



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**  
**TERCEIRA CÂMARA**

**Processo nº** 10920.000393/2006-27  
**Recurso nº** 165.148 *De Ofício e Voluntário*  
**Matéria** IRPJ e outros  
**Acórdão nº** 103-23.621  
**Sessão de** 12 de novembro de 2008  
**Recorrentes** Intercolor Pinturas Técnicas Ltda  
DRJ - FLORIANÓPOLIS

CC01/C03

Fls. 1

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

**EXCLUSÃO DO SIMPLES. TERMO INICIAL. INOCORRÊNCIA DA INFRAÇÃO NO ANO-CALENDÁRIO DE 2001. EXCLUSÃO PARA OS ANOS DE 2002 E 2003**

A infração à legislação tributária, que deu causa à exclusão do Simples, só se deu ao final de janeiro de 2002, quando terminou o prazo para o contribuinte comunicar o desenquadramento havido no exercício anterior. Exclusão válida a partir do exercício de 2002.

**NULIDADE. EXCLUSÃO DO SIMPLES. INOCORRÊNCIA.** Não ocorre cerceamento de defesa quando o contribuinte toma ciência do despacho decisório, que descreveu a infração que serviu de fundamento ao Ato Declaratório Executivo, baseia-se em documentos do próprio contribuinte e contém os elementos necessários para compreensão da acusação e exercício do direito de defesa.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

**NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. IRPJ E REFLEXOS. CONSTITUIÇÃO DO AUTO ANTES DO JULGAMENTO DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. POSSIBILIDADE**

Não existe vedação legal para que a autoridade fiscal proceda à fiscalização e ao lançamento, com base no Lucro Real, de contribuintes excluídos do Simples, ainda que exista Manifestação de Inconformidade pendente de julgamento.

**NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. IRPJ E REFLEXOS. CONCOMITÂNCIA DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS.**

A concomitante existência dos processos de Manifestação de Inconformidade e Impugnação ao Auto de Infração não tem o condão de cercear o direito de defesa do contribuinte

**NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. IRPJ E REFLEXOS. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO “RETROATIVA” DO SIMPLES. INOCORRÊNCIA**

O despacho que estabelece a exclusão do Simples tem natureza jurídica declaratória, reconhecendo a não conformidade com as regras do Simples, de forma que o contribuinte fica sujeito às regras ordinárias de tributação (Lucro Real), pré-existentes ao fato imponiblel.

**MULTA QUALIFICADA. ALEGAÇÃO DE PRONTO ATENDIMENTO À FISCALIZAÇÃO.**

Não comprovado o dolo do contribuinte, mas simples omissão de receita, ainda que por mais de um exercício, não cabe a aplicação de multa qualificada.

**JUROS DE MORA - ATUALIZAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS PELA TAXA SELIC – POSSIBILIDADE**

No âmbito dos Conselhos, pacífica a utilização da taxa Selic, quer como juros de mora a incidir sobre crédito tributário em atraso, quer para atualizar os débitos do contribuinte em face da Fazenda Federal. Entendimento em linha com o enunciado da Súmula nº 4 do 1º Conselho de Contribuintes.

**COMPENSAÇÃO. VALORES PAGOS NO REGIME DO SIMPLES. POSSIBILIDADE.**

Os valores pagos pelo regime do Simples devem ser abatidos dos valores lançados, sob pena de cobrança indevida. Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins  
Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

**COFINS. AUMENTO DE ALÍQUOTA. LEI Nº 9718/98. VIOLAÇÃO AO “PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS”. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES STF.**

A jurisprudência do STF já é pacífica no sentido que as contribuições sociais podem ser aumentadas por lei ordinária.

Assunto: Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2002, 2003

**CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. ADICIONAL DE ALÍQUOTA. REGULAMENTAÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA. VEDAÇÃO CRIADA PELA EC 32/01. NÃO ENQUADRAMENTO DA MP 1.807**

A Medida Provisória nº 1.807/99 não regulamentou as alterações introduzidas pela Emenda nº 20 no artigo 195 da Constituição, razão pela qual não há confronto com o artigo 246 da CF.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ e reflexos

Ano-calendário: 2002, 2003

**LUCRO ARBITRADO. OMISSÃO DE RECEITAS. LIVROS DE APURAÇÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE**

Em vista da omissão de receitas por parte do contribuinte, é lícito ao Fisco arbitrar o lucro no período. Os livros de apuração do ICMS constituem documentos idôneos e competentes para a realização da apuração do lucro arbitrado.

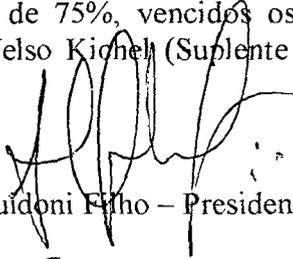
**PIS. COFINS. CSLL. DECORRÊNCIA. LANÇAMENTO REFLEXO.**

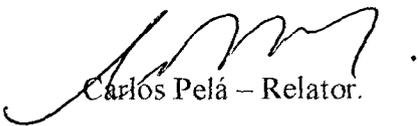
Versando sobre as mesmas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento reflexo alusivo ao PIS, à Cofins e à CSLL.

Lançamento Parcialmente Procedente.

*Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.*

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas. Por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso para admitir a compensação dos valores efetivamente recolhidos pela Recorrente no Simples com os valores exigidos no lançamento, mediante a aplicação, sobre os valores recolhidos, dos percentuais de alocação estabelecidos pela legislação vigente. Por voto de qualidade, deram parcial provimento ao recurso para afastar a qualificação da multa de ofício e reduzi-la ao percentual regular de 75%, vencidos os Conselheiros Antonio Bezerra Neto, Leonardo de Andrade Couto, Nelso Kichel (Suplente Convocado) e Ester Marques Lins de Sousa (Suplente Convocada).

  
Antonio Carlos Guidoni Filho – Presidente.

  
Carlos Pelá – Relator.

EDITADO EM: 16/06/2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Carlos Guidoni Filho, Antonio Bezerra Neto, Alexandre Barbosa Jaguaribe Leonardo de Andrade Couto, Carlos Pelá, Nelso Kichel, Rogério Garcia Peres e Ester Marques Lins de Sousa.

*f*

## Relatório

Trata-se de Recurso contra decisão da DRJ/Florianópolis em Manifestação de Inconformidade manejada contra a edição do Ato Declaratório Executivo nº 016, de 21 de Fevereiro de 2006, do Ilmo. Delegado da Receita Federal em Joinville (fls. 137).

Referido ADE excluiu o contribuinte, ora recorrente, do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, o regime de apuração e recolhimento de tributos conhecido como Simples.

Como suporte a esta decisão, a fiscalização juntou aos autos farta documentação que comprovaria suposta omissão de receitas por parte do contribuinte. Tais receitas, se contabilizadas, ultrapassariam o limite permitido aos optantes do Simples.

Vale dizer que o desenquadramento do Simples deve ser informado às autoridades fiscais. A omissão desta comunicação pode é considerada infração e causa excludente do referido regime especial.

Contra este ADE, o contribuinte interpôs Manifestação de Inconformidade (fls. 140 a 151). Em apertada síntese, aduziu:

(i) que o Ato Declaratório era nulo, pois não descrevia a infração que ensejou a exclusão; que a ausência da descrição causaria prejuízo ao seu pleno direito de defesa;

(ii) que o Ato Declaratório era nulo, pois prescindiria de suporte probatório; que a comprovação dos fatos caberia ao Fisco e não ao contribuinte;

(iii) que o Ato Declaratório era nulo, por falta de indicação de horário e local da lavratura;

(iv) que o Ato Declaratório era nulo, por falta de indicação da matrícula do agente; e

(v) que a retroação dos efeitos da exclusão do Simples colidia com o Princípio Constitucional de Irretroatividade.

Ato contínuo à exclusão do regime do Simples, o Fisco iniciou o procedimento de fiscalização, considerando o contribuinte como sujeito ao regime ordinário de apuração e recolhimento de tributos (Lucro Real).

O ora Requerente, sob o argumento que havia interposto Manifestação de Inconformidade, recusou-se a responder as intimações que lhe eram direcionadas.

Em razão do silêncio do contribuinte, o Fisco lavrou Auto de Infração (fls. 178 a 271) com base no lucro arbitrado, exigindo o pagamento de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS dos anos-calendários de 2001, 2002 e 2003.



No prazo legal, o contribuinte apresentou Impugnação ao Auto de Infração (fls. 351 a 388). Em linhas gerais, sustentou:

(i) que o Auto era nulo, pois prescindia da decisão final da Manifestação de Inconformidade;

(ii) que o Ato Declaratório não é ato normativo, razão pela qual não poderia ter efeitos imediatos;

(iii) a impossibilidade da tramitação conjunta dos processos de Manifestação de Inconformidade e Impugnação ao Auto de Infração;

(iv) que a prevenção da decadência não poderia afetar o direito de defesa do contribuinte;

(v) que o Auto era nulo, pois a exclusão do Simples não poderia ter efeitos retroativos;

(vi) que o Auto era nulo, pois não teria havido fixação de prazo máximo no termo de fiscalização;

(vii) que a multa agravada era indevida, pois houve pleno atendimento à fiscalização;

(viii) que a multa agravada era indevida, pois não teria havido prática reiterada de fraude à autoridade fazendária;

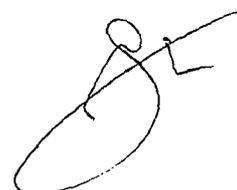
(ix) que a taxa Selic não poderia ser aplicada, pois sua criação dependeria de edição de Lei Complementar;

(x) que o aumento da alíquota da COFINS para 3% é ilegal, pois o aumento somente poderia realizar-se por meio de Lei Complementar, em respeito ao “Princípio da Hierarquia das Normas”;

(xi) que alíquota adicional da CSLL é indevida, pois sua instituição não poderia ter-se realizado por meio de Medida Provisória, tendo em vista a vedação imposta pela Emenda Constitucional nº 32/02; e

(xii) que os valores pagos pelo contribuinte sob a égide da sistemática do Simples deveriam ser utilizados para compensar parte dos débitos consignados no Auto de Infração.

