



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13855.003746/2010-46
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-004.882 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de maio de 2021
Recorrente GONCALVES DONZELLI COMERCIO E SERVICOS LTDA ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005

EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE CONTADOR.

Não poderá optar pelo Simples Federal a pessoa jurídica que prestar serviços profissionais de contador. Uma vez comprovado o exercício de tal atividade a exclusão do regime simplificado é devida.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

EXCLUSÃO. CIÊNCIA. DIÁRIO OFICIAL. OFENSA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NULIDADE

A Lei Complementar nº 123, de 2006, dispõe que a opção por esse regime simplificado implica aceitação do sistema de comunicação eletrônica, destinado, dentre outras finalidades, à ciência da exclusão do Simples Nacional, observada regulamentação do Comitê Gestor do Simples Nacional. Enquanto não regulamentada a ciência via Portal do Simples Nacional pelo Comitê Gestor a ciência da exclusão desse regime deveria ocorrer nos termos do Decreto nº 70.235, de 1972. Após tal implementação passou a existir duas opções - Portal do Simples Nacional e nos moldes do Decreto nº 70.235, de 1972 - as quais não são excludentes. Nestes termos, a ciência via diário oficial da União, em desacordo com o processo tributário administrativo federal, configura ofensa ao contraditório e à ampla defesa apta a atrair a nulidade..

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso voluntário e, na parte conhecida, dar parcial provimento ao recurso voluntário para cancelar a exclusão do Simples Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Júnior, Gisele Barra Bossa, Wilson Kazumi Nakayama, Jeferson Teodorovicz, Fredy José Gomes de Albuquerque, Sérgio Magalhães Lima, José Roberto Adelino da Silva (Suplente convocado) e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de exclusões do Simples Federal e Simples Nacional, nos termos do Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 53, de 05/11/2010, conforme motivos e efeitos elencados a seguir (e-fls. 303):

i) Simples Federal: exercício da atividade vedada de prestação de serviço de contador; efeito retroativo a 01/01/2007 a 30/06/2007 (art. 9º, XIII, da Lei 9.317, de 1996);

ii) Simples Nacional: i) embargo à fiscalização caracterizado pelo não fornecimento de informações sobre movimentação financeira, e ii) livro-caixa não permite a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária; efeito retroativo a 01/07/2007 a 31/12/2008 (art. 29, II, VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006).

2. Os motivos das exclusões constam de forma detalhada na Representação Fiscal às e-fls. 2-15.

3. Posteriormente, fora emitido o ADE nº 04, de 01/02/2011, para retificar os efeitos da exclusão do Simples Federal de 01/01/2007 a 30/06/2007 para 01/01/2005 a 30/06/2007. Por conseguinte, reabriu-se prazo para o contribuinte se manifestar.

4. Em sede de manifestação de inconformidade, o contribuinte impugnou ambos os Atos Declaratórios e alegou, em síntese, o não exercício de atividade de contador; questionou a fundamentação legal do aditamento ao primeiro ADE; inexistência de mandado procedimento fiscal (MPF), dentre outros argumentos. Veja-se:

A execução dos serviços de digitação de Notas Fiscais, transmissão de arquivo, preenchimento de guias, nem o Estatuto dos Contadores, exige o registro no CRC para a pessoa jurídica ou física executar tais serviços.

Mera digitação, preenchimento de documentos, formulários, lançamentos, não configura função exclusiva de contador, e a impugnada não trouxe o fundamento, o termo normativo, a conduta, e a lei, que expressamente veda tais atividades, (seja para pessoas físicas ou jurídicas). E, que sejam exclusivas, senão para contadores.

[...]

Se a impugnante executasse serviços de Escritório de Contabilidade ela deveria estar registrada no CRF, o escritório estaria registrado no sindicato dos contabilistas. Nota-se bem claro, que foram chamados pela Ilustríssima Auditora, ex-funcionários, no qual seus depoimentos estão sob suspeita, uma vez que não fazem mais parte do quadro de funcionários, e foram por ela demitidos .

[...]

A impugnada através dos seus agentes, não comprovaram A JUSTIFICATIVA E FUNDAMENTO LEGAL DO ADITAMENTO, o MOTIVO E FUNDAMENTO DO MESMO.

Inexiste o mandado de procedimento Fiscal extensivo ou complementar a dar guarida e qualquer supedâneo de validade aos aditivos. Não há mandado de prorrogação fiscal complementar, e nem demonstrou-se a existência do referido documento, tudo NULO.

5. A r. decisão recorrida, por unanimidade, manteve a exclusão do Simples Federal e Nacional, conforme ementa abaixo transcrita (e-fls. 96):

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

ANO-CALENDÁRIO: 2005

Ementa: OPÇÃO. ATIVIDADE INTELECTUAL. EMPRESA.

Não pode ingressar/permanecer no Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. FALTA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL.

