



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11634.720344/2013-21
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-004.597 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de janeiro de 2021
Recorrente FKM3 INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

CORRESPONDÊNCIA NÃO PROCURADA NOS CORREIOS. INTIMAÇÃO IMPROFÍCUA. PUBLICAÇÃO DE EDITAL.

Nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, quando resultar improfícua a intimação pessoal, por via postal ou via eletrônica a intimação poderá ser por edital (§1º). Estabelece ainda que tais meios de intimação não estão sujeitos a ordem de preferência (§3º).

O envio do acórdão DRJ para o domicílio tributário do contribuinte registrado no cadastro da Receita Federal e a não procura no prazo especificado pelos Correios é condição suficiente para considerar improfícua a intimação via postal e ensejar a publicação por edital.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em não conhecer do recurso voluntário. Vencidos os conselheiros Gisele Barra Bossa, Alexandre Evaristo Pinto e Jeferson Teodorovicz, que votaram por conhecer do recurso voluntário. A conselheira Gisele Barra Bossa manifestou a intensão de apresentar declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Junior, Gisele Barra Bossa, Wilson Kazumi Nakayama, Alexandre Evaristo Pinto, Jeferson Teodorovicz e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

FKM3 INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. - EPP., já qualificada nos autos, interpôs recurso voluntário em face do Acórdão 01-28.571, de 17 de fevereiro de 2014, proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Belém/PA que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade.

2. Trata-se de exclusão do Simples Nacional em razão do exercício de atividade econômica vedada (locação de mão de obra), conforme elencado na Representação Fiscal a seguir (e-fls. 3):

22. A empresa FKM3 – Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. – ME, (Encomendada), conforme Contrato Particular de Industrialização por Encomenda, presta serviços exclusivamente de Matadouro – abate de reses à empresa KM3 – Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. (Encomendante).

22.1. Os serviços são executados no estabelecimento da KM3, Encomendante, caracterizados em razão das ocorrências verificados nos itens abaixo:

a) **A empresa FKM3 – Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. – ME (Encomendada) não possui imóvel e equipamentos necessários para execução de atividades operacionais e administrativas através de seus empregados. Não efetua pagamentos de aluguel (não contabiliza despesas com locação de imóveis);**

b) Somente a empresa FKM3 – Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda – ME mantém, **registrados no seu quadro de pessoal, todos os segurados empregados administrativos e operacionais necessários ao funcionamento de um frigorífico.** A empresa KM3 não possui segurados empregados registrados.

c) **Os segurados empregados da FKM3 (Encomendada) são lotados e executam suas atividades empregatícias no imóvel que a empresa KM3 (Encomendante), mantém sob contrato de locação;**

d) **A FKM3 (Encomendada) não contabiliza despesas com energia elétrica, telefones e conservação de imóveis;**

e) As despesas de energia elétrica, telefone, conservação de imóveis, etc. despesas operacionais constam como despesas e contabilizadas na empresa KM3 (Encomendante).

f) **A empresa KM3 (Encomendante), apesar de adquirir reses para abate, industrialização e posterior comercialização dos produtos industrializados, não possui no seu quadro de pessoal nenhum segurado empregado registrado para execução de atividades operacionais e administrativas.**

g) **A empresa KM3 (Encomendante) transferiu todos os segurados empregados administrativos e operacionais para a empresa FKM3 (Encomendada), a partir da assinatura de contrato particular de industrialização por encomenda.**

22.2. **A empresa FKM3 – Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda – ME, (Encomendada), colocou à disposição da empresa KM3 (Encomendante) e em suas dependências, segurados que realizam serviços contínuos e relacionados com atividade fim da empresa KM3 (Encomendante), incorrendo em uma das situações vedadas pela Lei para recolhimento de imposto e contribuições na forma do Simples Nacional. (Grifo nosso)**

3. Na sequência, o Ato Declaratório nº 02, de 29/07/2013, com fundamento no inciso

XII do art. 17, art. 28, inciso I do art. 29 e inciso II do art. 30 da Lei Complementar n.º 123/2006, e inciso XXII do art. 15, inciso II "c" do art. 73 e inciso I do art. 75 da Resolução CGSN n.º 94/2011, excluiu o contribuinte do Simples Nacional, com efeito a partir de 01/02/2008, em razão da *“cessão ou locação de mão-de-obra, colocando à disposição de outra empresa sob contrato Particular de Industrialização por Encomenda e em dependência da empresa encomendante, segurados empregados que realizam serviços contínuos e relacionados com atividade fim de outra empresa”* (e-fls. 2).

4. Em sede de manifestação de inconformidade, o contribuinte alegou, em síntese, não exercer atividade de locação de mão de obra, conforme r. acórdão recorrido (e-fls. 821):

5.1 A exclusão é inconstitucional e ilegal;

5.2 Tem como objeto "matadouro abate de reses em preparação de carne para terceiros", conforme cláusula quarta, da Segunda Alteração Contratual.

5.3 Jamais ultrapassou o limite de receita bruta previsto na LC n.º 123/2006

5.4 Foi completamente ignorada a realidade operacional da atividade desempenhada pela impugnante e do próprio contrato de industrialização por encomenda, não havendo que se falar em suposta cessão de mão-de-obra.

5.5 A atividade da impugnante envolve o abate, manipulação, preparo e conservação de reses, para a qual necessita de instalações de frio industrial. Especificamente no caso da impugnante, conforme até descreve seu enquadramento (CNAE 10.11205) esse abatimento ocorre "sob contrato" e seu objeto social "para terceiros", isto é, na forma como prevê o contrato de industrialização por encomenda, com destinação a outras empresas. Nesse contexto, destacam-se dois aspectos: i) a impugnante exerce suas atividades sob encomenda, decorrente das relações contratuais; ii) diante da necessidade de instalações de frio industrial precisa desenvolver sua atividade em local que conte com tal estrutura.