Em minuciosa decisão, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Curitiba analisou conjuntamente a Manifestação de Inconformidade e a Impugnação ao Auto de Infração, concluindo pela procedência, em parte dos recursos, mantendo a sistemática do Simples para o ano-calendário de 2001 (fls. 445 a 486). Por esta razão, excluiu da cobrança os tributos apurados com base no lucro arbitrado no ano de 2001. Reproduzo integralmente a Ementa do Julgamento:



*Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 2001, 2002, 2003 NULIDADE. EXCLUSÃO DO SIMPLES. FALTA DE DESCRIÇÃO DO FATO QUE CONSTITUI A INFRAÇÃO.*

*É improcedente o pleito de nulidade do ADE por falta de descrição do fato que constitui a infração, quando o contribuinte toma ciência do despacho decisório da exclusão do Simples, que descreve claramente as circunstâncias que motivaram a exclusão.*

*NULIDADE. EXCLUSÃO DO SIMPLES. FALTA DE PROVA DA CONSTITUIÇÃO DA INFRAÇÃO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.*

*Não há falar-se em nulidade do ato de exclusão do Simples, por falta de prova da constituição da infração, quando o ADE se fundamenta na prática reiterada de infração à legislação tributária, caracterizada pela falta da comunicação à SRF, pela pessoa jurídica, de sua exclusão por excesso de receita bruta em relação ao limite permitido, apurado com base em livros do ICMS, cujas cópias constam dos autos.*

*NULIDADE. EXCLUSÃO DO SIMPLES. FALTA DE HORA, LOCAL DA LAVRATURA E MATRÍCULA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. REQUISITOS NÃO EXIGIDOS PARA O ADE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO.*

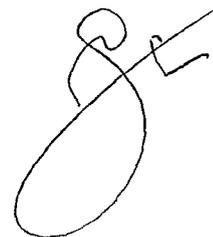
*Em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas, não cabe declarar nulidade sem que a parte demonstre o efetivo prejuízo sofrido, sendo, portanto, insubsistente o pleito de nulidade do auto de infração por falta de hora, local de lavratura, e matrícula da autoridade administrativa, e sequer existe, ademais, disposição legal a amparar essa pretensão.*

*NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. IRPJ E REFLEXOS. PENDÊNCIA ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO NOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS. OFENSA À AMPLA DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.*

*É insubsistente o pedido de nulidade do auto de infração do IRPJ e reflexos, sob a alegação de necessidade de julgamento definitivo da exclusão do Simples e violação à ampla defesa, eis que inexiste previsão de suspensão dos efeitos do ADE, que devem retroagir segundo o disposto na legislação, além de inexistir, em regra, efeito suspensivo nos recursos administrativos, não configurando violação à ampla defesa, que foi exercitada pelo contribuinte por ocasião da impugnação.*

*NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. IRPJ E REFLEXOS. EXCLUSÃO DO SIMPLES. REUNIÃO DE PROCESSOS.*

*A apreciação da manifestação de inconformidade ao ADE constitui uma questão prejudicial ao lançamento do IRPJ e reflexos, situação esta que justifica a recomendação de reunião de ambos os procedimentos num mesmo processo administrativo, razão pela qual fere o bom senso o pleito de nulidade pela inexistência de processos separados, ainda mais quando a pretensão é fundada no reconhecimento da condição de prejudicialidade.*



**NULIDADE. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. FALTA DE LEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE.**

*É totalmente infundada a pretensão de nulidade do auto de infração, sob o argumento de que foi motivado pela necessidade de prevenir a decadência, por absoluta falta de interesse jurídico processual por parte do contribuinte, uma vez que as ações fiscais são planejadas pela administração fazendária, no uso de seu poder discricionário, faltando portanto interesse ao contribuinte para contestar essas motivações.*

**NULIDADE. EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITO RETROATIVO. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. IMPERTINÊNCIA.**

*As regras que determinam o termo inicial dos efeitos do ato de exclusão do Simples encontram-se disciplinadas na Lei do Simples, descabendo recorrer ao princípio da irretroatividade, eis que este diz respeito à vedação da possibilidade de uma lei aplicar-se a fatos pretéritos, anteriores a sua publicação, sendo que a referida lei foi publicada em 1996, não havendo, portanto, falar-se em irretroatividade.*

**NULIDADE. FALTA DE FIXAÇÃO DE PRAZO MÁXIMO PARA ENCERRAMENTO DA FISCALIZAÇÃO NO TERMO DE INÍCIO.**

*A legislação tributária prevê a necessidade de informação do prazo máximo para encerramento da fiscalização, exigência esta que é atendida pela informação contida no MPF, sem necessidade de constar no Termo de Início.*

**MULTA QUALIFICADA. ALEGAÇÃO DE PRONTO ATENDIMENTO ÀS SOLICITAÇÕES DO FISCO. IRRELEVÂNCIA.**

*A diligência do contribuinte em atender prontamente as autoridades fiscais é idônea para excluir a multa agravada, mas não é apta para afastar a multa qualificada, cuja incidência se afere pela conduta do contribuinte à época do fato gerador.*

**JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.**

*A utilização da taxa Selic como juros moratórios decorre de expressa disposição legal.*

**APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.**

*A autoridades administrativas não dispõem de competência para apreciar a constitucionalidade de normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico.*

*Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples Anual - calendário: 2001, 2002, 2003 EXCLUSÃO DO SIMPLES. EXCESSO DE RECEITA BRUTA. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE NOTIFICAÇÃO DA EXCLUSÃO À SRF. TERMO INICIAL DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO.*

