



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16812.000310/2009-56
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-010.943 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de dezembro de 2022
Recorrente CENTRO DE IDIOMAS GSK LTDA. ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/05/2003

NULIDADE. LANÇAMENTO REFLEXO. ELEMENTOS DE PROVA INDISPENSÁVEIS À COMPROVAÇÃO DO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA.

A exigência do crédito tributário sem estar instruído com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito, implica na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa e gera nulidade quando seus efeitos comprometem o direito de defesa assegurado constitucionalmente.

ATO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. JULGAMENTO EM AUTOS PRÓPRIOS. LANÇAMENTO REFLEXO.

Eventualmente, havendo decisão concluindo pela nulidade do ato de exclusão do Simples, não há como ser mantido o lançamento de contribuições motivado pelo ato de exclusão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, dar provimento ao recurso voluntário interposto. Vencidos os conselheiros Rodrigo Duarte Firmino, Francisco Ibiapino Luz e José Márcio Bittes, que negaram-lhes provimento.

(documento assinado digitalmente)

Francisco Ibiapino Luz - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ana Claudia Borges de Oliveira – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira (Relatora), Francisco Ibiapino Luz (Presidente), Gregório Rechmann Junior, Rodrigo Duarte Firmino, Vinicius Mauro Trevisan e José Márcio Bittes.

Fl. 2 do Acórdão n.º 2402-010.943 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 16812.000310/2009-56

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário em face da Decisão-Notificação n.º 20.422.4/0040/2005 (fls. 257 a 265) que julgou improcedente a impugnação e manteve o crédito lançado por meio da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) DEBCAD n.º 35.738.346-0 (fls. 9 a 79), consolidada em 08/09/2004, no valor de R\$ 170.848,90, relativo às contribuições devidas à seguridade social, cota patronal, benefícios por incapacidade laborativa e devidas a Terceiros, incidentes sobre os valores pagos aos segurados empregados e aos contribuintes individuais sócios da empresa, nas competências 04/99 a 10/99, 02/2000 a 05/2003, incluindo 13/2000, 13/2001 e 13/2002.

Consta no Relatório Fiscal (fls. 81 a 87) que a contribuinte optou pelo SIMPLES em 01/01/1997, mas foi excluída do sistema em 01/04/1999 em razão do exercício de atividade vedada.

Na Defesa (fls. 109 a 129), o contribuinte alegou, entre outros, que não foi cientificado do ato de exclusão do SIMPLES, que a Autoridade Fiscal não trouxe essa prova e que continuou recolhendo as contribuições como se estivesse neste sistema.

Na sequência, os autos foram baixados à Seção de Fiscalização para obter, junto à Receita Federal, a confirmação documental da exclusão do SIMPLES, a data de vigência do ato e a pendência do julgamento de recurso com efeito suspensivo (fl. 241).

Em resposta, a DRF informou que o contribuinte encontra-se excluído do SIMPLES desde 01/04/1999 e que foi cientificado da exclusão em 22/01/1999, conforme AR anexado (fl. 243). O AR encontra-se às fls. 247.

Cientificado dessa resposta, o contribuinte não apresentou manifestação (fl. 255).

A Decisão recorrida restou assim ementada:

TRIBUTAÇÃO. EXCLUSÃO DO SIMPLES. CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL.

A exclusão da empresa do regime tributário SIMPLES é competência da Secretaria da Receita Federal.

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á às normas de tributação e de arrecadação aplicáveis às empresas em geral a partir da data em que se processarem os efeitos da exclusão.

LANÇAMENTO PROCEDENTE

O contribuinte foi cientificado em 04/03/2005 (fls. 267) e apresentou recurso voluntário em 29/03/2005 (fls. 383 a 417) sustentando, em síntese: a) ausência de notificação quanto à exclusão do SIMPLES; b) equívoco no ato de exclusão do SIMPLES; c) subsidiariamente, o ato de exclusão está limitado a 1º/01/2002; d) ausência de prova do ato de exclusão e irretroatividade da cobrança; e) inconstitucionalidade do art. 9º da Lei n.º 9.317/96 e que desenvolve outras atividades que não estão excluídas do SIMPLES.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Claudia Borges de Oliveira, Relatora.

Da admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Assim, dele conheço e passo à análise da matéria.

Das alegações recursais

1. Preliminar de nulidade - Do processo relacionado ao ato de exclusão do SIMPLES Nacional

Sustenta o recorrente que não foi intimado do ato de exclusão do SIMPLES e que o AR juntado aos autos pela Fiscalização não menciona o processo a que relaciona-se, tão pouco o motivo da intimação e que está assinado por pessoa desconhecida.

A Decisão recorrida concluiu que a Fiscalização fez a devida prova da intimação do recorrente do processo do SIMPLES, conforme observa-se do Ofício DRF/JOA/GAB n.º 859/2004 (fl. 243) e Aviso de Recebimento anexo (fls. 245 e 247).

