



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

Processo nº 10920.722288/2011-18
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1803-002.370 – 3ª Turma Especial
Sessão de 24 de setembro de 2014
Matéria LUCRO PRESUMIDO
Recorrente PLANETA CENTRO CULTURAL DE IDIOMAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2008

DESISTÊNCIA.

No caso de desistência, pedido de parcelamento, confissão irretratável de dívida e de extinção sem ressalva de débito, estará configurada renúncia ao direito sobre o qual se funda o recurso interposto pelo sujeito passivo, inclusive na hipótese de já ter ocorrido decisão favorável ao recorrente, descabendo recurso da Procuradoria da Fazenda Nacional por falta de interesse.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora e Presidente

Composição do colegiado. Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Rodrigues Mendes, Arthur José André Neto, Antônio Marcos Serravalle Santos, Henrique Heiji Erbano, Meigan Sack Rodrigues e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/JOI nº 6, de 01 de fevereiro de 2012, fl. 71, com efeitos a partir de 01.07.2007, com base nos fundamentos de fato e de direito indicados:

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM JOINVILLE, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do art. 295 do Regimento Interno, aprovado pela Portaria MF nº 587, de 21 de dezembro de 2010, e o art. 33 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e considerando o disposto no § 1º do art. 75 da Resolução nº 94, de 29 de novembro de 2011, do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), e o apurado no Processo nº 10920.722288/2011-18, declara:

Art. 1º Excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional – a pessoa jurídica PLANETA Centro Cultural de Idiomas, CNPJ nº 03.806.162/0001-00, em virtude da prática de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, sendo vedada sua opção por aquele regime diferenciado nos termos do inciso XI do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Art. 2º A exclusão surtirá efeito a partir de 1º de julho de 2007, conforme disposto no § 1º do art. 29 e no § 5º do art. 31 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Art. 3º Poderá a pessoa jurídica apresentar, no prazo de trinta dias contados a partir da ciência deste Ato Declaratório Executivo, manifestação de inconformidade junto ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis-SC, nos termos do Decreto nº 70.235, de 7 de março de 1972 - Processo Administrativo Fiscal (PAF), e suas alterações posteriores, assegurando, assim, o contraditório e a ampla defesa.

Art. 4º Não havendo manifestação no prazo acima, a exclusão tornar-se-á definitiva.

Art. 5º O presente Ato entrará em vigor na data de sua publicação.

KLEBS GARCIA PEIXOTO JUNIOR

Consta no Despacho Decisório, fls. 69-70:

Segundo a Representação Fiscal para Exclusão de Ofício do Simples Nacional no curso de procedimento fiscal foi constatada a obtenção de receitas decorrentes da “tradução de textos” nos registros da empresa desde o mês de janeiro de 2007 o que caracteriza desrespeito à legislação vigente, sujeitando a infratora à exclusão do regime diferenciado do Simples Nacional (Lei Complementar nº 123/2006). [...]

Confirmada prática de atividade vedada à opção entre os meses de janeiro e junho de 2007 deve a empresa ser excluída retroativamente a 1º de julho de 2007.

Em face do exposto, com base na documentação anexada ao presente processo e considerando a legislação que rege a matéria (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006), conclui-se pela necessidade da exclusão de ofício da empresa do Regime Diferenciado do Simples retroativa a 1º de julho de 2007, pelo exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural,

que constitua profissão regulamentada ou não, vedada para opção por aquele regime diferenciado.

Autos de Infração

I - Contra a Recorrente acima identificada foi lavrado o Auto de Infração às fls. 177-188, com a exigência do crédito tributário no valor de R\$118.826,68 a título de Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), juros de mora e multa de ofício proporcional apurado pelo regime de tributação com base no lucro presumido referente aos terceiro e quarto trimestres do ano-calendário de 2007 e aos quatro trimestres dos anos-calendário de 2008 e de 2009.

O lançamento fundamenta-se na omissão de receitas da atividade, cuja apuração foi efetivada a partir informações constantes na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – Simples (DSPJ – Simples) consolidadas no Extrato do Simples Nacional, fls. 11-14.