*É improcedente a fixação dos efeitos da exclusão do Simples a partir do ano de ocorrência do excesso de receitas, quando o ADE fundamenta-se em infração à legislação tributária, caracterizada pela falta de notificação da exclusão do Simples à SRF, uma vez que a lei permite que o contribuinte permaneça no regime simplificado até o final do ano em que ocorreu o excesso, devendo os efeitos da exclusão operar somente a partir do ano subsequente.*

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2001, 2002, 2003 LUCRO ARBITRADO. EXCLUSÃO DO SIMPLES. PRIMEIRO PERÍODO COM EXCESSO DE RECEITAS. APURAÇÃO PELO SIMPLES. ARBITRAMENTO IMPROCEDENTE.*

*É improcedente o arbitramento do lucro durante o primeiro ano calendário fiscalizado em que foram apurados excessos de receitas, uma vez que nesse período a pessoa jurídica tinha direito de apurar seus tributos pelo regime do Simples, sendo devido o arbitramento somente a partir do ano subsequente.*

*LUCRO ARBITRADO. FALTA DE CONTABILIDADE. RECEITA INFORMADA NAS GIAS DO ICMS Correto o arbitramento do lucro quando o contribuinte deixa de apresentar qualquer livro contábil, sendo legítima a base de cálculo apurada a partir das receitas declaradas ao fisco estadual.*

*PIS. COFINS. CSLL. DECORRÊNCIA. LANÇAMENTO REFLEXO.*

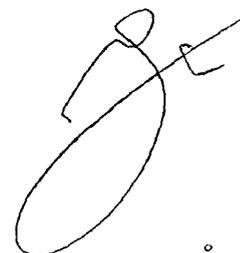
*Versando sobre as mesmas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento reflexo alusivo ao PIS, à Cofins e à CSLL o que restar decidido no lançamento do IRPJ.*

*Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Ano-calendário: 2001, 2002, 2003 COFINS. AUMENTO DE ALÍQUOTA PARA 3%. LEI 9.718/98. JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DE LEI ORDINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE HIERARQUIA DE LEIS.*

*É improcedente alegar vício de hierarquia de leis no art. 8º da Lei nº 9.718/98, que aumentou a alíquota da Cofins para 3%, eis que o STF tem pacificamente decidido tratar-se de matéria de lei ordinária, o que afasta a inconstitucionalidade do referido dispositivo.”*

Inconformado com a decisão, o contribuinte interpôs dois Recursos Voluntários, um relacionado ao Ato Declaratório Executivo (fls. 516 a 528) e outro relativo ao Auto de Infração (fls. 529 a 567). Os argumentos são, basicamente, os mesmos aduzidos em sede de primeiro grau, na Manifestação de Inconformidade e na Impugnação, já devidamente mencionados nesta decisão.

É o relatório.



## Voto

Conselheiro Carlos Pelá, Relator

Os Recursos são tempestivos.

O ponto central que permeia o ADE e o Auto é a suposta omissão dolosa de receitas por parte do contribuinte. Esta omissão foi demonstrada pelo Fisco ao cotejar as receitas informadas pelo contribuinte na Declaração Anual Simplificada com os livros de registro de ICMS – enviados pelo próprio contribuinte.

Essa suposta infração jamais foi contestada pelo Recorrente e, considerando as provas coladas aos autos, houve omissão de receitas por parte do contribuinte, durante os anos de 2001 a 2003.

Vencida esta questão – a meu ver, essencial - passo a analisar os demais pontos levantados nos recursos voluntários e de ofício.

## DO RECURSO DE OFÍCIO

### Termo inicial da exclusão do Simples

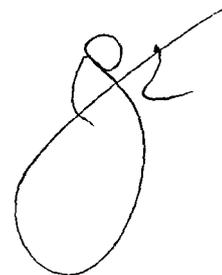
Trata-se de questão não impugnada pelo Recorrente, mas analisada no Acórdão da Delegacia de Julgamento, que resultou delimitação da exclusão do Simples tão somente para os anos-calendário de 2002 e 2003, que será objeto de apreciação desta 3ª Câmara em sede de Recurso de Ofício.

O contribuinte fora excluído do Simples pela autoridade fazendária por incorrer em prática reiterada de infração à legislação tributária (artigo 14, inciso V da Lei nº 9.317/96). Essa prática, *in casu*, correspondeu à não comunicação ao Fisco dos seguidos desenquadramentos havidos no decorrer dos três anos (artigo 13, inciso II, alínea “a” da Lei nº 9.317/96), isto é, auferiu receitas tributáveis superiores aos limites permitidos pela legislação do Simples (artigo 9ª, incisos I e II da Lei nº 9.317/96) neste período.