5.6 Em resumo, verifica-se a operacionalização das atividades da impugnante da seguinte maneira:

1. Recebe as reses da encomendante

2. abate, manipula, prepara e conserva as reses e embarca as carcaças

3. devolve as reses já industrializadas para a encomendante

5.7 Considerando-se as atividades da impugnante, que atua com produto perecível, o seu desenvolvimento na estrutura da empresa encomendante, que irá comercializar a carne, é funcional e razoável, inexistindo qualquer vedação para que as empresas se organizem dessa forma.

5.8 Quanto às notas fiscais de entrada e de saída, corrobora-se a implementação do contrato de industrialização por encomenda, descrita pelo auditor fiscal no Termo de Verificação e Encerramento de Fiscalização nos autos do processo administrativo n.º 11.634.720346/2013-11. O que o auditor fiscal atesta é que a empresa registrou adequadamente as operações de remessa e retorno das mercadorias objeto do contrato de industrialização por encomenda, inexistindo qualquer óbice que esta operação se dê apenas com uma única empresa.

5.9 Os funcionários da impugnante prestam serviços exclusivamente a ela própria, que exerce sua atividade na estrutura da encomendante, porém, inexistente cessão de mão-de-obra. Ora, se a impugnante exerce atividade de matadouro-frigorífico, qual o óbice para que mantenha registrados no seu quadro de pessoal, os segurados empregados administrativos e operacionais necessários ao funcionamento de um frigorífico?!

5.10 Portanto, a impugnante não coloca à disposição de empresa encomendante trabalhadores que realizem serviços contínuos e relacionados com sua atividade-fim,

pois a impugnante é quem desempenha a atividade de matadouro e frigorífico. Logo, inexistente cessão de mão-de-obra.

5.11 Dessa forma, não há e nunca houve cessão de mão-de-obra da impugnante à empresa para quem presta serviços de industrialização por encomenda, uma vez que seus funcionários desempenham atividade vinculada ao seu contrato social, qual seja, matadouro e frigorífico, razão pela qual se requer seja determinada a anulação do ato de exclusão do SIMPLES.

5.12 Sua capacidade de concorrência foi reduzida à zero com a lavratura do auto de infração.

Requer o contribuinte:

6.1 A realização de diligências, mediante oitiva de prepostos da impugnante, a fim de que seja devidamente comprovado que a Impugnante não realiza cessão de mão-de-obra.

6.2 Sejam recebidos e conhecidos eventuais documentos apresentados posteriormente, haja vista que a impugnante, diante da antiguidade dos fatos tratados na presente, não conseguiu levantar em tempo hábil toda a documentação.

6.3 Seja concedido o efeito suspensivo previsto no art. 3º, do Ato Declaratório de Exclusão, reconhecendo-se a suspensão dos efeitos da exclusão da Impugnante do SIMPLES.

6.4 Seja dada procedência à presente manifestação, para o fim de anular o ato de exclusão da impugnante do SIMPLES, bem como todos os autos de infração lavrados em decorrência de sua ilegal exclusão do SIMPLES.

6.5 Caso a manifestação seja rejeitada, o que se admite apenas hipoteticamente, requer-se que a exclusão surta efeitos apenas a partir do exercício seguinte ao exercício no qual se tornar definitiva a decisão proferida em face da presente manifestação (art. 156, IX, CTN), bem como da decisão definitiva que vir a ser proferida nos Autos de Infração lavrados no bojo dos autos dos PAFs nº 11.634.720345/201376, 11.634.720346/201311, 11.634.720423/201332, 11.634.720422/201398.

5. A r. decisão recorrida, por unanimidade, manteve a exclusão do Simples, conforme ementa abaixo transcrita (e-fls. 819):

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

Ementa:

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DÉBITOS NÃO REGULARIZADOS.

A pessoa jurídica que possuir débitos com a fazenda pública federal, com exigibilidade não suspensa, deverá ser excluída do simples nacional.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.

A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a arguição de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de dispositivos legais. As leis regularmente editadas segundo o processo constitucional gozam de presunção de constitucionalidade e de legalidade até decisão em contrário do Poder Judiciário.

OPÇÃO. REVISÃO. EXCLUSÃO COM EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.

A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior. A exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema, é admitida pela legislação.

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Para os fatos ocorridos a partir de 01/07/2007, aplica-se à exclusão do Simples Nacional os dispositivos da Lei Complementar nº 123, de 2006, que instituiu as normas gerais da sistemática e revogou a Lei nº 9.317, de 1996.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

6. O contribuinte foi cientificado da decisão de primeira instância, via edital, em 24/04/2014 (edital afixado em 09/04/2014 e desafixado em 25/04/2014), e interpôs recurso voluntário em 21/07/2014 e aduz, em síntese, o que segue (e-fls. 835 e seg.):

Preliminares

Nulidade da intimação por edital – cerceamento do direito de defesa

i) houve apenas uma única tentativa de intimar o recorrente, ficando o AR parado por quase um mês, ao invés de renovar a intimação;

ii) consta do AR a informação “não procurado”, ou seja, não foi caso de a recorrente não ser encontrada ou ter alterado o seu endereço, pelo contrário, o dado confirma que não houve qualquer diligência para que a intimação se realizasse; ademais a recorrente recebeu todas as outras intimações referentes aos julgamentos dos processos administrativos de impugnação dos débitos decorrentes da exclusão do SIMPLES.