As normas gerais que regem o SIMPLES em âmbito nacional estão dispostas na Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006 (LC 123/2006), que determina no art. 13, inciso VI, que o recolhimento mensal único a ser feito pelos optantes desse sistema incluirá a contribuição patronal previdenciária do art. 22 da Lei n.º 8.212/91, exceto no caso de microempresa ou empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 da mesma Lei.

É dever da autoridade fiscal, ao exercer a fiscalização acerca do efetivo recolhimento das contribuições, investigar a relação entre a empresa e as pessoas que a ela prestam serviços. Caso constate enquadramento errôneo, deve proceder à autuação, de forma clara, precisa e com base em provas, já que não é válido o lançamento que se baseia em indícios ou presunções.

Nesse sentido, importante esclarecer que, quando o contribuinte é excluído do SIMPLES, deve recolher todos os tributos e contribuições de acordo com as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, desde o primeiro mês de início de atividade.

A par disso, os recolhimentos relativos ao SIMPLES, tidos como pagamentos indevidos, poderão ser objeto de pedido de restituição ou compensação. Nos termos da Súmula CARF n.º 76, na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

Analisando os documentos anexos aos autos, observa-se que tem razão o recorrente quando sustenta que o lançamento foi realizado sem prova de sua devida intimação do ato de exclusão do SIMPLES.

No Ofício Aviso de Recebimento (fls. 245 e 247), anexado com o Ofício DRF/JOA/GAB n.º 859/2004 (fl. 243), não há qualquer informação que aquele aviso de recebimento esteja relacionado ao ato de exclusão do SIMPLES, não há menção a número de qualquer processo, tão pouco ao conteúdo da intimação.

Data: 29/11/2004 Hora: 08:35 Usuário: R053MAR

Consulta Postagem por: NI 86910239000114; AR Normal e Especial; Sistema: Todos

CNPJ:	86.910.239/0001-14					
Tipo Postagem	AR Normal					
Contribuinte	CENTRO DE IDIOMAS GSK LTDA ME					
Endereço	RUA DR MARURI 311 CASA			Bairro	CENTRO	
CEP	89700000	Município	CONCORDIA	UF	SC	
Lote Emissão	001	Exercício	1999			
Sistema	09466 SIVEX - SIMPLES					
Data Emissão	09/01/1999					
Nº Distribuição	0010101468	Região Fiscal	09ª	UA Destino	0920300	
Tipo Lançamento	Normal					
Situação	Entregue ao destinatário		Data Coleta	19/07/1999	Imagem	<input checked="" type="checkbox"/>
Lote Coleta	192030090320	Pasta	0002	Nº ECT	690505403	

Desenvolvido pela ATBHE/SUNAT/SERPRO
Solução de Problemas ou Dúvidas, clique aqui.

DF CARF MF
MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL

0 9 4 6 6 8 6 9 0 5 4 0 3 0 9 2 0 3 0 0 6
PARA USO DA SRF

DESTINATÁRIO
CENTRO DE IDIOMAS GSK LTDA ME
RUA DR MARURI, 311 - CASA
CENTRO
89700-000 CONCORDIA - SC

UL: 09-203-00
NI: 86.910.239/0001-14 **AR SIMPLES**

RECEBI: O DOCUMENTO A QUE SE REFERE ESTE AVISO

RECEBIDA EM 22 JAN 1999

ENDEREÇO PARA DEVOLUÇÃO DO AR
SERPRO - SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS
SUA CARLOS PESS. 113
BOM RETIRO
45520-170 - CURITIBA - PR

PARA USO DA SRF
0 9 4 6 6 8 6 9 0 5 4 0 3 0 9 2 0 3 0 0 6

AR
CONCORDIA
22 JAN 1999
CARF MF
SC
RR690505403RR
0010101468

De fato, o ato de exclusão do SIMPLES é julgado em autos próprios onde deve ser respeitado o contraditório e a ampla defesa. Contudo, tratando-se de lançamento vinculado ao ato de exclusão, nos termos do art. 9º do Decreto 70.235/72, imprescindível a constatação de que existiu um processo de exclusão do recorrente do SIMPLES, que foi julgado e o contribuinte dele teve ciência.

Eventual “cancelamento superveniente do ato de exclusão do SIMPLES que motivou o ato de lançamento do crédito tributário causa o seu cancelamento” (Acórdão nº 2401-009.301, Relator Conselheiro Matheus Soares Leite, Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção, Sessão de 11/03/2021, Publicado em 22/03/2021).

Conforme enunciado da **Súmula CARF nº 134**, A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Federal não resulta na exclusão do contribuinte, sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade. (**Vinculante**, conforme Portaria ME nº 410, de 16/12/2020, DOU de 18/12/2020).

No presente caso, o lançamento foi realizado sem ao menos mencionar o número do processo do ato de exclusão do SIMPLES.

