



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

Processo nº 13956.000155/2004-31
Recurso nº 142.343 Voluntário
Acórdão nº **1801-001.700 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 09 de outubro de 2013
Matéria Simples Federal - Inclusão Retroativa
Recorrente MAF FERNANDES & CIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2000

SIMPLES FEDERAL. INCLUSÃO RETROATIVA. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO ADE.

Constatado nos autos que a empresa não foi regularmente cientificada do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples Federal, torna-se sem efeito a exclusão do regime de tributação diferenciado, favorecido e simplificado.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2000

INTIMAÇÃO. VIA POSTAL. ASSINATURA EM AVISO DE RECEBIMENTO (AR).

É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário. (Súmula CARF nº 9)

NULIDADE. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO ADE.

Caracteriza ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa a ausência da ciência formal do contribuinte do ADE contra si lavrado, causando a nulidade absoluta do referido ADE (artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72 - PAF).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes – Presidente e Relatora

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Roberto Massao Chinen, Marcos Vinícius Barros Ottoni, Carmen Ferreira Saraiva, Leonardo Mendonça Marques, Henrique Heiji Erbano e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

O presente litígio já foi objeto de exame por esta Turma Julgadora que, na ocasião, resolveu converter o julgamento na realização de diligência com o objetivo de apurar a verdade material dos fatos, nos termos da Resolução nº 1801-000.141/12, e-fls. 155 a 159. Aproveito o relatório e voto já redigidos, para historiar os fatos:

“A empresa em epígrafe solicitou às fls. 01 e 02 a inclusão no regime de tributação diferenciado, favorecido e simplificado – Simples Federal a partir de 09/12/2003, em 18 de maio de 2004, explicando que, por lapso, no preenchimento da ficha do CNPJ esqueceu-se de incluir a opção pelo Simples. Informa que todos os tributos foram recolhidos neste regime, bem como as declarações entregues. Instrui o pedido com cópias de: o contrato social, a comunicação à Junta Comercial do Paraná de enquadramento na situação de empresa de pequeno porte, datada em 02/12/2003; Formulário de Alteração da Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ) para a referida alteração de porte da empresa, datada em 14/01/2004; entre outros.

Às fls. 102 e 103 a autoridade *a quo* deferiu parcialmente o pedido admitindo a inclusão retroativa da empresa no Simples Federal com efeitos a partir do ano-calendário de 2004, ressaltando que, embora a empresa possua débitos em relação à Fazenda Nacional, os débitos estão com exigibilidade suspensa e a empresa recolheu os tributos pelo código Simples, demonstrando a inequívoca intenção de adesão ao regime favorecido.

Em manifestação de inconformidade, fls. 109, a empresa relatou que desde 01/01/1997 optou pelo Simples, na qualidade de microempresa, permanecendo até 01/11/2000, tendo sido excluída do regime por ato declaratório sem ter tomado ciência deste ato de exclusão, continuando a recolher os tributos consoante este regime de tributação. Diz que a exclusão foi devido a débitos com a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), os quais incluiu posteriormente em parcelamento especial disciplinado pela Lei nº 10.684/03 – PAES. Requer que o ato declaratório de exclusão seja considerado nulo e que a opção seja considerada retroativa até a data da exclusão.

A autoridade preparadora juntou ao processo pesquisa efetuada no Sistema de Vedações e Exclusões do Simples – SIVEX, fls. 127, no qual está registrado que a empresa excluída do Simples pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 0278.737, emitido em 29/09/2000, cujos débitos que ensejaram a exclusão foram encaminhados em 11/2000, com efeitos a partir de 01/11/2003 (*sic*)¹.

O espelho do Aviso de Recebimento do ADE emitido foi anexado à fls. 128 e acusa a data de recebimento em 28/12/2000 – Consulta Postagem NI 00645430000160.

¹ Efeitos a partir de 01/01/2000 – SIVEX – fls. 126 e 127, 28/2001

A Segunda Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba/PR exarou o Acórdão nº 06-17.097/08, fls. 130 e ss, indeferindo a solicitação de inclusão retroativa no Simples desde 01/11/2000, por perempto o direito da empresa em contestar o ato de exclusão – ADE. Assim restou ementado o aresto:

“PEDIDO DE REINGRESSO AO SIMPLES.

PRAZOS PROCESSUAIS. PEREMPÇÃO.

Os prazos processuais são peremptos e fatais; assim, se a contribuinte foi regularmente cientificada de sua exclusão ao Simples mas deixou de apresentar a SRS dentro do prazo legal, descabe sua apreciação em momento posterior, mesmo sob a alegação de não ter recebido o ADE, fato que foi rechaçado pelas provas.”

