



Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo n° 11516.723087/2013-26
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-010.613 – 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: 01/06/2011 a 31/12/2011

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 improficuas 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 voto de qualidade, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, não se conhecendo, nos termos do voto do relator, da alegação de nulidade do ato de exclusão do Simples Nacional e da alegação de insubsistência da notificação fiscal sob o pretexto que que seria nulo o ato de exclusão do Simples Nacional, sendo vencidos os Conselheiro Gregório Rechmann Junior, Renata Toratti Cassini e Ana Claudia Borges de Oliveira, que conheceram integralmente do recurso, e, na parte conhecida do recurso, 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 (relator), 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 nº 10-53.273, da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Porto Alegre/RS, fls. 229 a 231:

Este processo compreende os Autos de Infração:

- a) Debcad nº 51.045.885-8: refere-se ao lançamento nas competências 06/2011 a 12/2011 (incluído o 13º salário) das contribuições da empresa e contribuições para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados. O montante do crédito, consolidado em 16/09/2013, é de R\$ 71.684,83 (setenta e um mil, seiscentos e oitenta e quatro reais e oitenta e três centavos);
- b) Debcad nº 51.045.886-6: refere-se ao lançamento nas competências 06/2011 a 12/2011 (incluído o 13º salário) das contribuições da empresa destinadas a outras entidades e fundos (terceiros), incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados. O montante do crédito, consolidado em 16/09/2013, é de R\$ 18.898,76 (dezoito mil, oitocentos e noventa e oito reais e setenta e seis centavos).

A fiscalização identificou que, no período fiscalizado, a empresa autuada informou nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIPs ser optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, mas que fora excluída de tal regime desde 01/01/2009 e voltado a ser optante somente a partir de 01/01/2012, de modo que foram incorretas as declarações apresentadas relativamente às competências 06/2011 a 13/2011, posto que não estava acobertada pelo Simples Nacional neste período. Constam dos autos consultas ao histórico da empresa no Simples Nacional (fls. 25/39) onde se vê que este contribuinte solicitou nova opção em 07/01/2009, indeferida por problemas fiscais e em 05/01/2010, também indeferida pelos mesmos motivos.

[Cientificada] das autuações por via postal em 23/09/2013 (fls. 149), o sujeito passivo apresentou impugnação em 21/10/2013 por meio do instrumento de fls. 153/154, alegando que, como fez recolhimentos pelo Simples Nacional e a parte do INSS foi recolhida na guia do Simples Nacional, entende que deva ser cancelada a autuação e apurada a diferença para pagamento. Não anexa documentos.

Ao julgar a impugnação, em 23/12/14, a 6ª Turma da DRJ em Porto Alegre/RS concluiu, por unanimidade de votos, pela sua improcedência, consignando a seguinte ementa no *decisum*:

AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS A OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA NÃO OPTANTE.

O contribuinte que não é optante pelo Simples Nacional está obrigado ao cumprimento das obrigações principais e acessórias previstas na legislação tributária para as empresas em geral.

RECOLHIMENTOS NA MODALIDADE DO SIMPLES NACIONAL. APURAÇÃO DE DIFERENÇAS.

A retificação de crédito tributário regularmente constituído somente pode ser realizada a partir de provas cabais que deveriam ser apresentadas pelo sujeito passivo juntamente com a impugnação.

Cientificada da decisão de primeira instância, em 8/1/15, segundo o Aviso de Recebimento (AR) de fl. 233, a Contribuinte, por meio de seu advogado (procuração na fl. 214), interpôs o recurso voluntário de fls. 235 a 243, em 3/2/15, alegando o que segue:

- A decisão recorrida não merece prosperar, uma vez que a Turma de Julgamento deixou de analisar as ilegalidades que teriam assolado o ato de exclusão do Simples Nacional e sequer se manifestou sobre os argumentos de ordem pública aventados em sede de razões complementares;

- Nulidade do ato de exclusão do Simples Nacional, por cerceamento de defesa, uma vez que o ato de exclusão do Simples Nacional foi disponibilizado à Contribuinte exclusivamente por meio de edital, em desacordo com o disposto no art. 23, do Decreto nº 70.235, de 6/3/72;

- A nulidade do ato de exclusão torna insubsistente a notificação fiscal em foco.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Denny Medeiros da Silveira, Relator.