A exclusão dar-se-á de ofício quando houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

6. Cientificado da decisão de primeira instância em 27/06/2014, o contribuinte interpôs recurso voluntário em 22/07/2014 em que reitera as alegações de primeira instância e acrescenta outras nos seguintes termos (e-fls. 561- 647):

Preliminares

i) incompetência da autoridade fiscal que assinou a o acórdão recorrido, porquanto somente o Delegado da Receita Federal teria competência para julgamento de matéria referente a tributos administrados pela Receita Federal;

ii) tipificação vaga, inócua e sem especificação da conduta da recorrente, o que violou seu direito ao contraditório e à ampla defesa; nesse sentido seriam nulos tanto o acórdão recorrido e o auto de infração;

iii) a decisão recorrida não comprovou a intenção, a lesão e qualquer vantagem e ou benefício pessoal da impugnante; bem como não apreciou a defesa do ADE nº 04, a qual foi tempestiva e regular;

iv) a lesão à ordem processual e de apuração de infrações é grave, ilegal e inconstitucional, razão pela qual, o auto de infração e a decisão prolatada deverão ser declarados nulos de pleno direito;

v) desrespeito e inobservância dos direitos do contribuinte, a qual, somente depois da notificação e intimação dos autos de infração é que tomou conhecimento do Ato Declaratório nº 53, de

05/11/2010;

vi) todas as medidas realizadas estão contaminadas de ilegalidade, abuso, e inconstitucionalidade, pois é da lei a plena e devida ciência do contribuinte, (previamente), o que não foi observado e aplicado dentro dos critérios legais, no presente caso;

Mérito

vii) a LC nº 123/2006, adotou um critério objetivo baseado na receita bruta anual, por conseguinte são inconstitucionais as hipóteses de vedações estabelecidas em seu art. 17;

viii) exerce somente atividade de digitação/processamento de dados para diversos contratantes, atividade não intelectual, e sem qualquer regulamentação em órgão específico ou categoria similar; os serviços técnicos a que se refere a Lei dos Contadores são aqueles ligados à balanço, fechamentos, balancetes e outros eventos da contabilidade; nunca realizados pela recorrente;

ix) O Conselho Regional de Contabilidade, que também fiscaliza a atividade da pessoa física do contador e sócio da impugnante, efetivou declaração de regularidade de atividade do referido sócio e não apurou irregularidade na atividade da impugnante que conflitasse com a do contador; verifica-se, pois, que as acusações e informações são genéricas, sem lastro e liame probatório, e, sobretudo, sem especificar, demonstrar e comprovar paulatinamente, a interpolação de uma atividade por outra;

x) apresentou livros, balancetes, documentos fiscais diversos, lançamentos, etc., os quais não foram considerados pela autoridade administrativa ao emitir do ADE nº 53; ilegal, nulo e inconstitucional;

xi) discorre sobre questões atinentes ao auto de infração e rebate os apontamentos elencados na Representação Fiscal para fins de exclusão; cita doutrina e jurisprudência em defesa de seu posicionamento;

xii) contesta os depoimentos colhidos pela fiscalização, os quais teriam sido tomados a sua revelia e sem a presença de representante legal da empresa, o que lhe cerceou o direito de defesa; ademais, não se levou em consideração o fato de que as testemunhas arroladas foram dispensadas pela impugnada;

xiii) a Lei nº 9.317/1996 fora revogada pela Lei Complementar 123/2006; portanto, não possui vigência e eficácia, o que resulta na nulidade do ADE nº 53;

xiv) o ADE é nulo porque a impugnante não praticou ato simulatório, de má fé, de fraude e ou dolo no aproveitamento do benefício fiscal, (e não há prova disto nos autos, somente meras suposições);

xv) a exclusão do Simples também é nula (o que se faz por argumentação) porque tem efeito retroativo, o que viola o artigo 150, III, a, da CF e o art. 88 da LC nº123/2006;

xvi) o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), do qual originou os autos de infração e o ADE, é inválido porque extrapolou o prazo de 120 dias;

xvii) o Ato Declaratório nº 04 é nulo por violar o Decreto nº 70.235, de 1972, (art. 18, §3º), porquanto “a retificação permitida, é tão-somente, de erro material, mas jamais de erro formal”;

xviii) deve ser observada a decadência em relação aos valores referentes ao ano-calendário 2005; invoca a Súmula Vinculante STF nº 08;

xix) por fim requer o provimento do recurso voluntário para anular o acórdão recorrido, os autos de infração, bem com o ADE.

7. É o relatório.

Voto

Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior, Relator.

8. O recurso voluntário é tempestivo; entretanto, dele conheço, parcialmente, conforme explicitado mais adiante. Passo à análise.

9. A recorrente foi excluída do Simples Federal devido ao exercício de atividade vedada de contador, com efeito de 01/01/2005 a 30/06/2007; e do Simples Nacional, por embaraço à fiscalização caracterizado pelo não fornecimento de informações sobre movimentação financeira, e o livro-caixa não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, com efeito retroativo a 01/07/2007 a 31/12/2008.