A empresa interpôs, tempestivamente, o Recurso de fls. 137 a 143 reiterando que não tomou ciência do Ato Declaratório Executivo de sua exclusão do Simples, atacando o acórdão prolatado por haver considerado a data informada em sistema de pesquisa da RFB (Secretaria da Receita Federal do Brasil), e não constando o Aviso de Recebimento (AR) original no processo. Argumenta que é imperioso a assinatura em original no referido AR para comprovar que foi regularmente cientificada da exclusão, pelo que resta nulo o ADE pertinente. Cita jurisprudência e artigos do CC – Código Civil que entende corroborar o seu entendimento.

[...]

VOTO

[...]

O cerne do litígio instaurado está em deliberar sobre a efetiva ciência da recorrente do ADE de exclusão emitido em 2000, cujo espelho do Aviso de Recebimento consta às fls. 128.

Inequivocamente a recorrente iniciou o presente processo solicitando expressamente a sua inclusão no Simples a partir de 09/12/2003, consoante texto a seguir transcrito, *in verbis*:

“M. A. F. FERNANDES E CIA LTDA, firma Jurídica, estabelecida nesta cidade de Umuarama-Pr, á Rua B nº 1331 - Rod. Pr. 323 Km 01, com o ramo de Comércio Varejista de Peças e Acessórios novos para Veículos Automotores, inscrito no CNPJ sob nº 00.645.430/0001-60, com Sociedade por Quotas de Responsabilidade Ltda e Declaração de Enquadramento no Simples - Microempresa arquivada na Junta Comercial do Paraná sob nº 41203299438, em data de 07/06/1995, pelo seu representante legal abaixo assinado, vem respeitosamente a presença de V.Excia., **REQUERER o enquadramento como optante pelo SIMPLES Junto a Receita Federal com data de 09/12/2003**, pois por um lapso no preenchimento da ficha do CNPJ quando do pedido da inscrição, foi esquecido de incluir o enquadramento da OPÇÃO pelo SIMPLES, informo ainda que todos os impostos foram recolhidos na categoria de optante pelo SIMPLES, bem como a entrega das declarações Pessoa Jurídica, e a empresa encontra-se em dia com todas as suas obrigações tributárias.”

(grifos pertencem ao original)

Para justificar o pedido, junta ao presente os formulários de alteração de situação para empresa de pequeno porte, datados do ano de 2004.

Atente-se para o fato de a recorrente explicar que, por um lapso no preenchimento da ficha de CNPJ, quando do pedido de “inscrição” esqueceu-se de incluir a opção pelo Simples.

Há ausência de veracidade nesta afirmação da recorrente, pois era optante do Simples desde a data de 1997, conforme histórico registrado nos sistemas da Receita Federal que acompanha a situação das empresas optantes pelo regime tributário instituído em favor fiscal às microempresas e empresas de pequeno porte. A opção não foi tácita, mas expressa e as fichas relativas ao cadastro de pessoa jurídica (CNPJ) que instruiu o pedido – fls. 04 a 08 – bem como “Comunicação” à JUCEPR de alteração de situação – fls. 03, não se referem à sua inscrição e estão todos datados em consonância com a data expressa no pedido original, ou seja, são documentos datados em dezembro de 2003 e no ano-calendário de 2004.

Deferido o pedido a partir de 01/01/2004, a recorrente inova o pleito através da manifestação de inconformidade argumentando que faz jus à opção desde o ano de 2000 e que não sabia que estava excluída do Simples, por possuir débitos com a PGFN sem exigibilidade suspensa à aquela época – se contradiz, pois confessa que para regularizar sua situação aderiu ao PAES em 2003, tornando-se hábil para optar pelo Simples, por estarem aqueles débitos com exigibilidade suspensa, por força do parcelamento requerido.

Destarte, resta claro que a empresa sabia da sua exclusão e só pode re-fazer a sua opção ao Simples após haver solucionado, pelo parcelamento, a sua situação irregular perante a Fazenda Nacional, tornando os débitos que ensejaram a sua exclusão em débitos com exigibilidade suspensa.

No entanto, contra todas as fortes evidências, insiste em afirmar que não foi cientificada do ADE de exclusão, atacando veemente o espelho do Aviso de Recebimento do referido ADE juntado às fls. 128, como se o sistema de consulta de postagens desenvolvido pelo Poder Público pudesse veicular informações que não constassem no AR original. As informações reproduzidas no referido sistema são extraídas da imagem original do Aviso de Recebimento e não são “criadas”. Não existe qualquer dúvida quanto ao efetivo recebimento do ADE de exclusão no endereço eleito pela empresa constante de seu cadastro fiscal na data de 28/12/2000.