A decisão de primeiro grau corretamente observou que a infração é procedente tão somente a partir de janeiro de 2002. Reproduzo o trecho do acórdão:

*“A receita omitida foi constatada com base nos livros de apuração do ICMS, encaminhados pelo próprio contribuinte, às fls 47/127. Tendo o contribuinte, em todos esses anos, ultrapassado o limite de RS 1.200.000,00 estabelecido para as EPP, e se omitido na obrigação de notificar sua exclusão do Simples à SRF, incorreu em infração à legislação tributária, uma vez que a obrigação é de ordem legal, prevista no art. 13, II, “a”, combinado com art. 9º, I, todos da Lei do Simples.*

*No entanto, o ato de exclusão do Simples merece reparos no que concerne ao termo inicial dos efeitos da decisão. Acerca disso,*



*prescreve o art. 15 da Lei nº 9.317/96, que os efeitos do ato surtirão a partir do mês de ocorrência do fato, que no caso dos autos, corresponde à infração de deixar de notificar exclusão do Simples à SRF.*

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

*V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.' Ocorre que, de acordo com o disposto no art. 13, §3º, "a", o contribuinte dispõe de um prazo até o último dia útil do mês de janeiro do ano subsequente ao que ocorreu o excesso de receita bruta, para efetuar a notificação. No caso em tela, tal prazo venceria no último dia de janeiro de 2002.*

*'Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:*

*II - obrigatoriamente, quando:*

*a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;*

*§ 3º No caso do inciso II e do parágrafo anterior, a comunicação deverá ser efetuada:*

*a) até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente àquele em que se deu o excesso de receita bruta, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;' (Grifou-se) Conclui-se, portanto, que não é lícito que a exclusão retroaja ao início de 2001, como fez constar a autoridade administrativa, uma vez que ao longo de todo aquele ano não havia vencido ainda o prazo para a empresa cumprir sua obrigação de notificar a SRF de sua exclusão do Simples. Assim, se os efeitos da exclusão devem ser produzidos a partir da data de ocorrência da infração à legislação tributária, e considerando que tal infração não ocorreu em 2001, segue que nesse ano calendário o contribuinte ainda tinha o direito de apurar seus tributos pelo regime simplificado.*

*Essa conclusão pode ser obtida até mesmo mediante análise de outros dispositivos da Lei do Simples. De fato, não é razoável concluir que o contribuinte estivesse obrigado a proceder a sua exclusão do regime simplificado já a partir de outubro de 2001, quando ultrapassou o limite de receita bruta, ou mesmo em novembro do mesmo ano, que é o mês subsequente ao momento da superação do limite. O exame sistemático da lei em comento permite concluir que tal obrigação não poderia mesmo ocorrer antes do término do ano em que a receita bruta se excedeu. Na hipótese de exclusão de ofício, motivado por excesso de receita bruta, os efeitos de exclusão somente surtirão a partir do ano subsequente, conforme dicção dos art. 15, IV da Lei nº 9.317/96. Ora,*

se por ocasião de um ato de ofício, que em regra implica em medidas mais drásticas para o contribuinte, permite-se que a empresa continue a apurar seus tributos pelo Simples até o final do ano em que suas receitas superaram o limite, então não haveria lógica para exigir que o contribuinte, espontaneamente, estivesse obrigado a notificar sua exclusão antes do encerramento do ano. É nítido que o legislador pretendeu fazer uma distinção entre a situação de excesso de receitas das demais situações de impedimento ao Simples. Observe-se que, nas hipóteses de vedação ligadas à constituição da empresa ou aos sócios (art. 9º, III a X, XIV, XVII e XVIII) e à natureza da atividade (inciso XII, XIII, XIX), o termo de início da exclusão retroage ao mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nos termos do art. 15. II. Resta claro, portanto, que nas hipóteses de excesso de receita bruta, o legislador permitiu expressamente que o contribuinte continue no regime simplificado até o final do ano em que se verificou o excesso, o que significa que os efeitos da exclusão somente operarão a partir do período subsequente.”

(grifei)

Ocorre que o valor exonerado está abaixo do valor de alçada para recurso de ofício, de forma que este não deve ser conhecido.

## **DO RECURSO VOLUNTÁRIO**

### **Nulidade do Ato Declaratório Executivo nº 016 por ausência da descrição da infração**

Inicialmente, alegou o recorrente que o ADE deveria ser considerado nulo por não conter a descrição detalhada da infração que motivou a exclusão. Para tanto, informa corretamente que o processo de exclusão do Simples deve seguir as disposições do Decreto nº 70.235/72. Cita o artigo 10, inciso III:

*“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:*

.....

*III - a descrição do fato;”*

Menciona que o seu pleno direito de defesa (previsto expressamente na Constituição) foi cerceado em razão da aludida omissão.

Não prospera o argumento do recorrente.

Ocorre que, concomitante ao ADE em tela, o contribuinte tomou ciência do despacho decisório que serviu de fundamento ao Ato. Neste despacho, constavam todos os elementos de fato e de direito que levaram a autoridade administrativa a excluir o contribuinte do Simples.

Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa, uma vez que o contribuinte tem plena ciência dos fatos que levaram à sua exclusão do regime especial.



Ademais, a própria legislação citada pelo contribuinte, em seus artigos 59 e 60, prevê as causas formais que podem ensejar nulidade do Auto. Se as irregularidades formais do Auto puderem ser sanadas ou mesmo se não houver prejuízo ao direito de defesa, não terão elas o condão de causar a anulação do Ato. Para ilustrar, reproduzo os dispositivos mencionados:

*“Art. 59. São nulos:*

*I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*

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

*(...)Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.”*

(grifei)

Desta forma, o ADE não viola a ampla defesa e o contraditório do contribuinte, nem contraria o Decreto 70.235, pois o Recorrente teve ciência do despacho decisório que continha todos os elementos que embasaram a exclusão do Simples.