10. Inicialmente cumpre esclarecer que este feito trata de exclusão do Simples e não de auto de infração. Portanto, não conheço das questões relacionadas aos autos de infração decorrentes da referida exclusão, os quais têm rito próprio e trâmite em processos distintos.

11. Analiso inicialmente as preliminares.

Preliminares

Competência para julgamento

12. A recorrente alega inicialmente nulidade do acórdão recorrido sob o fundamento de que a autoridade fiscal seria incompetente, porquanto somente o Delegado da Receita Federal teria competência para julgamento de matéria referente a tributos administrados pela Receita Federal.

13. Com o advento da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, o julgamento de primeira instância, de competência dos Delegados da Receita Federal, deixou de ser órgão monocrático e passou a ser órgão colegiado composto por Auditores Fiscais da Receita Federal, conforme previsto no art. 25 do Decreto nº 70.235, de 1972. Veja-se:

Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001) (Vide Decreto nº 2.562, de 1998)

I - em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001) (Vide Lei nº 8.748, de 1993)

14. Portanto, sem razão a recorrente. Rejeito a preliminar.

Nulidade

15. Segundo a recorrente, a tipificação vaga, inócua e sem especificação da sua conduta violou seu direito ao contraditório e à ampla defesa; nesse sentido, seria nulo o acórdão recorrido. Assenta ainda que a decisão recorrida não comprovou a intenção, a lesão e qualquer vantagem e ou benefício pessoal da impugnante; bem como não apreciou a defesa do ADE nº 04, a qual foi tempestiva e regular.

16. Tanto o Ato Declaratório Executivo quanto a decisão recorrida explicitaram o motivo da exclusão da recorrente do Simples Federal e do Simples Nacional e respectiva fundamentação legal. Ademais, o trecho a seguir da r. decisão recorrida explicita que o feito foi analisado.

[...] Esta coletânea de indícios demonstra que a verdadeira atividade da empresa era vedada na vigência do Simples Federal, e que a confusão patrimonial entre a empresa excluída e a figura de seu sócio pessoa física, Sr. JOSÉ DE JESUS GONÇALVES DONZELLI, tornou imprestáveis os livros fiscais da empresa excluída, tendo em vista a existência de lançamentos de entradas de receitas não comprovadas por documentação hábil e idônea, assim como inúmeros créditos a favor da empresa em seus extratos bancários, para os quais não foram apresentados os documentos de origem, situação esta que a impede de permanecer no Simples Nacional.

17. Ademais, conforme jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, já na vigência do CPC/2015, e replicada neste Carf, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão; é dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte

Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinar tal decisor.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDMS - Embargos de Declaração no Mandado de Segurança - 21315 2014.02.57056-9, Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), STJ - Primeira seção, DJE:15/06/2016) (Grifo nosso)

18. No mesmo sentido já se pronunciou este CARF:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - DEFESA DO CONTRIBUINTE - APRECIAÇÃO - Conforme cediço no Superior Tribunal de Justiça - STJ, a autoridade julgadora não fica obrigada a se manifestar sobre todas as alegações do Recorrente, nem quanto a todos os fundamentos indicados por ele, ou a responder, um a um, seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão. (REsp 874793/CE, julgado em 28/11/2006). (Acórdão 165.430, de 18.09.2008)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

NULIDADE. ALEGAÇÃO DE ANÁLISE RASA DAS PROVAS NA INSTÂNCIA ANTERIOR. DESCABIMENTO.

O julgador, ao decidir, não está obrigado a examinar todos os fundamentos de fato ou de direito trazidos ao debate, podendo a estes conferir qualificação jurídica diversa da atribuída pelas partes, cumprindo-lhe entregar a prestação jurisdicional, considerando as teses discutidas no processo, enquanto necessárias ao julgamento da causa. (Acórdão Carf 9101-004.250, de 09.07.2019)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/12/2010 a 31/12/2013

O ÓRGÃO JULGADOR NÃO ESTÁ OBRIGADO A SE PRONUNCIAR ACERCA DE TODOS ARGUMENTOS SUSCITADOS PELA RECORRENTE.

O órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todos argumentos suscitados pela parte se os pontos analisados são suficientes para motivar e fundamentar sua decisão. O inconformismo com o resultado do acórdão, contrário aos interesses da recorrente, não significa haver falta de motivação ou cerceamento do direito à ampla defesa (EDcl no Mandado de Segurança nº 21.315 - DF, Diva Malerbi, STJ - Primeira Seção, DJE 15.06.2018). (Acórdão Carf 1201-003.145, de 18.09.2019)

19. Registre-se ainda que a exclusão do Simples, no caso em análise, não exige comprovação da intenção, bem como lesão e qualquer vantagem e ou benefício pessoal do contribuinte; basta que se apresente elemento comprobatório do motivo excludente previsto na legislação de regência. Foi o que ocorreu na espécie. A autoridade fiscal, mediante documentação comprobatória colacionada aos autos, concluiu que a recorrente exerceu a atividade vedada de contador, bem como causou embaraço à fiscalização, caracterizado pelo não fornecimento de informações sobre movimentação financeira, e o livro-caixa não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária. Nessa mesma trilha caminhou a r. decisão recorrida.