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

No processo administrativo fiscal, são nulas as decisões proferidas com preterição do direito de defesa (art. 59, II, do Decreto n.º 70.235/72), consubstanciado no princípio do contraditório e da ampla defesa que se traduz de duas formas: por um lado, pela necessidade de se dar conhecimento da existência dos atos do processo às partes e, de outro, pela possibilidade das partes reagirem aos atos que lhe forem desfavoráveis no processo administrativo fiscal.

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

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

O vício material diz respeito aos aspectos intrínsecos do lançamento e relaciona-se com a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido e a identificação do sujeito passivo, conforme definido pelo art. 142 do CTN. O lançamento está eivado de vício material, que é aquele existente quando há erro no conteúdo do lançamento, que é a norma individual e concreta, na qual figura “o fato jurídico tributário” no antecedente, e no consequente a “relação jurídica tributária” (composta pelos sujeitos e pelo objeto, o *quantum* a título de tributo devido).

O vício formal, por outro lado, não interfere no litígio propriamente dito, ou seja, não há impedimento à compreensão dos fatos que baseiam as infrações imputadas, e o seu refazimento não exige inovação em seu conteúdo material, nem muito menos nos seus próprios fundamentos, nem resta atingida a essência da relação jurídico-tributária, nem a comprovação da ocorrência do fato gerador, nem maculado o dimensionamento de sua base de cálculo.

Nos termos do art. 9º do Decreto n.º 70.235/72, a exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. A ausência dessas formalidades implica na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa e gera nulidade quando seus efeitos comprometem o direito de defesa assegurado constitucionalmente – art. 5º, LV, CF.

Nesse sentido:

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. CIÊNCIA DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO POR EDITAL. SOMENTE QUANDO RESULTAR IMPROFÍCUO A CIÊNCIA PESSOAL, POSTAL OU POR MEIO ELETRÔNICO. Não houve a comprovação que houve a tentativa de intimação por via postal do Ato Declaratório Executivo de exclusão antes da publicação do Edital, impossibilitando o interessado de exercer o seu direito de defesa, e dessa forma acarretando a nulidade do ato de exclusão. (Acórdão 1201-004.979, sessão 17/06/21)

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CONTRIBUIÇÕES A TERCEIROS. CONFUSÃO PATRIMONIAL. EXCLUSÃO DO SIMPLES. CANCELAMENTO DO ATO DE EXCLUSÃO. INSUBSISTÊNCIA DO LANÇAMENTO. O cancelamento do ato de exclusão do SIMPLES por decisão administrativa definitiva torna insubsistente o lançamento, sobretudo quando a própria fiscalização expressa que o lançamento tem como objetivo prevenir a decadência e permanecerá com exigibilidade suspensa

enquanto não julgados os atos de exclusão da sistemática do SIMPLES. (Acórdão 2201-008.099, sessão 12/01/21)

Obrigações Acessórias Ano-calendário: 2003 DCTF. Exigência. Multa. Empresa Excluída do Simples Federal. Inexistindo, nos autos, prova de que a empresa foi regularmente excluída da sistemática do Simples Federal, a exigência de entrega de DCTF e a conseqüente imposição de penalidade pelo seu descumprimento revelam-se, igualmente, irregulares. (Acórdão 1801-001.543, sessão 09/09/13)

ADE NULO DE PLENO DIREITO. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. Há dúvida razoável quanto a ter sido de fato cientificada a exclusão determinada por ADE, dúvida quanto à própria existência do ADE que veicularia tal exclusão, dúvida quanto a ter sido comunicada ao contribuinte a existência de débito inscrito em dívida ativa da União não ajuizável, bem como de ter sido informada sua natureza, origem e valor, seja pela SRF ou pela PGFN. Com o que se configura a nulidade do suposto ato de exclusão por cerceamento ao direito de defesa. INTENÇÃO MANIFESTA. PROVA DE REQUISITOS E DE REGULARIDADE FISCAL PARA REINCLUSÃO RETROATIVA NO SIMPLES. O contribuinte vem desde a data de sua opção no ano calendário de 1997 apresentando suas declarações de imposto de renda à SRF na sistemática do SIMPLES, bem como vem procedendo desde então todos os recolhimentos com base no mesmo programa e em DARF-SIMPLES sem que tenha sido alertado, pela administração, quanto à existência de débito inscrito em dívida ativa. A partir da ciência efetiva quanto ao débito inscrito o interessado imediatamente providenciou seu equacionamento conforme certidão expedida pela PSFN/Imperatriz. Assim não remanesce nenhum óbice a que se admita a reinclusão formal da interessada no SIMPLES desde a data de 06/11/2000. Recurso Voluntário Provido. (Acórdão 303-33.307, sessão 21/06/06)

Veja-se, se o lançamento, tal como feito, não permite nem ao julgador a devida fundamentação de sua decisão, quiçá falar do direito de defesa do contribuinte. Inevitável reconhecer a existência de prejuízo ao direito de defesa do recorrente.

Nesse ponto, acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente para declarar a nulidade do lançamento e dar provimento ao recurso voluntário.

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário para declarar nulo o lançamento.

(documento assinado digitalmente)

Ana Claudia Borges de Oliveira