#### **Nulidade do Ato Declaratório nº 016 por falta de provas que o fundamentem**

O recorrente alegou, genericamente, que o ADE era carecedor de provas que comprovassem o seu fundamento. Novamente invocou a violação do contraditório e da ampla defesa.

Não vislumbro razão ao Recorrente.

Em anexo ao processo que culminou na exclusão do Recorrente do Simples, há uma série de documentos – enviados pelo próprio contribuinte – que levam a crer que, de fato, houve omissão de receitas. Vale dizer que, intimado a se explicar ou refazer sua contabilidade, o contribuinte nada fez.

Assim, o Ato Declaratório está devidamente acompanhado de provas (não contestadas), consubstanciadas nos livros de registros de ICMS, que demonstram a ocorrência de omissão de receitas.

#### **Nulidade do Ato Declaratório Executivo nº 016 por falta de indicação horário e local da lavratura e do número da matrícula do agente**

O Recorrente invoca o Decreto nº 70.235/72 para requerer a nulidade do ADE. Levanta a ausência de requisitos formais, exigidos nos documentos que formalizam os Autos de Infração, quais sejam: indicação de horário e local da lavratura e número da matrícula do agente.

A exigência está prevista no artigo 10 do Decreto em referência, *verbis*:

*“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:*

.....  
*II - o local, a data e a hora da lavratura;*

.....  
*VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”*

Novamente não vislumbro prejuízo ao Recorrente e procedência no argumento.

A ausência de certos requisitos formais, quando não se traduzem em qualquer tipo de prejuízo ao contribuinte no seu pleno direito de defesa, não causa a anulação do ato administrativo.

Neste sentido, reproduzo novamente os artigos 59 e 60 do Decreto que reforçam este conceito:

*“Art. 59. São nulos:*

*I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*

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

*(...)Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.”*

(grifei)

### **Impossibilidade da exclusão “retroativa” do Simples**

Aduz o Recorrente que Ato Declaratório Executivo, ao impor a exclusão do contribuinte do Simples para a partir do ano-calendário de 2001, viola o Princípio da Irretroatividade (Artigo 150, inciso III, alínea “a”).

O Princípio invocado, uma das materializações do Sobre-Princípio da Segurança Jurídica, impede que sejam criados tributos que incidam sobre fatos jurídicos havidos no passado.

Não é o que ocorre *in casu*.

O ADE tem natureza declaratória – e não constitutiva. O conteúdo da norma reconheceu que o contribuinte não preenchia determinados requisitos que o permitiriam usufruir um regime especial de apuração de tributos (o Simples). Por não preencher tais

requisitos, o contribuinte deveria apurar e recolher os tributos pelo regime ordinário (Lucro Real).

Assim, a norma em comento não pretendeu **criar** uma exação que atingisse fatos imponíveis passados, mas tão somente **reconheceu** (declarou) que o contribuinte não poderia, naquele período, usufruir do regime de apuração do Simples.

Como a Lei que instituiu o regime de apuração pelo Lucro Real é pretérita aos exercícios mencionados no Ato Declaratório, não há que se falar em violação ao Princípio da Irretroatividade.

Ademais, a DRJ, ao analisar a impugnação do ora Recorrente, entendeu que a exclusão se operaria apenas a partir do exercício seguinte – 2202 – àquele em que o excesso foi verificado.

### **Nulidade do Auto de Infração por ser formalizado antes do julgamento da Manifestação de Inconformidade**

O Recorrente argumenta que o Auto de Infração deveria ser considerado nulo, pois foi formalizado antes do julgamento da Manifestação de Inconformidades que contestava o Ato Declaratório Executivo que o excluiu do Simples.

Alega que o lançamento não poderia ter-se realizado enquanto a Receita Federal não expedisse uma decisão final sobre a exclusão do contribuinte do Simples. Reforça que o Auto contém infrações que só lhe seriam imputáveis caso venha a ser realmente excluído do Simples, como omissão na entrega de DCTF, falta de apuração de tributos pela sistemática do Lucro Real, etc.

Aduz ainda que a Manifestação de Inconformidade subsume-se ao disposto no artigo 151, inciso III do CTN, isto é, é uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Outrossim, sustenta que a formalização do Auto, no trâmite da Manifestação de Inconformidade violaria as prerrogativas constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Trata-se do aspecto mais relevante suscitado na Impugnação.

Qual a natureza jurídica da Manifestação de Inconformidade? Seria hipótese de suspensão de exigibilidade do crédito tributário prevista no artigo 153, III do CTN? Teria o condão de impedir o procedimento fiscalizatório, realizado com base no ADE (exclusão do Simples)? Poderia impedir a formalização do lançamento, realizado com base na exclusão do Simples?

Em uma análise mais profunda, concluo que a Manifestação de Inconformidade seria sim hipótese de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, isto é, subsume-se ao artigo 153, inciso III do CTN.

Não obstante, o referido recurso não tem o condão de impedir o procedimento fiscalizatório e a conseqüente formalização do lançamento com base no Ato que decidiu pela exclusão do Simples. Ou seja, pode o Fisco lavrar Auto de Infração em face de contribuinte excluído do Simples com base na sistemática ordinária de apuração de tributos (Lucro Real).