iii) embora o art. 23 do Decreto no 70.235/72 autorize a intimação por edital, há ordem preferencial anterior que determina a tentativa de intimação pessoal ou postal prévia à intimação por edital, a qual não ocorreu neste particular; (cita jurisprudência do Carf em favor do seu posicionamento);

Nulidade do acórdão recorrido – pedido de perícia, cerceamento do direito de defesa

iv) a recorrente apresentou motivos relevantes quanto à necessidade de diligências, em atendimento ao contraditório e à ampla defesa; com efeito, requer que o acórdão da DRJ/BE seja reformado para deferir a realização de oitiva de seus prepostos, nos termos requeridos na manifestação de inconformidade;

Mérito

v) a recorrente tem como objeto "matadouro – abate de reses em preparação de carne para terceiros". Sua atividade envolve o abate, manipulação, preparo e conservação de reses, para a qual necessita de instalações de frio industrial. Tal abatimento ocorre "sob contrato" e seu objeto social "para terceiros", isto é, industrialização por encomenda, com destinação a outras empresas, conforme estabelecido em contrato;

vi) destacam-se dois aspectos: i) a recorrente exerce suas atividades sob encomenda, decorrente das relações contratuais; ii) diante da necessidade de instalações de frio industrial, precisa desenvolver sua atividade em local que conte com tal estrutura;

- vii) em resumo, tem-se a seguinte operacionalização das atividades: i) recebe as reses da encomendante; ii) abate, manipula, prepara e conserva as reses e embarca as carcaças; iii) devolve as reses já industrializadas para a encomendante;
- viii) ao contrário da afirmação da decisão recorrida, possui custos de produção, despesas operacionais e despesas administrativas, conforme se constata do balancete acostado aos autos (e-fls. 115, 118 e 121), em destaque as contas "conservação e manutenção", "depreciações e amortizações", "manutenção de softwares", "material de segurança", dentre outras;
- ix) a empresa KM3 Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. também possui despesas com pessoal, conforme balancete acostado aos autos (e-fls. 144);
- x) o objeto das atividades da recorrente - produto perecível - admite o seu desenvolvimento na estrutura da empresa encomendante, que irá comercializar a carne, o que, aliás, é funcional e razoável, inexistindo qualquer vedação para que as empresas se organizem dessa forma;
- xi) registrou adequadamente as operações de remessa e retorno das mercadorias objeto do contrato de industrialização por encomenda, inexistindo, pois, qualquer óbice que esta operação se dê apenas com uma única empresa;
- xii) os funcionários da recorrente prestam serviço a esta, que exerce sua atividade na estrutura da encomendante, não havendo qualquer cessão de mão-de-obra;
- xiii) a recorrente não coloca à disposição de empresa encomendante trabalhadores que realizem serviços contínuos e relacionados com sua atividade-fim, pois é a própria recorrente quem desempenha a atividade de matadouro e frigorífico;
- xv) a recorrente e a empresa KM3 - Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. desempenham papéis específicos e distintos, com base no contrato firmado de industrialização por encomenda, o que não possui qualquer ilegalidade;
- xvi) por fim, requer anulação da intimação realizada por edital; anulação da decisão recorrida por ter vedado a produção de provas na instância de origem, determinando-se a devolução dos autos para oitiva dos prepostos da recorrente; reforma do acórdão recorrido para anular o ato de exclusão do SIMPLES, bem como todos os autos de infração lavrados em decorrência de sua ilegal exclusão; caso mantida a exclusão, que se limite os efeitos para o exercício seguinte ao exercício no qual se tornar definitiva a decisão proferida nestes autos (art. 156, IX, CTN), bem como a decisão definitiva que vir a ser proferida nos Autos de Infração lavrados nos autos dos PAFs no 11.634.720345/2013-76, 11.634.720346/2013-11, 11634.720423/2013-32, 11634.720422/2013-98; seja realizada a intimação da recorrente na pessoa do seu representante legal, acerca da inclusão do processo em pauta de julgamento.

7. É o relatório.

Fl. 7 do Acórdão n.º 1201-004.597 - 1ª Seção/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 11634.720344/2013-21

Voto

Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior, Relator.

8. Cinge-se a controvérsia a verificar se a atividade da recorrente é compatível ou não com o Simples Nacional.

Preliminares de nulidade

Nulidade da intimação por edital

9. Alega a recorrente, inicialmente, nulidade da intimação por edital, o que lhe teria cerceado o direito de defesa. Observa que houve apenas uma tentativa de intimação por parte da Receita Federal e que não teria havido qualquer diligência para que a intimação se realizasse. Ademais, continua, consta do AR a informação “*não procurado*”, ou seja, não foi caso de a recorrente não ser encontrada ou ter alterado o seu endereço, porquanto recebeu todas as outras intimações referentes aos julgamentos dos processos administrativos de impugnação dos débitos decorrentes da exclusão do SIMPLES.

10. Aduz que, embora o art. 23 do Decreto no 70.235, de 1972 (PAF) autorize a intimação por edital, há ordem preferencial anterior que determina a tentativa de intimação pessoal ou postal prévia à intimação por edital, a qual não ocorreu neste particular.