20. A discordância da recorrente com os elementos comprobatórios elencados pela fiscalização não se confunde com ausência de tipificação, trata-se de inconformismo com o apurado, o que envolve questão de mérito.

21. Rejeito a preliminar suscitada.

Inobservância de ciência dos atos excludentes. Cerceamento de direito de defesa

22. Aduz a recorrente que todas as medidas realizadas estão contaminadas de ilegalidade, abuso e inconstitucionalidade, pois é da lei a plena e devida ciência do contribuinte, (previamente), o que não foi observado e aplicado dentro dos critérios legais, no presente caso. Nesse sentido, alega que somente depois da notificação e intimação dos autos de infração é que tomou conhecimento do Ato Declaratório nº 53, de 05/11/2010.

23. Compulsando os autos, verifica-se que a ciência da exclusão do Simples Federal e Nacional por meio do Ato Declaratório nº 53, de 05/11/2010, ocorreu via publicação no Diário Oficial da União de 17/11/2010.

24. Pois bem. No tocante ao Simples Federal, o §3º do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, dispõe que a exclusão de ofício deve assegurar ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa, nos termos da legislação relativa ao processo tributário administrativo, qual seja, o Decreto nº 70.235, de 1972.

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito: [...]

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, **assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo**. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998) (Grifo nosso).

25. O referido Decreto, por sua vez, estabelece como meios de ciência a intimação via pessoal, postal e eletrônica (caixa postal eletrônica); e, no caso de resultar improficuo um dos meios anteriores, intimação por edital. Observe-se que não consta como meio de ciência a intimação via Diário Oficial da União:

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 improficuo 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) (Grifo nosso)

26. No caso em análise, em razão de retificação do ADE nº 53 para alterar os efeitos da exclusão do Simples Federal de 01/01/2007 a 30/06/2007 para 01/01/2005 a 30/06/2007, emitiu-se o Ato Declaratório nº 04, de 01/02/2011, cuja ciência novamente ocorreu via Diário Oficial da União de 07/02/2011. Ocorre que esse ADE, junto com a Informação Fiscal que noticiou o motivo da retificação – erro de digitação –, foi cientificado ao contribuinte via postal em 21/02/2011 (e-fls. 505-507). Verifica-se, pois, que a ciência do ato excludente do Simples Federal está em consonância com o Decreto nº 70.235, de 1972, resguardando-se o contraditório e a ampla defesa.

27. No tocante ao Simples Nacional, a Lei Complementar nº 123, de 2006, dispõe que a opção por esse regime simplificado implica aceitação do sistema de comunicação eletrônica, destinado, dentre outras finalidades, à ciência da exclusão do Simples Nacional, observada regulamentação do Comitê Gestor do Simples Nacional.

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 irretroativa 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;

[...]

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

[...]

§ 3º A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes. (Grifo nosso)

28. A Lei do Simples Nacional estabelece ainda que o contencioso administrativo deverá obedecer aos dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais do ente

federativo que praticar o ato:

Art. 39. O **contencioso administrativo** relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a **exclusão** de ofício, **observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.** (Grifo nosso)

29. Ao regulamentar a matéria, por meio da Resolução CGSN nº 15 de 23/07/2007, vigente à época da exclusão, o Comitê Gestor definiu que a ciência de exclusão do Simples Nacional deveria ocorrer segundo a legislação do respectivo ente federativo, no caso federal, de acordo com o Decreto nº 70.235, de 1972.

Exclusão de ofício

Art. 4º A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

§ 1º Será expedido **termo de exclusão do Simples Nacional** pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

§ 2º ~~O ente federativo registrará no Portal do Simples Nacional na internet, a expedição do termo de exclusão de que trata o § 1º.~~ (Revogado(a) pelo(a) Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

§ 3º **Será dada ciência do termo a que se refere o § 1º à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação.** (Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008) (Grifo nosso)

30. Observe-se que a ciência do ato excludente via Portal do Simples Nacional chegou até a constar da referida Resolução (art. 4º, §2º), mas foi logo revogada. A implementação definitiva viria a ocorrer com o advento da Resolução CGSN 94, de 29/11/2011. Veja-se:

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

[...]

§ 5º **A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.** (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º) (Grifo nosso)

31. Como se vê, nos termos da legislação vigente à época, a ciência da exclusão do Simples Nacional ainda não poderia ocorrer via Portal do Simples Nacional, porquanto esta funcionalidade ainda não estava implementada.

32. Enquanto não regulamentada a ciência via Portal do Simples Nacional pelo Comitê Gestor a ciência da exclusão desse regime deveria ocorrer nos termos do Decreto nº 70.235, de 1972. Após tal implementação, passaram a existir duas opções – Portal do Simples Nacional e nos moldes do Decreto nº 70.235, de 1972 – as quais não são excludentes. Nestes termos, a ciência via diário oficial da União, em desacordo com o processo tributário

administrativo federal, configura ofensa ao contraditório e à ampla defesa apta a atrair a nulidade.