Objetivamente, não há base legal que impeça a fiscalização e o lançamento.

Até porque, o Ato Declaratório Executivo que formaliza e exclusão é uma decisão definitiva, sujeita a recurso, ao duplo grau de jurisdição, mas é uma decisão definitiva de mérito, é a posição da Delegacia da Receita Federal

Nesta linha, é legítima a fiscalização e a autuação do contribuinte pela sistemática do Lucro Real. Na hipótese de omissão, é lícito o arbitramento do lucro na forma do direito posto.

Isto posto, considero improcedente a alegação de nulidade do Auto de Infração, por ainda persistir o julgamento da Manifestação de Inconformidade.

Ocorre que o Auto de Infração, resultante desta fiscalização, deveria ser lavrado com exigibilidade suspensa, pois sua matéria é objeto de análise de recurso administrativo, em cumprimento ao disposto no artigo 153, III do CTN.

No caso, como existe, concomitantemente, Impugnação ao Auto de Infração, o crédito tributário está suspenso, não havendo, portanto, reparos a ser feito ao lançamento.

**Nulidade do Auto de Infração, pois o Ato Declaratório não teria efeitos imediatos por não ser “ato normativo”**

O Recorrente assevera que o Ato Declaratório Executivo que exclui o contribuinte do regime do Simples não seria um ato normativo e, por esta razão, a sua aplicabilidade não seria imediata.

Como fundamento, explica que uma norma deveria ser “geral e abstrata”, o que não ocorre no ADE *in casu*, que tem eficácia adstrita a um contribuinte.

A discussão não é producente, nem tem relevância ao caso.

De toda forma, torna-se válido explicitar que, sob este aspecto, temos quatro tipos de normas: (i) geral e abstrata; (ii) geral e concreta; (iii) individual e abstrata e (iv) individual e concreta.

O Ato Declaratório que exclui o contribuinte do Simples é uma norma individual, pois direcionada a um único contribuinte e concreta, pois se refere fatos efetivamente ocorridos no plano real.

Não obstante, é o sistema legal que define se a eficácia de uma norma é ou não imediata – e não o fato de a norma ser individual e concreta.

**Impossibilidade de julgamento conjunto da Manifestação de Inconformidade e Auto de Infração**

Argüi o Recorrente que o fato de os processos que analisam a Manifestação de Inconformidade e a Impugnação ao Auto de Infração tramitarem conjuntamente prejudicaria seu pleno direito de defesa.

Sustenta que os processos deveriam correr separadamente.



A assertiva não prospera.

A concomitante existência dos processos de Manifestação de Inconformidade e Impugnação ao Auto de Infração não tem o condão de cercear o direito de defesa do contribuinte. Ademais, o fato dos referidos processos tramitarem conjuntamente apenas facilita a análise de ambos, que têm suas matérias diretamente interligadas.

### **Nulidade do Auto de Infração, pois a autuação teria sido realizada para prevenir a decadência**

O Recorrente expõe a tese de que o Auto de Infração somente foi formalizado para prevenir a decadência dos créditos tributários em discussão. E que esta autuação teria prejudicado seu direito de defesa.

O argumento não tem relevância jurídica. Conforme exposto acima, não vislumbro impedimento legal ou prejuízo no fato do Auto de Infração ser formalizado concomitantemente ao trâmite do processo que analisa a exclusão do contribuinte do Simples.

O momento e a conveniência do lançamento competem tão somente à autoridade fazendária e são irrelevantes para a solução da presente lide.

### **Nulidade do Auto de Infração por impossibilidade da exclusão “retroativa” do Simples**

Novamente, o Recorrente alega que o ADE teria violado o Princípio da Irretroatividade, razão pela qual o Auto de Infração deveria ser considerado nulo.

Já enfrentei a questão no momento da análise do Recurso relacionado ao ADE, quando conclui pela improcedência do argumento.

### **Nulidade do Auto de Infração por falta de indicação de prazo de conclusão da fiscalização**

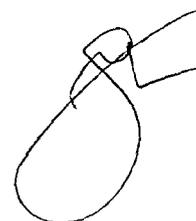
Sustenta o recorrente que o Auto de Infração deve ser declarado nulo, pois o termo de intimação não possui indicação de prazo de conclusão do procedimento fiscalizatório, como recomenda o artigo 196 do CTN, transcrito abaixo:

*“Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.”*

A falta de certos requisitos meramente formais, quando não prejudicam o pleno direito de defesa do contribuinte, não é suficiente para determinar a nulidade do ato.

Não obstante, o Mandado de Procedimento Fiscal estabelece o período de fiscalização.

Portanto, improcedente a alegação do Recorrente.



Em suma, as preliminares argüidas à exaustão pelo Recorrente se baseiam em argumentos vazios e contraproducentes, a dificultar o julgamento, de sorte que não merecem acolhida.

### **Impossibilidade de imputação de multa agravada**

Aduz o recorrente que é incabida a multa agravada, tendo em vista que não se recusou a atender a fiscalização, ao contrário, teria atendido prontamente todas as intimações do Fisco.

O argumento merece análise minuciosa.