As arguições da recorrente que o endereço de sua sede fica fora de zona urbana, não é relevante, pois o correio atende igualmente a referida área, como faz prova o recebimento do acórdão guerreado exatamente no mesmo endereço. De igual forma, irrelevante, para o processo administrativo fiscal a assinatura em original no referido Aviso de Recebimento, cuja ausência, entende a recorrente, fulminaria a ciência por via postal, invocando o artigo 222 do Código Civil, que trata de telegrama cuja autenticidade for contestada, em seu favor. Este artigo sequer trata da ciência de documentos emitidos via postal.

A questão é processual. O processo administrativo fiscal tem legislação própria, especial, que o disciplina. O Decreto nº 70.235/72 é o diploma legal que rege a matéria (PAF) e o Código de Processo Civil, ou a Lei nº 9.784/99, somente pode complementar as lacunas, quando existentes. Não é o caso.

Dispõe a artigo 23 do PAF, em seu artigo 23, inciso II e §2º, inciso II:

Da Intimação

Art. 23. Far-se-á a intimação:

[...]

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)

[...]

§ 2º Considera-se feita a intimação:

[...]

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)

[...]

Entendo que o espelho do Aviso de Recebimento juntado às fls. 128 deste processo faz prova cabal quanto ao recebimento pela recorrente do debatido ADE.

Todavia, este órgão colegiado editou a seguinte Súmula a respeito da matéria:

Súmula CARF nº 9: É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.

Curvo-me ao entendimento esposado por este órgão colegiado e, para atender a súmula nº 09, mister é que os autos retornem à unidade de jurisdição da recorrente para que anexe-se ao processo o Aviso de Recebimento – AR no qual possa se verificar a assinatura do representante legal ou preposto da pessoa jurídica, afastando-se a dúvida suscitada pela recorrente.

Voto em converter o julgamento na realização desta diligência.”

A unidade de jurisdição da recorrente, ARF de Umuarama/PR, em resposta à diligência solicitada, informou – e-fls. 162:

“Efetuadas pesquisas em nossos arquivos, não logramos êxito em localizar o original do AR. Provavelmente foi encaminhado ao centro de Processamento e envio de correspondências do SERPRO. Em face do exposto, retornamos o presente à origem, para prosseguimento.”

É o relatório. Passo ao voto.

Voto

Conselheira Ana de Barros Fernandes, Relatora

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 16/10/2013 por ANA DE BARROS FERNANDES, Assinado digitalmente em 16/10/2013 por ANA DE BARROS FERNANDES

Impresso em 21/10/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O recurso voluntário interposto já foi conhecido, por tempestivo.

A recorrente pleiteia a sua reinclusão no Simples Federal desde 01/01/2000, argumentando que não foi regularmente cientificada do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do regime de tributação simplificado, favorecido e diferenciado – nº 0278.737, pelo que este é inócuo.

Apesar de constar às fls. 128 dos autos o espelho do Aviso de Recebimento (AR) do referido ADE, com recebimento no endereço da recorrente, em 28/12/2000 (Consulta Postagem NI 00645430000160), não foi acostado o respectivo AR apostado com a assinatura do recebedor.

Em diligência, foi solicitada a juntada do referido AR, mas não foi encontrado na unidade preparadora dos autos.

A questão a ser dirimida no presente litígio, por conseguinte, é de ordem processual.

A intimação por via postal é válida nos termos do artigo 23 do Decreto nº 70.235/72, que disciplina o processo administrativo fiscal – PAF. Deixo de reproduzir o texto do dispositivo legal por constar do relatório deste acórdão.

Todavia, este órgão colegiado editou a Súmula CARF nº 09, também já reproduzida no relatório, considerando válida a ciência postal **com a assinatura do recebedor**, destaquei, no AR.

Dispõe o artigo 59, em seu inciso II, do Decreto nº 70.235/72 – PAF:

Art. 59. São nulos:

[...]

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

Não confirmado pelo Aviso de Recebimento originalmente enviado à recorrente a sua ciência do ADE nº 0278.737, forçoso reconhecer-se que houve ofensa ao direito de defesa da recorrente, princípio constitucional expressamente prestigiado pela norma processual tributária.

Acolhe-se a contestação da recorrente em declarar-se nulo o referido ADE e acatar o pedido de reinclusão ao Simples Federal desde 01/01/2000.

Voto em dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes

Processo nº 13956.000155/2004-31
Acórdão n.º **1801-001.700**

S1-TE01
Fl. 5

CÓPIA