33. Nestes termos, acolho a preliminar de nulidade, para considerar nula a ciência, via diário oficial da União, do Ato Declaratório nº 53, de 05/11/2010. Considerando que houve ciência via postal do Simples Federal, restou nula somente a ciência do Simples Nacional.

Mérito

34. Inicialmente, acerca das questões constitucionais aduzidas pela recorrente, cumpre esclarecer que, nos termos do art. 26-A do Decreto 70.235, de 1972, “*no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade*”. Nessa mesma trilha caminha a Súmula Carf nº 2:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Acórdãos Precedentes: Acórdão nº 101-94876, de 25/02/2005 Acórdão nº 103-21568, de 18/03/2004 Acórdão nº 105-14586, de 11/08/2004 Acórdão nº 108-06035, de 14/03/2000 Acórdão nº 102-46146, de 15/10/2003 Acórdão nº 203-09298, de 05/11/2003 Acórdão nº 201-77691, de 16/06/2004 Acórdão nº 202-15674, de 06/07/2004 Acórdão nº 201-78180, de 27/01/2005 Acórdão nº 204-00115, de 17/05/2005

35. Conforme relatado, a recorrente refuta o apurado pela fiscalização e afirma categoricamente que exerce somente atividade de digitação/processamento de dados para diversos contratantes, atividade não intelectual, e sem qualquer regulamentação em órgão específico ou categoria similar. Sustenta que os serviços técnicos a que se refere a Lei dos Contadores são aqueles ligados à balanço, fechamentos, balancetes e outros eventos da contabilidade; nesse sentido, afirma, em síntese, não exercer atividade de contador.

36. Afirma ainda que as acusações e informações do Fisco são genéricas, sem lastro e liame probatório, e, sobretudo, sem especificar, demonstrar e comprovar paulatinamente, a interpolação de uma atividade por outra.

37. Pois bem. Os motivos excludentes, prestação de serviço de contador e embaraço à fiscalização, caracterizado pelo não fornecimento de informações sobre movimentação financeira, e o livro-caixa não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, constam dos respectivos mandamentos legais:

Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, **contador**, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício

dependa de habilitação profissional legalmente exigida; (Vide Lei 10.034, de 24.10.2000)

Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006

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

[...]

II - for oferecido **embaraço à fiscalização, caracterizado** pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo **não fornecimento de informações** sobre bens, **movimentação financeira**, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública;

[...]

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou **não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária**; (Grifo nosso)

38. Compulsando os autos, especificamente a Representação para fins de exclusão do Simples (e-fls. 2-15) e a respectivamente documentação comprobatória colacionada pela autoridade fiscal verifica-se o que segue.

39. Mediante procedimento de auditoria fiscal em face da recorrente, a fiscalização apurou que a partir de 1997 (2ª alteração contratual) figurava como objeto social do contribuinte, dentre outras atividades, **o comércio de papéis** e outros, atividade não desenvolvida pela empresa como demonstra o Livro de Registro de Inventário, onde não consta registro de estoques. No Livro de Entradas e Saídas de Mercadorias foram registradas como entradas apenas **os serviços e ou materiais de consumo das empresas**, e Saídas as NF de serviços.

40. Acerca das notas fiscais, a recorrente apresentou para fiscalização dois talonários, um de natureza mercantil e outro referente a notas fiscais de serviços, emitidas no período de 01/03/2004 a 01/08/2009, referente a prestação de serviços a várias empresas com discriminação de "serviços de processamento de dados contábeis". Consta do timbre desse talonário o nome "GONÇALVES & DONZELLI" - Consultoria Empresarial (Administração, Assessoria, Auditoria, Contabilidade, Perícia, Abertura e Encerramento de Firma e Imposto de Renda) e logo abaixo a razão social Gonçalves & Donzelli Comércio e Serviços Ltda. ME, endereço, telefone, e-mail (e-fls. 255-263). No ponto, verifica-se que a recorrente apresentava-se como prestadora de serviço de contabilidade para seus clientes.