O lucro presumido pertinente à prestação de serviços, fls. 59-62, foi calculado pelo coeficiente é de 32% (trinta e dois por cento) incidente sobre a receita bruta auferida. Essa foi a opção de regime de tributação expressa pela Recorrente em 19.10.2011 em resposta à Intimação Fiscal, fls. 02-05.

Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: art. 224, art. 518 e art. 519 do Regulamento do Imposto de Renda constante no Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR, de 1999).

Em decorrência de serem os mesmos elementos de provas indispensáveis à comprovação dos fatos ilícitos tributários foram constituídos os seguintes créditos tributários pelos lançamentos formalizados neste processo:

II – O Auto de Infração às fls. 189-200 a exigência do crédito tributário no valor de R\$71.295,95 a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), juros de mora e multa de ofício proporcional.

Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: art. 2º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, art. 2º da Lei nº 8.034, de 12 de abril de 1990, art. 24 da Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 22 da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, art. 37 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, art. 29 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e art. 17 da Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008.

III - O Auto de Infração às fls. 201-213 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$16.166,04 a título de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), juros de mora e multa de ofício proporcional.

Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: art. 2º, art. 8º e art. 9º da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, art. 1º e art. 3º da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995 e art. 2º e art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998.

IV – O Auto de Infração às fls. 214-226 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$74.614,44 a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), juros de mora e multa de ofício proporcional.

Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, art. 2º, art. 3º, e art. 8º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, art. 24 da Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 41 da Lei nº 11.196, de 21.11.2005 e art. 2º da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

Cientificada, a Recorrente apresenta a manifestação de inconformidade, fls. 76-90 e a impugnação, fls. 238-258, com as alegações abaixo transcritas.

Faz um relato sobre a ação fiscal e suscita que:

Trata-se de 04 Autos de Infração alusivos a cobrança de PIS, COFINS, IRPJ e CSLL (cópia anexa) decorrentes da exclusão do Simples da Impugnante. Foi utilizada como base de cálculo a receita bruta da Impugnante, uma vez que antes da lavratura do auto de infração lhe foi oferecida a opção pelo Lucro Presumido. A Impugnante respondeu que não concordaria com a exclusão, mas, se fosse excluída, optaria pelo lucro presumido. Foi aplicada sobre o principal, multa de 75%.

Na apuração do montante, que perfaz R\$280.903,11, não foram compensados os valores declarados/pagos no Simples Nacional.

A Impugnante apresenta sua defesa em duas partes.

Na primeira trata dos elementos específicos do auto de infração e, na segunda, transcrevem-se e ratificam-se as mesmas razões da Manifestação de Inconformidade contra o ato de exclusão do Simples, uma vez que não há decisão administrativa definitiva em relação à citada exclusão.

1ª PARTE [AUTOS DE INFRAÇÃO]

DA IMPOSSIBILIDADE DO LANÇAMENTO - PROCESSO DE EXCLUSÃO SOB RECURSO

Como já demonstrado na narração dos fatos que amparam a notificação impugnada, o Auditor Fiscal procedeu ao lançamento tributário.

Todavia, como também já visto, a Impugnante ainda não foi excluída do Simples, pois apresentou manifestação de inconformidade em face Ato Declaratório de Exclusão que não foi julgada. Por tal razão, a referida exclusão não esta consumada.

Portanto, o Auditor Fiscal ao considerar a Impugnante excluída do Simples, antes mesmo do julgamento definitivo sobre a questão, desrespeitou o princípio constitucional da presunção da inocência (ninguém será considerado culpado antes de decisão final sobre a questão).

Também houve ofensa à Garantia Constitucional de Ampla Defesa (art. 5º, LV, CF/88). [...] Ainda, ato desse jaez contraria o disposto no art. 151, III, do CTN, que determina a suspensão da exigibilidade do crédito tributário com as reclamações e recursos administrativos. [...]

Assim, pugna-se pela nulidade de todo o procedimento fiscal impugnado, tendo em conta que a autoridade fiscal impôs à Impugnante exigência fiscal amparada na sua exclusão do SIMPLES sem que esse fato fosse consumado.