Fato é que o contribuinte deixou de declarar ao Fisco a existência de receitas tributáveis da autoridade fazendária. Esta omissão, embora proposital, não foi realizada com dolo. Não é que a prova dos autos deixa entrever.

A Jurisprudência do extinto Conselho de Contribuintes assentou, conforme se observa do voto do ilustre ex-Conselheiro Alexandre Barbosa Jaguaribe, no voto proferido do acórdão 103-23.614, que "...a fraude se consuma no fato gerador do tributo e não em momentos posteriores, tais como a ausência de declaração, ou a declaração a menor do tributo, etc., tais fatos não atingem o fato gerador, que é o objeto do tipo. Partindo-se da premissa albergada no nosso ordenamento jurídico, no sentido de que quem acusa tem o dever de provar, e de que ninguém pode ser acusado sem provas e sem que lhe seja dado o direito de opor-se e apresentar prova em contrário, impõe-se à exigência de que cabe a autoridade fiscal apresentar as provas, irrefutáveis, da conduta configurada na lei. Neste sentido, a lei exige que o intuito de fraude e sonegação seja evidente, que aflore com tal clareza que não se possa suscitar dúvidas acerca da má fé nos atos praticados, com o inequívoco propósito de violar a lei. E, não ficou comprovado nos autos o evidente intuito de fraude definido nos artigos. 71, 72 e 73, da Lei n. 4.502/64, como, também, não há nos autos qualquer indício de que tenha havido o intuito de fraude, nos moldes definidos em lei, na conduta da, ora recorrente, que foi a de omitir receitas."

Assim, é de se dar provimento ao recurso para reduzir a multa de lançamento de ofício ao seu patamar normal de 75%.

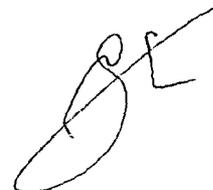
### **Impossibilidade de utilização da Taxa Selic para atualização dos débitos**

O Recorrente alega que a Taxa Selic não poderia ser utilizado peça Fazenda para atualizar seus créditos tributários.

Para tanto, argumenta que a taxa de juros deveria ser instituída por intermédio de Lei Complementar, com base no artigo 146, inciso III, alínea "b", pois se inseriria na expressão "crédito", constante no referido dispositivo, *verbis*:

*Art. 146. Cabe à lei complementar:*

.....



III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

.....

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários:

Mais uma vez não prospera a tese do Recorrente.

O que deve ser regulamentado por Lei Complementar, segundo a CF, são aspectos relacionados à conformação do crédito tributário – e não a forma de atualização, em caso de não pagamento do crédito.

De toda forma, a aplicabilidade da Taxa Selic na atualização de créditos tributários já é assunto pacificado neste 1º Conselho de Contribuintes, que culminou com a edição da Súmula n° 4. Cito, como precedente, o Recurso n° 162.204 da 6ª Câmara, deste Conselho:

*“JUROS DE MORA - ATUALIZAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS PELA TAXA SELIC - POSSIBILIDADE - No âmbito dos Conselhos, pacífica a utilização da taxa Selic, quer como juros de mora a incidir sobre crédito tributário em atraso, quer para atualizar os indébitos do contribuinte em face da Fazenda Federal. Entendimento em linha com o enunciado da Súmula 1º CC n° 4: "A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais". Com espeque art. 53 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF n° 147, de 25 de junho de 2007, deve-se ressaltar que o enunciado sumular é de aplicação obrigatória no âmbito dos julgamentos de 2º grau.”*

### **Ilegalidade do aumento da COFINS pela Lei n° 9.718/98**

O ora Recorrente argüi a ilegalidade do aumento da alíquota do COFINS, por intermédio da Lei n° 9.718/98.

Para tanto, menciona que a alíquota de 2% foi instituída pela Lei Complementar n° 70/91. E, como aumento se deu por meio de uma lei ordinária, tal alteração padeceria de vício incontornável, pois violaria o “Princípio da Hierarquia das Normas”.

Não cabe ao Conselho analisar constitucionalidade das leis.

### **Inconstitucionalidade da alíquota adicional da CSLL**

Invoca o interessado, a inconstitucionalidade da alíquota adicional da Contribuição Social sobre o Lucro, instituída pela Medida Provisória n° 1.807, de 28/01/99 (atual MP 2.158-35).

Aduz que aludida MP não poderia “regulamentar” o artigo 195 da Lei Maior, alterado pela Emenda Constitucional n° 20/98.



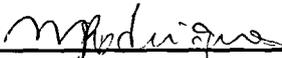
MINISTÉRIO DA FAZENDA  
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS  
SEGUNDA CÂMARA - PRIMEIRA SEÇÃO

PROCESSO : 10920.000393/2006-27

**TERMO DE INTIMAÇÃO**

Intime-se um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, da decisão supra, nos termos do art. 81, § 3º, do anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009.

Brasília 28 de junho de 2011.

M	
F	
C	
A	Maria Conceição de Sousa Rodrigues
R	Secretária da Segunda Câmara da
F	Primeira Seção

**Ciência**

Data: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Nome:  
Procurador(a) da Fazenda Nacional

**Encaminhamento da PFN:**

- apenas com ciência;
- com Recurso Especial;
- com Embargos de Declaração.