41. Verificou-se no Livro de Registro de Empregados nº 01 que desde o primeiro Registro de Empregados, em 18/04/1997, a empresa registrou funcionários para a função de "**Auxiliar de Escritório**" e a partir de 20/03/2000, contratou funcionários como "Auxiliar de Comércio" e a partir de 15/06/2006, como "Digitador (a)". Para verificar a atividade exercida pela recorrente a fiscalização diligenciou ex-funcionários e apurou o exercício de atividade contábil, distribuídos em "departamento fiscal e contábil" e "departamento pessoal", contratado por aproximadamente 60 empresas para realização de serviços inerentes à atividade de escritório de contabilidade, quais sejam, elaboração de documentos e informações de obrigações acessórias junto aos órgãos do Ministério do Trabalho, INSS, Receita Federal do Brasil, Secretaria da Fazenda do Estado, Prefeitura Municipal. A seguir o depoimento dos ex-funcionários:

2.2.15- Foram abertos Mandados de Procedimento Fiscal - Diligência, para proceder a coleta de informações e documentos destinados a subsidiar o procedimento de fiscalização junto ao contribuinte responsável GONÇALVES & DONZELLI, para as pessoas físicas abaixo relacionadas, todas ex-funcionárias da empresa em questão, que foram intimadas a comparecer na Delegacia da Receita Federal em Franca (SP):

a) ADILSON DA SILVA CINTRA, CPF 357.881.328-19, trabalhou para a empresa em questão, de **01/04/2008 a 17/09/2008**, conforme LRE - Livro de Registro de Empregados nº 02, fl 08, registrado como "auxiliar de comércio", foi intimado em 29/04/2010, com ciência em 06/05/2010, compareceu a esta Delegacia em 10/05/2010, onde **declarou que "lançava no computador as NF emitidas pelas empresas tomadoras dos serviços da empresa em questão" e que não havia atividade comercial na empresa**, conforme Termo de Declaração nº 01.

b) ALTINO FRANCISCO OLIVEIRA RODRIGUES, CPF 008.408.096-54, trabalhou para a empresa em questão, de **01/05/2005 a 14/11/2007**, conforme LRE - Livro de Registro de Empregados nº 01, fl. 39, registrado como "auxiliar de comércio", foi intimado em 29/04/2010, com ciência em 06/05/2010, compareceu a esta Delegacia em 11/05/2010, onde **declarou que a empresa trabalhava como Escritório de Contabilidade e prestava serviços a aproximadamente 60 empresas e que ele trabalhava no "departamento fiscal", fazendo registro de Notas Fiscais de Entradas e Saídas de Mercadorias das empresas tomadoras dos serviços do Escritório**. Declarou ainda que não havia atividade mercantil na empresa fiscalizada.

c) SARAH REGINA ADÃO, CPF 360.473.838-58, prestou serviços na empresa, de **01/09/2004 a 25/05/2007**, registrada às fls. 36 do LRE nº 01, na função de "Auxiliar de Comércio", intimada em 29/04/2010, com ciência em 05/05/2010, compareceu a esta Delegacia em 12/05/2010, onde declarou que trabalhou inicialmente na função de recepcionista e depois passou a fazer o "Departamento Fiscal do Escritório. Também **trabalhou no "Departamento Pessoal", fazendo registro e rescisões de contrato de trabalho dos empregados com as empresas tomadoras dos serviços de Contabilidade do Escritório, além de folhas de pagamento e entrega de GFIP**. Indagada se lembrava do nome de alguma empresa a quem o escritório fazia a contabilidade, a declarante informou que se lembra da Buramar, Casa das Sementes, Betta Hidroturbinas e Drogafarma. **Trabalhou ainda na apuração de impostos (SIMPLES, ICMS) e auxiliava o contador a cumprir obrigações acessórias como DACON, GIA e DCTF. Afirmou ainda que a empresa não praticava a atividade de vendas**.

d) SILVANA SAVIO SANTOS, CPF 389.359.028-06, trabalhou para a empresa em questão, de **02/05/2008 a 20/11/2009**, conforme LRE - Livro de Registro de Empregados nº 02, fl 09, na função de "auxiliar de escritório" foi intimado em 29/04/2010, com ciência em 17/05/2010, compareceu a esta Delegacia em 20/05/2010, onde declarou que trabalhou na empresa como Auxiliar de Escritório e **fazia "Departamento Fiscal" das empresas que utilizavam os serviços do Escritório de Contabilidade. Afirmou que a atividade da empresa em que trabalhava era serviços contábeis** e que dentre outras empresas o escritório prestava serviços à Casa das Sementes, Betta Hidroturbinas, Drogafarma, Denise, Verzola, Marco Aurélio... Declarou que trabalhava no endereço da Rua Liberdade e tinha mais ou menos 10 empregados e que também trabalhou no escritório que funcionava na rua Arnaldo de Vilhena. Declarou ainda que não existia atividade de vendas no local onde trabalhava. (Grifos nossos)

42. Constatou-se, em consulta ao sistema GFIP WEB/RFB, que o responsável pela entrega de GFIP de todas as pessoas jurídicas informadas na declaração de imposto de renda do sócio José de Jesus Gonçalves Donzelli, é o CNPJ 71.807.563/0001-60 da recorrente e o nome para contato é Rodrigo M Bertoncini, funcionário registrado na recorrente no período de

01/03/2005 a 25/04/2007, de acordo com Livro de Registro de Empregado, na função de "Auxiliar de Departamento Pessoal" e a partir de 01/04/2008, na função de "Analista de Recursos Humanos".