11. Sem razão a recorrente. Explico.

12. Nos termos do referido art. 23 do PAF, quando resultar improfícua a intimação pessoal, por via postal ou via eletrônica a intimação poderá ser por edital (§1º). Estabelece ainda que tais meios de intimação não estão sujeitos a ordem de preferência (§3º). É dizer, para publicação do edital basta que seja improfícua a intimação postal, o caso dos autos, pessoal ou eletrônica. Veja-se:

Decreto nº 70.235, de 1972

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) (Produção de efeito)

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) (Produção de efeito)

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 improfícua um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro**

fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

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)

§ 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; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

III - se por meio eletrônico: (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

a) 15 (quinze) dias contados da data registrada no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

b) na data em que o sujeito passivo efetuar consulta no endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, se ocorrida antes do prazo previsto na alínea a; ou (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

c) na data registrada no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo; (Incluída pela Lei nº 12.844, de 2013)

IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

13. *In casu*, o AR de ciência do Acórdão DRJ nº 01-28.571 retornou com a indicação “*não procurado*” em 31/03/2014 (e-fls. 835). Ato seguinte, a Receita Federal publicou o Edital nº 007/2014 em 09/04/2014. Nestes termos, de acordo com o art. 23, §2º, IV, do PAF, a ciência do contribuinte ocorreu em **24/04/2014**, ou seja, 15 dias após a publicação do edital.

14. Constam do AR duas datas, 07/03/2014 e 31/03/2014, esta última a data em que foi certificada a informação de “*não procurado*”. Compulsando os autos, verifica-se que o endereço da recorrente localiza-se em zona rural da cidade de Londrina/PR (e-fls. 12). Verifica-se ainda que a ciência de todos os termos colacionados aos autos referentes à ação fiscal anterior à exclusão do Simples ocorreu de forma pessoal. Não consta dos autos nenhum AR senão o da tentativa de ciência do acórdão DRJ.

15. Nos termos do art. 127 do CTN, “***Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal: [...] II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento***”.

16. No caso de o domicílio tributário localizar-se em zona rural, o que pode dificultar o acesso via postal, cabe ao contribuinte adotar providências necessárias quanto à ciência via postal ou eleger outro domicílio tributário na forma que melhor lhe convier e de acordo com a legislação de regência, conforme permitido pelo CTN.

17. O envio do acórdão DRJ para o domicílio tributário do contribuinte registrado no cadastro da Receita Federal e a não procura no prazo especificado pelos Correios é condição suficiente para considerar improfícua a intimação via postal e ensejar a publicação por edital. Com efeito, deve ser afastado argumento de que houve cerceamento do direito de defesa em razão de ter havido *“apenas uma única tentativa de intimar o recorrente, ficando o A.R. parado por quase um mês, ao invés de renovar a intimação”*.

18. Por fim, conforme dispõe o artigo 33 do PAF: *"Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão"*. Por conseguinte, como a ciência via edital ocorreu em 24/04/2014 e o recurso voluntário foi interposto em **21/07/2014**, portanto, há mais de 30 dias da ciência da decisão da DRJ, deve ser considerado intempestivo.

Conclusão

19. Ante o exposto, não conheço do recurso do recurso voluntário por ser intempestivo.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior

Declaração de Voto

Conselheira Gisele Barra Bossa.

1. Trata-se de declaração de voto com vistas a reforçar o posicionamento no sentido de ver superada a preliminar de intempestividade para, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário do contribuinte.

2. Em sessão de julgamento, por voto de qualidade, esta Turma Ordinária não conheceu do recurso.

3. Ocorre que, em linha com as alegações da ora Recorrente, considero nula a intimação por edital, vez que claramente cerceou o seu direito de defesa.

4. Conforme consignado no r. voto condutor, os atos processuais foram assim encadeados:

“*In casu*, o AR de ciência do Acórdão DRJ nº 01-28.571 retornou com a indicação “*não procurado*” em 31/03/2014 (e-fls. 835). Ato seguinte, a Receita Federal publicou o Edital nº 007/2014 em 09/04/2014. Nestes termos, de acordo com o art. 23, §2º, IV, do PAF, a ciência do contribuinte ocorreu em **24/04/2014**, ou seja, 15 dias após a publicação do edital”.

Constam do AR duas datas, 07/03/2014 e 31/03/2014, esta última a data em que foi certificada a informação de “*não procurado*”. Compulsando os autos, verifica-se que o endereço da recorrente localiza-se em zona rural da cidade de Londrina/PR (e-fls. 12). Verifica-se ainda que a ciência de todos os termos colacionados aos autos referentes à ação fiscal anterior à exclusão do Simples ocorreu de forma pessoal. Não consta dos autos nenhum AR senão o da tentativa de ciência do acórdão DRJ.”

5. Na prática, observa-se que houve apenas uma tentativa de intimação por parte da Receita Federal e que não teria havido qualquer tentativa de intimação por meio eletrônico. Ademais, consta do AR a informação “*não procurado*”, ou seja, não foi caso de a contribuinte não ser encontrada ou ter alterado o seu endereço.

6. Data máxima vênia ao posicionamento externado pelo ilustre relator, já em outras oportunidade me manifestei no sentido de que o racional procedimental constante da legislação do Simples Nacional determina que, antes da intimação ser realizada por edital, o contribuinte deve ser intimado via Domicílio Tributário Eletrônico.

7. Em que pese o artigo 23, do Decreto nº 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal **em caráter geral**, consigne não existir ordem de preferência entre as formas de intimação e, por conseguinte, após improfícua a intimação via postal poderia a autoridade fiscal vale-se da intimação via edital¹, **em concreto, estamos tratando de contribuinte amparado pelo regime do Simples Nacional.**

¹ 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 improfícua um dos meios previstos no caput deste artigo 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.

8. Vejamos o que diz os artigos 16, §1º-A e §1ºB, da Lei Complementar nº 123/2016:

Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

[...]

§ 1º-A. A opção pelo Simples Nacional implica aceitação de sistema de comunicação eletrônica, destinado, dentre outras finalidades, a:

I - cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos, incluídos os relativos ao indeferimento de opção, à exclusão do regime e a ações fiscais;

II - encaminhar notificações e intimações; e

III - expedir avisos em geral.

