e 76, a Contribuinte, ora Recorrente, foi intimada, em 20/6/11, a apresentar Consulta Fiscal e/ou Manifestação de Inconformidade referente ao ato de exclusão do Simples Nacional, tendo sido reintimada em 3/8/11, consoante Termo de Intimação Fiscal 01 de fls. 77 e 78, porém, nada foi apresentado com o fim de suspender ou reverter a exclusão, sendo, por conseguinte, em 24/8/11,

lançadas as contribuições devidas: DEBCAD n.º 50.008.644-3 (empresa - 20% e Sat - 2%), fl. 5, e DEBCAD n.º 50.008.645-1 (Terceiros - 5,8%), fl. 15.

Quanto à alegação de que teria pago as contribuições para o INSS dentro das guias do Simples Nacional, reproduziremos no presente voto, nos termos do art. 50, § 1º, da Lei 9.784¹, de 29/1/99, e do art. 57, § 3º, Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9/6/15, com redação dada pela Portaria MF n.º 329, de 4/6/17, as razões de decidir da decisão de primeira, com as quais concordamos:

Das alegações de mérito

Não prospera o entendimento da impugnante de que estaria cumprindo com as suas obrigações com relação ao recolhimento do INSS, tanto da parte patronal como da parte das outras entidades, por ter recolhido as contribuições através do SIMPLES NACIONAL, uma vez que, este, trata-se de sistema específico e compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, conforme Previsto na Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, no qual o contribuinte deverá estar regularmente inscrito, que não é o caso.

Afirme-se que, apesar de tal sistemática de recolhimento abranger vários tributos, entre os quais a contribuição para a Seguridade Social destinada a Previdência Social a cargo da pessoa jurídica, a mesma é efetivada mediante documento único de arrecadação – DAS, repita-se que é específico para as empresas Optantes do SIMPLES NACIONAL, regularmente inscritas.

No caso, [a] contribuinte, ao ser [excluída] do SIMPLES NACIONAL, [...], submete-se ao cumprimento do disposto no artigo 32, da Lei Complementar n.º 123/2006:

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Isto posto, [a] contribuinte, ao ser [excluída] desse sistema, ainda que tenha continuado efetuando recolhimentos por meio do DAS, ao SIMPLES NACIONAL, encontra-se em situação irregular, uma vez que deveria ter recolhido suas contribuições através de documento próprio, no caso, através de GPS, sujeitando-se desta forma ao cumprimento de suas obrigações principais e acessórias, razão pela qual devem ser mantidos os créditos constituídos por meio dos Autos em questão.

Por fim, importa destacar que a Recorrente tentou reingressar nessa modalidade de tributação no início de 2009 e no início de 2010, porém, mesmo sem obter êxito², ainda assim informou nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIPs) ser optante pelo Simples Nacional, ensejando a emissão de Representação Fiscal Para Fins Penais.

Conclusão

Isso posto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira

¹ Diploma que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

² Vide parágrafos e incisos do art. 16 da Lei Complementar n.º 123, de 14/12/06.

Fl. 7 do Acórdão n.º 2402-010.612 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 11516.721578/2011-71

Voto Vencedor

Ana Claudia Borges de Oliveira, Redatora Designada.

O recorrente sustenta a nulidade da intimação por edital e por consequência do Ato de exclusão do Simples Nacional.

Como bem relatado, o lançamento de ofício foi realizado em razão da exclusão do contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES Nacional, por meio do Ato Declaratório Executivo (ADE) n.º 000140311/2008 – fl. 41, cuja intimação se deu por meio do Edital n.º 001/2008 (fls. 42).

A despeito do argumento de que essa Turma não tem competência para analisar o ato de exclusão do SIMPLES, importante mencionar que a matéria foi analisada pela Decisão recorrida e, por força do efeito devolutivo e da dialética, cabe a este Órgão julgador analisar a alegada nulidade da intimação por edital que interfere diretamente no lançamento impugnado nos autos.

No processo administrativo fiscal, são nulas as decisões proferidas com preterição do direito de defesa (art. 59, II, do Decreto n.º 70.235/72³), consubstanciado no princípio do contraditório e da ampla defesa que se traduz de duas formas: por um lado, pela necessidade de se dar conhecimento da existência dos atos do processo às partes e, de outro, pela possibilidade das partes reagirem aos atos que lhe forem desfavoráveis no processo administrativo fiscal.

Há violação ao direito de defesa do contribuinte quando há descrição deficiente dos fatos imputáveis ao contribuinte ou quando a decisão contém vício na motivação por não enfrentar todos os argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, ou que se enquadre em uma das hipóteses do art. 489, § 1º, do CPC.

O devido processo legal pressupõe uma imputação acusatória certa e determinada, permitindo que o sujeito passivo, conhecendo perfeita e detalhadamente a acusação, possa exercitar a sua defesa plena.