43. Verificou-se, portanto, que a recorrente era prestadora dos serviços de contabilidade e responsável pela documentação das empresas tomadoras do seu serviço, utilizando a capacidade de trabalho não somente do Contador, mas de todos os empregados contratados, fato comprovado por algumas pessoas jurídicas constantes da DIRPF do sócio José Jesus Gonçalves Donzelli. Veja-se:

2.3 Verificadas a prestação de serviços a várias empresas, foram abertas ações fiscais vinculadas à presente fiscalização, nas empresas:

a) BETTA HIDROTURBINAS INDUSTRIA E COM LTDA EPP, CNPJ 53.358495/0001-91, Procedimento Fiscal no 0812300.2010.00345, com Termo de Início de Procedimento Fiscal emitido em 09/04/2010, ciência em 13/04/2010, solicitando a apresentação de:

- Livro Diário/Caixa 2005 a 2008;

- Recibos de Pagamento a Gonçalves Donzelli Com e Serv Ltda Me, CNPJ 71.807.663/0001-60 e ou a José de Jesus Gonçalves Donzelli, CPF 001.926.258-29.

- **A documentação foi apresentada em 19/04/2010, por funcionário da Empresa Gonçalves & Donzelli Comércio e Serviços Ltda ME, tendo sido escriturado em Livro Caixa da empresa, assinado pelo contador JOSÉ DE JESUS GONÇALVES DONZELLI, a quem a empresa efetua pagamentos mensais, na condição de contribuinte individual, tendo sido apresentados os recibos de pagamentos a autônomo (RPA).**

b) CASA DAS SEMENTES E INSUMOS AGRÍCOLAS LTDA, CNPJ 03.285.659/0001-20, Procedimento Fiscal no 0812300.2010.00344, emitido em 09/04/2010, com ciência em 13/04/2010, intimado a apresentar:

- Livro Diário/Caixa 2005 a 2008;

- Recibos de Pagamento a Gonçalves Donzelli Com e Serv Ltda Me, CNPJ 71.807.663/0001-60 e ou a José de Jesus Gonçalves Donzelli, CPF 001.926.258-29.

A documentação foi apresentada em 19/04/2010, por funcionário da Empresa Gonçalves e Donzelli Comércio e Serviços Ltda ME, tendo sido escriturado em Livro Caixa da empresa, assinado pelo contador JOSÉ DE JESUS GONÇALVES DONZELLI, a quem a empresa efetua pagamentos mensais, na condição de contribuinte individual, tendo sido apresentados os recibos de pagamentos a autônomo (RPA). (Grifo nosso)

44. Ao analisar o livro-caixa, mediante confronto com os extratos bancários apresentados pela empresa através das Contas Correntes 75310-6 Banco Itaú e Conta 23.260-2, BRADESCO, verificou-se várias situações que não permitiram a identificação da movimentação financeira da recorrente, tais como, i) depósitos em cheque e ou dinheiro sem comprovante da respectiva origem financeira; ii) lançamentos no livro-caixa registrados a "débito" correspondem às entradas de recursos na recorrente e os lançamentos contabilizados a "crédito", correspondem às despesas; iii) lançamentos de saldos de extratos bancários de forma equivocada no livro-caixa, o que não permitiu a correta identificação da movimentação financeira.

45. Intimada a comprovar a origem e natureza de créditos financeiros contabilizados no livro-caixa, a recorrente informou não ter localizado os documentos. Veja-se:

2.8 - Em 08/06/2010 a Empresa apresentou parte da documentação solicitada, juntando documentação (Notas Fiscais, Recibos) apenas das despesas lançadas a "Crédito", nos Livros Caixas ou seja, os pagamentos das despesas efetuadas pela empresa.

2.9 - Em 08/07/2010, foi emitido Termo de Intimação Fiscal nº 03, com ciência em 14/07/2010, intimando a Empresa a:

- **Comprovar mediante documentação hábil e idônea, a origem e a natureza dos créditos financeiros contabilizados em livro Caixa 2005 a 2008, INDIVIDUALIZADAMENTE**, entendendo-se por créditos, as entradas de recursos registradas nos LIVROS CAIXA 2005 A 2008.

- Em 12/08/2010, a Empresa responde à Intimação Fiscal no 03, com a seguinte justificativa: "Vimos pela presente informar a V. Sa. que **não conseguimos localizar em nossos arquivos os documentos dos créditos financeiros contabilizados no livro caixa no período de 2005 a 2008 para atender o referido termo.**". (Grifo nosso)

46. Com vistas a cobrir despesas do escritório, apurou-se que a recorrente registra em livro-caixa integralizações de capital anualmente, sem o devido instrumento particular de alteração contratual de aumento de capital, além de não constar tal registro nas DIRPF's dos sócios o aumento patrimonial, o que também impacta na escrituração do livro-caixa.