§ 1º-B. O sistema de comunicação eletrônica de que trata o § 1º-A será regulamentado pelo CGSN, observando-se o seguinte:

I - as comunicações serão feitas, por meio eletrônico, em portal próprio, dispensando-se a sua publicação no Diário Oficial e o envio por via postal;

II - a comunicação feita na forma prevista no caput será considerada pessoal para todos os efeitos legais;

III - a ciência por meio do sistema de que trata o § 1º-A com utilização de certificação digital ou de código de acesso possuirá os requisitos de validade;

IV - considerar-se-á realizada a comunicação no dia em que o sujeito passivo efetivar a consulta eletrônica ao teor da comunicação; e

V - na hipótese do inciso IV, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a comunicação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.

(grifos nossos)

9. Algumas premissas são claras e **estão expressas na legislação especial** supra: **(i)** a opção pelo Simples Nacional implica aceitação de sistema de comunicação eletrônica; **(ii)** o meio eletrônico foi o eleito pelo legislador, acima de qualquer outro, como o forma primária para dar **ciência, notificar, intimar o contribuinte;** **(iii)** as comunicações feitas por meio eletrônico dispensam a publicação no Diário Oficial e o envio por via postal e são consideradas intimação pessoal para todos os efeitos legais.

10. Assim sendo, é inquestionável o tratamento especial e prioritário dado a intimação via sistema de comunicação eletrônica, bem como não há dúvidas de que a intimação do teor da r. Acórdão da DRJ deveria ter sido feita por essa via, leia-se Domicílio Tributário Eletrônico, assim como procedido pela autoridade fiscal quando da intimação do ADE. E, **ainda que se entenda que o sistema de comunicação eletrônica é o portal do Simples Nacional, tal ferramenta tecnológica deve, obviamente, garantir a realização de todos os atos previstos no artigo 16, §1º-B, sob pena de afronta a própria legislação do Simples Nacional.**

11. Nesse contexto, imperioso se colocar na posição do administrado, notoriamente, um cidadão ou uma cidadã comum que desconhece as complexidades da legislação fiscal, bem como as mais variadas formas de intimação constantes das normas regulamentadoras do Processo Administrativo Fiscal. Na prática, irá, quando muito, acompanhar sua situação pessoalmente e/ou por meio do citado sistema de comunicação eletrônica que, fatalmente, foi obrigado a se familiarizar para regularizar sua atividade empreendedora.

12. Vejam que, se o artigo 23, §1º, do Decreto nº 70.235/72 já considera a intimação por edital medida excepcional (secundária), como não considerá-la perante o regime do Simples Nacional, em especial pelo fato da legislação ser, frise-se, categórica ao consignar que a opção pelo regime implica aceitação de sistema de comunicação eletrônica e elege prioritariamente o meio eletrônico como forma de intimação? Não há como fechar os olhos para as especificidades da legislação do Simples Nacional. E, data máxima vênia, não merece ser acolhida interpretação em sentido diverso.

13. Interessante que, a Administração Tributária por anos a fio empenhou esforços para, nas legislações em geral, privilegiar a importância do meio de intimação eletrônica, inclusive para fins de contagem de prazos processuais para interposição manifestações e recursos. E, nessa esteira, fica difícil admitir ser possível, sem a prévia intimação via Domicílio Tributário Eletrônico, ainda que tenha existido tentativa infrutífera de intimação via postal, a autoridade fiscal passar diretamente à expedição de edital que, como todos sabemos, é a forma que menos garante a ciência dos atos administrativos pelo cidadão em geral.

14. Para além dos argumentos de ordem hermenêutica relativos à hierarquia de lei *lato sensu* (LC vs Decreto) e especialidade, não podemos olvidar que: (i) as disposições da Lei Complementar nº 123/2006 se sobrepõem e orientam as Resoluções do CGSN, bem como dirimem e elucidam questões atreladas ao regime do Simples Nacional, inclusive de caráter procedimental e processual; e (ii) o tratamento favorecido aos micro e pequenos empreendedores é valor constitucional atrelado à promoção do desenvolvimento econômico e social do país. Logo, fazer prevalecer o excesso de formalismo à luz da norma processual de caráter geral, além de afrontar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade dos atos administrativos, prejudica, em larga medida, a própria ordem econômica.

15. Admitir aqui que a regra geral do PAF (artigo 23, do Decreto 70.235/72) seja adotada em detrimento da dinâmica prático-operacional trazida pela própria legislação do Simples Nacional implica em dar tratamento claramente desfavorecido ao micro e pequeno empreendedor que divide sua atenção entre suas atividades empresariais e a relação com o fisco.

16. **O dever de orientação fiscal e cuidado na condução procedimental** é preterido em meio a argumentos de ordem processual que repercutem em claro cerceamento de direito de defesa do contribuinte. E, digo mais, se a legislação do Simples Nacional coloca como pressuposto a adesão automática ao domicílio tributário eletrônico (DTE), não é natural, para dizer o mínimo, que o contribuinte (na maioria das vezes sem qualquer tipo de apoio técnico

especializado, e.g. advogados e contadores) acompanhe os atos administrativo por essa via? Novamente e por óbvio, a resposta é sim.

17. Ressalte-se que, o domicílio tributário da ora Recorrente localizar-se em zona rural, o que realmente pode dificultar o acesso via postal, daí a necessária observância da legislação do Simples Nacional, bem como dos procedimentos e valores garantidores do pleno exercício do direito de defesa.

18. Definitivamente, quando apontado o endereço correto, bem como quando há, nos termos da legislação, a escolha pelo meio eletrônico, não cabe ao contribuinte o ônus adicional de providenciar meios para viabilizar a ciência postal e/ou eleger outro domicílio tributário. *Contrario sensu*, é dizer que o fisco tem, inclusive, a prerrogativa de exigir do contribuinte domicílio em local de fácil acesso para a Administração Tributária.