Nos termos do art. 16, III, do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972 - PAF, a impugnação mencionará os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir. Necessário ao conhecimento do recurso, o requisito do prequestionamento estará preenchido se as alegações constantes do voluntário foram suscitadas na impugnação, em vista da ocorrência da preclusão processual, nos termos do art. 17 do PAF.

A impugnação da recorrente estabeleceu os limites da lide e balizou, em função disto, a matéria devolvida para conhecimento deste Conselho. Com o manejo do recurso voluntário, a parte impugna a decisão da DRJ e provoca o reexame da causa pelo órgão administrativo de segundo grau, almejando a sua reforma total ou parcial.

No sistema brasileiro – seja em âmbito administrativo ou judicial –, a finalidade do recurso é única, qual seja, devolver ao órgão de segunda instância o conhecimento das mesmas questões suscitadas e discutidas no juízo de primeiro grau.

³ Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Em breves termos, o efeito translativo é um desdobramento do efeito devolutivo dos recursos e significa “a consequência jurídica, advinda da interposição do recurso, de se permitir o conhecimento de questões de ordem pública, *ex officio*, em sede recursal”.⁴

As questões de ordem pública são aquelas normas imperativas que demonstram o interesse coletivo, de modo a orientar a justa prestação jurisdicional. E mais, o julgador deve sempre observá-las, havendo ou não pedido expresso das partes para tanto. Não há, no entanto, no ordenamento jurídico brasileiro uma relação taxativa das matérias de ordem pública. Importante destacar que as matérias de ordem pública não estão sujeitas à preclusão e, conseqüentemente, podem ser alegadas e examinadas a qualquer tempo e grau de jurisdição.

A matéria de ordem pública possui privilégios processuais, podendo ser apreciada mesmo sem o pedido das partes. Não só isso. A decisão que não analisa as matérias de ordem pública pode até mesmo ser proferida eivada de nulidade; o que viola frontalmente o princípio constitucional do devido processo legal.

A Administração Pública deve obediência, dentre outros, aos princípios da legalidade, motivação, ampla defesa e contraditório, cabendo ao processo administrativo o dever de indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão e a observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados – arts. 2º, *caput*, e parágrafo único, incisos VII e VIII, e 50 da Lei nº 9.784/99.

O § 1º do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, que regula o processo administrativo fiscal – PAF, informava, com a redação vigente à época dada pela Lei nº 11.196/2005, que a intimação poderia ser feita por edital quando restasse improfícuo um dos meios previstos no *caput* do artigo, nos seguintes termos:

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 improfícuo um dos meios previstos no *caput* deste artigo, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

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)

⁴ KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. **Manual de processo civil**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 706-707.

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

O Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, dispõe que a citação será feita por edital quando o citando for desconhecido ou incerto, quando o lugar em que ele se encontra for ignorado, incerto ou inacessível e em outros casos expressos em lei – arts. 256 e 257.

Art. 256. A citação por edital será feita:

I - quando desconhecido ou incerto o citando;

II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando;

III - nos casos expressos em lei.

§ 1º Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória.

§ 2º No caso de ser inacessível o lugar em que se encontrar o réu, a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão.

§ 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.

Art. 257. São requisitos da citação por edital:

I - a afirmação do autor ou a certidão do oficial informando a presença das circunstâncias autorizadoras;

II - a publicação do edital na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, que deve ser certificada nos autos;

III - a determinação, pelo juiz, do prazo, que variará entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias, fluindo da data da publicação única ou, havendo mais de uma, da primeira;

IV - a advertência de que será nomeado curador especial em caso de revelia.

Parágrafo único. O juiz poderá determinar que a publicação do edital seja feita também em jornal local de ampla circulação ou por outros meios, considerando as peculiaridades da comarca, da seção ou da subseção judiciárias.

A intimação do contribuinte por edital no processo administrativo fiscal é hipótese residual, só permitida quando restar provado que a tentativa de intimação pessoal, por via postal ou por meio eletrônico restou infrutífera. Do contrário, há uma nulidade a ser suscitada.

Analisando os autos, observa-se que não há qualquer menção ou justificativa ao fato do recorrente ter sido intimado por edital do Ato que o excluiu do regime tributário do SIMPLES.

A intimação por edital é meio extremo para cientificar o contribuinte, a ser utilizada como último recurso quando demonstrado que o meio escolhido resultou improfícuo.

Em regra, o contribuinte não toma conhecimento dos editais que são publicados nas repartições administrativas e a intimação realizada por esse meio resulta, na maioria das vezes, na ausência de resposta do intimado, cerceando o seu direito de defesa.

Logo não há como considerar válida a intimação por edital e o lançamento que dele decorreu.

Disto, decorre a nulidade da intimação do contribuinte por edital, razão pela qual, seus frutos, no caso, o lançamento ora impugnado, também é nulo.

CONCLUSÃO

Em face dos princípios da verdade material, da dialética e do efeito devolutivo do recurso analisado, voto pelo provimento do recurso voluntário para anular o lançamento ora combatido.

(documento assinado digitalmente)

Ana Claudia Borges de Oliveira