ANO	VALOR	DATA/CONTA/LANC
2005	R\$ 40.000,00	01/01 / 342-6 / 67
2006	R\$ 78.000,00	02/01 / 342-6 /307 e 308
2007	R\$ 140.000,00	02/01 / 342-6 / 114
2008	R\$ 20.300,00	30/06 / 342-6 / 82

47. Como se vê, o livro-caixa não permite identificar a real movimentação financeira da recorrente, porquanto há lançamentos de entradas de receitas não comprovadas por documentação hábil e idônea. Verifica-se ainda, conforme elencado pela fiscalização, a existência de créditos nos extratos bancários para os quais não foram apresentados os documentos comprobatórios da origem.

48. Ao confrontar o faturamento total da recorrente no período de 2005 a 2008 (R\$116.000,00) com as despesas (R\$208.608,37) de folha de pagamento declaradas em GFIP e livro-caixa verificou-se que o faturamento é insuficiente para pagar tais despesas, isso sem considerar outras despesas básicas como aluguel, energia elétrica, água, telefone, material de consumo (papéis, computadores), além das verbas indenizatórias dos segurados empregados, como férias indenizadas, aviso prévio indenizado, etc. Para suprir as despesas, a empresa se utiliza de integralizações de capital e depósitos bancários de origem não comprovada (quadro detalhado às e-fls. 13).

49. Nestes termos, a meu ver restou configurado o exercício da atividade de vedada ao Simples Federal de prestação de serviço de contador; bem como o embaraço à fiscalização caracterizado pelo fato de o livro-caixa não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária.

50. No tocante à alegação de que os depoimentos colhidos pela fiscalização foram tomados à revelia da recorrente e sem a presença de seu representante legal, o que lhe cerceou o direito de defesa, cumpre esclarecer que a fiscalização não se pautou somente em depoimentos, pelo contrário, tais depoimentos apenas corroboraram o exercício de atividade vedada e irregularidades no livro-caixa, conforme elencado acima. A recorrente, por sua vez, não

apresentou elemento probante com força suficiente para infirmar o apurado pela fiscalização.

51. Também não merece prosperar a alegação no sentido de que a Lei nº 9.317/1996 fora revogada pela Lei Complementar 123/2006 e, portanto, não possui vigência e eficácia, o que resultaria na nulidade do ADE nº 53. Ora, o fato de a Lei nº 9.317/1996 ter sido revogada não lhe retira os efeitos durante o período de sua vigência. Ela apenas deixou de ser aplicada após sua revogação; é dizer, os atos praticados durante sua vigência, tal qual o caso em análise, estão sob a guarida do referido mandamento legal.

52. Quanto aos 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)

53. 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 CARF¹ (RICARF).

54. Portanto, não assiste razão à recorrente.

55. Quanto à alegação de que o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), do qual originou o ADE, seria inválido porque extrapolou o prazo de 120 dias também não lhe assiste razão. Trata-se de matéria pacificada neste Carf no sentido de que o MPF é um instrumento meramente administrativo, e que eventual irregularidade em relação a ele, se for o caso, não contamina o lançamento que tenha obedecido as regras do Processo Administrativo Fiscal Decreto nº 70.235/1972. Ademais, conforme já observado neste voto, a matéria controvertida nestes autos não trata de lançamento, mas sim de exclusão do Simples. Veja-se:

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

Ano-calendário: 2006

NULIDADE DO LANÇAMENTO - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF) - INOCORRÊNCIA

O MPF é mero instrumento de controle administrativo, e, portanto, não subtrai ou limita a competência legal do Auditor Fiscal para o exercício de suas funções, que está definida em Lei, em sentido estrito. Além disso, no caso sob exame, nem mesmo ocorreram as alegadas irregularidades relativas à sua espécie e à sua prorrogação. (Acórdão 1802-01.003, de 17/10/2011)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

¹ 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.

MPF. PRORROGAÇÕES. COMPLEMENTAR. DILIGÊNCIAS. INSTRUMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO.

O Mandado de Procedimento Fiscal constitui-se em instrumento interno de planejamento, controle e gerência das atividades de fiscalização, disciplinado por atos internos da Receita Federal, dispondo sobre prazos e condições para a emissão, prorrogação e complementação do MPF, mas que não têm o condão de alterar a competência do auditor fiscal quanto à atividade vinculada e obrigatória do lançamento, atribuída pelo art. 142 do CTN. (Acórdão 9101-003.253, de 09/11/2017)

56. Quanto à nulidade do Ato Declaratório nº 04 por violar o Decreto nº 70.235, de 1972, (art. 18, §3º), porquanto a retificação permitida é somente de erro material jamais de erro formal também não assiste razão à recorrente.

57. No caso em análise, a retificação do Ato Declaratório alterou o período dos efeitos da exclusão e o contribuinte foi cientificado, desta feita, via postal, conforme salientado anteriormente, e com vistas a garantir o contraditório e a ampla defesa, foi concedido prazo legal para impugnação. Portanto, não há falar-se em nulidade neste ponto.

Conclusão

58. Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso voluntário, e na parte conhecida dou-lhe provimento parcial para cancelar a exclusão do Simples Nacional.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)
Efigênio de Freitas Júnior