19. Do exposto, acolho as razões trazidas pelas ora Recorrente para considerar nula a intimação por edital e, por conseguinte, admitir e conhecer do Recurso Voluntário interposto.

20. Superada a preliminar de intempestividade, assertivas foram as colocações trazidas em sessão pelo ilustre relator:

Inocorrência de nulidade do acórdão recorrido por indeferimento do pedido de perícia

Sustenta a recorrente que apresentou motivos relevantes quanto à necessidade de diligências para comprovar que não realiza cessão de mão-de-obra. Nesse sentido, defende a nulidade do acórdão da DRJ/BE, ou sua reforma, com vistas a deferir oitiva de seus prepostos, nos termos requeridos na manifestação de inconformidade, em atendimento ao contraditório e à ampla defesa.

A r. decisão recorrida ao enfrentar o tema assentou que a recorrente não apresentou documentação hábil a tornar insubsistente o ato excludente e considerou descabido o protesto genérico pela diligência fiscal. Veja-se:

DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA

59. Quanto ao pedido de diligência, não o acatamos por entendemos que o mesmo não atende ao requerido pelo inciso IV do art.16 do Decreto 70.235 de 6 de Março de 1972, in verbis:

IV as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

60. Ao contribuinte foi facultado trazer aos autos os documentos requisitados pela autoridade fiscal, tendo na fase impugnatória, a possibilidade de apresentar documentação hábil no sentido de elidir a exclusão em tela. Não obstante, não apresentou, como supra se expôs, documentação hábil a tornar insubsistente o Ato Declaratório ora atacado, sendo descabido o protesto genérico pela diligência fiscal,

protesto esse, que deve ser rejeitado de plano, com fulcro no art. 18 do Decreto nº 70.235/72, com as modificações introduzidas pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93.

Nos termos do arts. 18 e 28 do Decreto nº 70.235², de 1972, com redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993, aplicável também ao julgamento em segunda instância, a autoridade julgadora determinará, de ofício ou a requerimento da defesa, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, e indeferirá, de forma fundamentada, as que considerar prescindíveis.

Portanto, não cabe ao julgador determinar diligência e/ou perícia para que sejam juntadas aos autos provas que deveriam ter sido apresentadas pela recorrente; é dizer, “a busca pela verdade material não autoriza o julgador substituir os interessados na produção de provas³”.

É o caso. O feito está bem instruído com os elementos necessários para o julgamento. Portanto, afasto a preliminar de nulidade requerida, e na mesma linha da r. decisão recorrido, por entender prescindível, indefiro o pedido de perícia/diligência.

Mérito

A recorrente FKM3 Ind. e Com. de Produtos Alimentícios Ltda., doravante **FKM3**, cujo objeto social é “a exploração no ramo de: Comércio atacadista de carnes bovinas e suínas e derivados; Matadouro - abate de reses em preparação de carne para terceiros; e Prestação de serviços de cobranças e recebimentos de ativos, exceto cobrança judicial”, celebrou contrato de industrialização por encomenda com KM3 Ind. e Com. de Produtos Alimentícios Ltda., doravante, **KM3**, cujo objeto social é a exploração / do ramo de: Matadouro - abate de reses e preparação de carne para terceiros”. A seguir elencamos algumas cláusulas do referido contrato (e-fls. 811):

CONTRATO PARTICULAR DE INDUSTRIALIZACAO POR ENCOMENDA

*Que entre si fazem, de um lado a empresa **FKM3 INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.** — ME., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF: 08.583.077/0001-43 e com sede na Rodovia José Garcia de Campos S/Nº no km 03, na Cidade de Londrina, Paraná, representada neste ato por seu sócio gerente **RODOLFO CARLOS DIEHL**, [...], doravante denominada **ENCOMENDADA**, e do outro lado a empresa **KM3 INDÚSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida à Rodovia Jose Garcia de Campos, km 03, sala 01, Fazenda Coroados, na Cidade de Londrina, Paraná, inscrita no CNPJ/MF: 05.660.031/0001-92 e inscrição estadual sob o nº,302.821.20-19 doravante denominada **ENCOMENDANTE**, e representada neste ato pelo seu sócio proprietário **LUIS ANTONIO GARCIA**, empresário, portador do CPF: 364,335.279-49 e RG: 3.336.315-0, estabelecido na Cidade de Londrina, tem justo e contratado o **presente contrato particular de abate e industrialização por encomenda**, mediante as clausulas e condições que passam a aduzir:*

Cláusula Primeira – a ENCOMENDADA na condição de empresa frigorífica, prestará a ENCOMENDANTE os serviços de industrialização (abate), resfriamento, e posterior embarque de carcaças bovinas.

² Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993). [...] Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993).

³ LÓPEZ, Maria Teresa Martínez; NEDER, Marcos Vinícius. Processo administrativo fiscal federal comentado. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 426

[...]

*Cláusula Sétima – A ENCOMENDADA efetuará a industrialização (abate) para a ENCOMENDANTE de segunda a sexta- feira, no período das 07h30min às 17h30min horas, inclusive toda a prestação de serviços estipuladas no presente contrato, e aos sábados no período das 07h30m1n às 11h30min, horas; **sempre sob fiscalização dos membros do SIF (Serviço de Inspeção Federal).***

[...]

Cláusula Nona – correrão por conta e responsabilidade exclusiva da ENCOMENDANTE todas as obrigações fiscais (federal, estadual e municipal), sobre os bovinos de sua propriedade, desde o transporte até a distribuição da carne e demais produtos após o abate, assim como todas as demais despesas subjacentes, inclusive embalagens.