Do conhecimento

O recurso voluntário é tempestivo e foi apresentado por procurador devidamente constituído, porém, será conhecido apenas parcialmente, não se conhecendo da alegação de nulidade do ato de exclusão do Simples Nacional, por representar inovação recursal, além do que, a exclusão dessa modalidade de tributação não compõe o objeto do presente processo e corresponde, inclusive, a matéria que foge à competência da 2ª Seção deste Conselho.

Por consequência, também não cabe o conhecimento da alegação de insubsistência da notificação fiscal sob o pretexto de que seria nulo o ato de exclusão do Simples Nacional, visto que também representa inovação recursal.

Da alegada omissão da decisão recorrida

Alega a Recorrente que a decisão de primeira instância teria deixado de analisar ilegalidades afetas ao ato de exclusão do Simples Nacional, apresentadas em sede de razões complementares, e que sequer teria se manifestado sobre argumentos de ordem pública.

Primeiramente, insta destacar que as alegadas ilegalidades do ato de exclusão do Simples Nacional não foram apresentadas na impugnação, mas sim em peça apresentada em 23/9/14, ou seja, quase um ano após a apresentação da impugnação.

A esse respeito, transcrevemos os seguintes dispositivos do Decreto nº 70.235/72:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

[...]

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

[...]

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Conforme se observa, as alegações do Contribuinte devem constar da impugnação e esta deve ser apresentada no prazo de trinta dias, contado da data em que tiver sido feita a intimação do lançamento fiscal.

No caso em tela, intimada (cientificada) do lançamento em 23/9/13, a Recorrente apresentou a sua impugnação em 21/10/13, ou seja, dentro do prazo de 30 dias, e nela deduziu, tão somente, as seguintes alegações:

II - O DIREITO

II. 1 - PRELIMINAR

Gostaríamos de esclarecer que procuramos entregar dentro do prazo todos os documentos que por nós foram solicitados, e cumprimos esta obrigação.

Vimos brigando por um enquadramento do simples de forma retroativa, que com a ajuda do Auditor Thiago conseguimos realizar, a empresa hoje está novamente enquadrada no simples nacional. Cfe. processo 16.542.720739/2013-77

O débito em questão é a parte patronal da Previdência, que como a empresa fez os recolhimentos como simples nacional, a parte do INSS foi recolhido na guia do simples nacional.

II. 2 - MÉRITO

Acreditamos que cumprimos com a nossa obrigação do recolhimento do INSS já que na guia do simples nacional está a parte do INSS e acreditamos que assim o fizemos.

III. 2 - A CONCLUSÃO

À vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a impugnante seja acolhida a presente impugnação para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado, apurando-se para pagamento a diferença apontado em nosso levantamento.,

Além do mais, não se observa a existência de questão de ordem pública, atinente à exclusão do Simples Nacional, que devesse ser tratada no presente processo. Lembrando que a Recorrente tentou reingressar nessa modalidade de tributação no início de 2009 e no início de 2010, porém, mesmo sem obter êxito¹, 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.

¹ Vide parágrafos e incisos do art. 16 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/06.

Conclusão

Isso posto, voto por conhecer parcialmente do recurso voluntário e, na parte conhecida do recurso, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira

Voto Vencedor

Conselheira 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) nº 000140311/2008 – fl. 40, cuja intimação se deu por meio do Edital nº 001/2008.

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 nº 70.235/72²), 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.

² 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.

Nos termos do art. 16, III, do Decreto nº 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.

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”.³

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)

³ KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. Manual de processo civil. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 706-707.

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)

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