Parágrafo Único: A ENCOMENDADA é única detentora de subordinação jurídica sobre seus funcionários, portanto é expressamente proibido chamar a atenção destes, qualquer reclamação quanto ao serviço executado deverá ser relatada ao encarregado da produção para que as devidas providências sejam tomadas.

Cláusula Décima Primeira – o presente contrato feito por prazo indeterminado devendo ambas as partes em caso de rescisão comunicar com antecedência mínima de 30 (trinta) dias. (Grifo nosso)

Inicialmente, verifica-se que o endereço de ambas as empresas, FKM3 (recorrente) e KM3, é o mesmo – zona rural da cidade de Londrina/PR. Observando-se que a KM3 – que também exerce a atividade de “exploração / do ramo de: Matadouro - abate de reses e preparação de carne para terceiros” – funciona na “sala 01” do referido endereço (Fazenda Coroados).

Em sede de fiscalização, a autoridade fiscal apurou os seguintes fatos na FKM3, ora recorrente, e na KM3 que ensejaram a exclusão do Simples da primeira (e-fls. 3):

i) ausência de contabilização na FKM3 de valores nas contas de custos de mercadoria vendida / custos de produção, despesas com energia elétrica, telefones e conservação de imóveis, as quais são registradas na KM3;

ii) FKM3 mantém registrados no seu quadro de pessoal todos os segurados empregados administrativos e operacionais necessários ao funcionamento de um frigorífico; KM3, por sua vez, apesar de adquirir reses para abate, industrialização e posterior comercialização, não contabiliza valores com ordenados e salários, férias, 13º salário, bem como não mantém nenhum segurado empregado registrado no seu quadro de pessoal para execução de atividades operacionais e administrativas;

iii) KM3 transferiu todos os segurados empregados administrativos e operacionais para FKM3 a partir da assinatura do contrato de industrialização por encomenda;

iv) FKM3 não possui imóvel e equipamentos necessários para execução de atividades operacionais e administrativas através de seus empregados, não efetua pagamentos de aluguel (não contabiliza despesas com locação de imóveis);

v) FKM3 colocou à disposição de KM3 e em suas dependências (imóvel alugado), segurados que realizam serviços contínuos e relacionados com atividade fim da empresa KM3;

vi) constam como receita da FKM3 somente as receitas de prestação de serviços para empresa KM3;

vii) no Livro de Registro de Entradas de FKM3, constam somente notas fiscais referente a entrada para industrialização de KM3 (CFOP 1901) e no Livro de Registro de Saídas, documentação fiscal referente a prestação de serviço somente para KM3 (CFOP 5124).

De acordo com os balancetes referentes aos períodos de 2008 a 2010, FKM3 apurou uma receita acumulada de R\$2.426.463,65 e uma despesa com pessoal de R\$3.080.160,01; por outro lado, KM3 apurou uma receita de R\$163.614.853,42 frente a uma despesa com pessoal de R\$58.668,66. Chama atenção, não só o fato de as despesas com pessoal da FKM3 superar suas receitas, mas também o fato de o valor das despesas com pessoal da KM3 ser ínfimo frente às suas receitas.

Há de se indagar ainda, como a FKM3 pode exercer suas atividades sem efetuar nenhuma despesa com telecomunicações, energia elétrica, manutenção de equipamento de produção.

O quadro a seguir resume bem os fatos ora expostos (e-fls. 114 – 145):

Pessoa Jurídica	FKM3				KM3			
Ano	2008	2009	2010	Total	2008	2009	2010	Total
Receita	922.210,00	664.246,00	840.007,65	2.426.463,65	48.080.012,95	51.074.901,22	64.459.939,25	163.614.853,42
CMV / CPV	0,00	0,00	124.842,10	124.842,10	39.075.601,51	42.664.505,48	58.857.504,30	140.597.611,29
Despesas com telecomunicações	0,00	0,00	0,00	0,00	23.098,69	21.246,25	23.152,03	67.496,97
Desp. Com manut. equip. de produção	0,00	0,00	0,00	0,00	157.796,21	63.191,27	2.587,40	223.574,88
Despesa com energia elétrica	0,00	0,00	0,00	0,00	421.471,89	498.924,76	499.737,41	1.420.134,06
Despesas com pessoal	890.637,03	1.009.543,82	1.179.979,16	3.080.160,01	33.046,42	21.665,29	3.956,95	58.668,66

A recorrente alega que, ao contrário da afirmação da decisão recorrida, possui custos de produção, despesas operacionais e despesas administrativas, em destaque as contas "conservação e manutenção", "depreciações e amortizações", "manutenção de softwares", "material de segurança", dentre outras.

Pois bem. De acordo com a documentação contábil colacionada aos autos, que faz prova tanto a favor quanto contra o contribuinte, verifica-se que a recorrente apurou custo de produção somente no ano 2010. Indaga-se: e nos anos anteriores, não houve custo? Por outro lado, as despesas que a recorrente invoca em seu favor são irrisórias. Veja-se:

Pessoa Jurídica	FKM3			
Ano	2008	2009	2010	Total
Despesa com conservação/manutenção	0,00	140,00	0,00	140,00
Despesa com depreciação/amortização	107,09	257,04	2.290,63	2.654,76
Despesas com manutenção software	0,00	415,00	479,60	894,60
Despesa com material de segurança	0,00	6,50	156,00	162,50

A recorrente alega ainda que o objeto de sua atividade – que envolve produto perecível – “admite o seu desenvolvimento na estrutura da empresa encomendante, que irá comercializar a carne, o que, aliás, é funcional e razoável, inexistindo qualquer vedação para que as empresas se organizem dessa forma”. Sustenta que “não coloca à disposição de empresa encomendante trabalhadores que realizem serviços contínuos e relacionados com sua atividade-fim, pois é a própria recorrente quem desempenha a atividade de matadouro e frigorífico”.

Sem razão a recorrente. De acordo com os dados contábeis é possível inferir que a recorrente foi constituída tão somente para alocar os empregados até então da KM3, com vistas a recolher menos tributos previdenciários, o que ocasionou a lavratura dos autos de infração que especifica.

Corroborar tal linha de raciocínio o posicionamento da fiscalização ao afirmar que “A empresa KM3 (Encomendante) transferiu todos os segurados empregados administrativos e operacionais para a empresa FKM3 (Encomendada), a partir da assinatura de contrato particular de industrialização por encomenda”. Daí o motivo de haver um volume expressivo de despesas com pessoal na recorrente e um valor ínfimo na KM3. Nesse sentido, resta evidente que a cláusula contratual (parágrafo único do art. 9º) que assenta que “A ENCOMENDADA é única detentora de subordinação jurídica sobre seus funcionários”, não condiz com os fatos apurados pela fiscalização.

Resta cristalino, portanto, que a FKM3 realiza cessão de mão de obra para a KM3. Com efeito, em razão de os documentos acostados aos autos não apresentarem mínima força probante para infirmar o apurado pela fiscalização e elidir o ato excludente, deve ser mantida a exclusão do Simples.

Quanto ao pedido de anulação dos autos de infração – processos nº 11.634.720345/2013-76, 11.634.720346/2013-11, 11634.720423/2013-32, 11634.720422/2013-98 – decorrentes da exclusão do Simples, trata-se de matéria que deve ser discutida naqueles autos e não nestes. Assim, não conheço da matéria.

Em relação ao pedido para que a exclusão do Simples produza efeitos no “exercício seguinte ao exercício no qual se tornar definitiva a decisão proferida nestes autos (art. 156, IX, CTN), bem como a decisão definitiva que vir a ser proferida nos Autos de Infração lavrados” também não merece ser acolhido.

Quanto aos efeitos, do ato excludente, a Lei Complementar nº 123, de 2006, dispõe inicialmente que a exclusão do Simples Nacional poderá ocorrer mediante comunicação da pessoa jurídica ou de ofício. A exclusão dar-se-á de ofício, dentre outras hipóteses, a partir do mês subsequente em que a pessoa jurídica incorrer em qualquer das situações de vedação previstas na referida lei complementar; no caso, realização de cessão ou locação de mão de obra. Veja-se:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

[...]

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;

[...]

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

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

[...]

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou

[...]

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva; (Grifo nosso)

A corroborar o exposto acima, acerca dos efeitos retroativos da exclusão do Simples, o STJ fixou entendimento no REsp 1.124.507, submetido ao regime do art. 543C, do CPC de 1973 (recurso repetitivo), no sentido de que por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão. Veja-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF.

LEI 9.317/96. SIMPLES. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 15, INCISO II, DA LEI 9.317/96. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Controvérsia envolvendo a averiguação acerca da data em que começam a ser produzidos os efeitos do ato de exclusão do contribuinte do regime tributário denominado SIMPLES. **Discute-se se o ato de exclusão tem caráter meramente declaratório, de modo que seus efeitos retroagiriam à data da efetiva ocorrência da situação excludente; ou desconstitutivo, com efeitos gerados apenas após a notificação ao contribuinte a respeito da exclusão.**

[...]

3. No caso concreto, foi vedada a permanência da recorrida no SIMPLES ao fundamento de que um de seus sócios é titular de outra empresa, com mais de 10% de participação, cuja receita bruta global ultrapassou o limite legal no ano-calendário de 2002 (hipótese prevista no artigo 9º, inciso IX, da Lei 9.317/96), tendo o Ato Declaratório Executivo n. 505.126, de 2/4/2004, da Secretaria da Receita Federal, produzido efeitos a partir de 1º/1/2003.

4. **Em se tratando de ato que impede a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES em decorrência da superveniência de situação impeditiva prevista no artigo 9º, incisos III a XIV e XVII a XIX, da Lei 9.317/96, seus efeitos são produzidos a partir do mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente, nos exatos termos do artigo 15, inciso II, da mesma lei. Precedentes.**

5. O ato de exclusão de ofício, nas hipóteses previstas pela lei como impeditivas de ingresso ou permanência no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de uma das situações excludentes.

6. **Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.**

7. No momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime. Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma das hipóteses que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.

8. **Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.**

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(REsp 1124507/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 06/05/2010)

Importante destacar que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos recursos repetitivos, bem como as súmulas do Carf são de observância obrigatória pelos membros deste órgão, nos termos do arts. 62, §2º e 72 do Regimento Interno do CARF⁴ (RICARF).

In casu, a exclusão efetivou-se a partir de 01/02/2008, nos termos da legislação de regência citada acima e de acordo com a jurisprudência do STJ. Portanto, também não assiste razão à recorrente.

No tocante à intimação do patrono da recorrente, nos termos da Súmula Carf nº 110, é incabível tal pleito no processo administrativo fiscal.

Súmula CARF nº 110: *No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).*

Acórdãos Precedentes: 1402-001.411, de 10/07/2013; 2401-003.400, de 19/02/2014; 2402-006.114, de 04/04/2018; 3302-004.864, de 25/10/2017; 3403-002.901, de 23/04/2014; 9101-003.049, de 10/08/2017.

Nego provimento em relação à matéria.

21. Ante o exposto, conheço do recurso do recurso voluntário e, no mérito, nego-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Gisele Barra Bossa

⁴ Portaria nº 343, de 2015. Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF)
Ar. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016) [...]
Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.