DA NULIDADE QUANTO AO INSTRUMENTO UTILIZADO

Conforme se denota, para fins de constituição do crédito tributário foram utilizados Autos de Infrações.

Todavia, o Auto de Infração é meio próprio tão-somente para aplicação de penalidades, não para a constituição de crédito tributário [art. 10 e art. 11 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972].

Destarte, o "auto de infração" é procedimento para aplicação de "penalidade", já a "notificação de lançamento" o meio próprio para constituir "crédito tributário".

Como a constituição do crédito tributário se dá por ato administrativo plenamente vinculado (arts. 3º e 142 do CTN), com o devido respeito à competência, finalidade e forma, deve ser anulado o ato que descumpra a forma exigida em lei. [...]

Dessa maneira, por desrespeito à forma exigida em lei, requer-se a anulação do Auto de Infração. Caso seja mantido, vindica-se, sucessivamente, sejam eles mitigados para constar apenas as penalidades.

DA INAPLICABILIDADE DA MULTA/MITIGAÇÃO

Conforme se denota nos Autos de Infração, foi aplicada multa de 75% com fulcro no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007. [...]

Contudo, o Fisco não especifica em momento algum, seja no Auto de Infração, seja no Relatório De Atividade Fiscal, qual ação prevista na norma que deu origem a multa. Existem nela diversos fatos típicos: falta de pagamento ou recolhimento, falta de declaração ou, ainda, de declaração inexata.

Tais fatos impossibilitam o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, fato que enseja na nulidade da infração. Inclusive nenhuma ação da Manifestante se enquadra em qualquer hipótese do artigo. Mesmo que existisse algo que se assemelhasse não se aplicaria [...] o art. 112 do CTN.

Inclusive, não existe norma específica que trate de tal penalidade em relação ao SIMPLES que possui características bastante específicas.

Ademais, houve recolhimento dos tributos dentro do Simples Nacional. Eventual imposição de multa deveria, no máximo, incidir sobre a diferença entre o IRPJ+CSLL (lucro presumido) + PIS + COFINS (cumulativos) e os valores efetivamente pagos ao Simples Nacional, conforme prevê a própria regra citada no auto de infração.

Assim, deve ser cancelada a penalidade. Máxime, vindica-se seja mitigada a base de cálculo, considerando-se nesta, tão somente, a diferença do valor recolhido no regime diferenciado e favorecido e o valor apurado pelo fisco.

2ª PARTE [ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO] [...]

DA NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO PELA FALTA DA IDENTIFICAÇÃO DA AUTORIDADE QUE O EXPEDIU:

O ato de exclusão do Simples é nulo, visto que não identifica precisamente a autoridade que o expediu [art. 10 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972]. [...]

Segundo a Súmula 1, do [...] CARF: É nula por vício formal, a notificação de lançamento que não contenha a identificação da autoridade que a expediu.

Este requisito formal, indicador da matrícula do servidor, é fundamental na medida em que fundamenta a capacidade e competência do agente que lavra o ato administrativo.

Portanto, independentemente da análise do mérito, requer-se a nulidade do ADE (Ato Declaratório Executivo) impugnado.

DA AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO PRECISA DA INFRAÇÃO

Aduz o Fisco no ADE (Ato Declaratório Executivo) que a exclusão decorre "...em virtude da prática de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, sendo vedada sua opção por aquele regime diferenciado...". Note-se que não houve a individualização dos fatos que geraram a exclusão.

Não se pode olvidar que, principalmente, os atos implicativos de sansão ou restrição de direitos devem ser devidamente fundamentados para que se possibilite o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LVI da CF).

Quanto ao processo administrativo, também há que se observar que o Constituinte não circunscreveu tais garantias no plano do processo judicial. Estendeu-as, também, ao contencioso administrativo, instrumento pelo qual a administração procede ao controle da legalidade de seus próprios atos.

Inclusive, a Lei nº 9.784/1999 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) reconhece estes princípios:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito; (...)

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; [...]

Conforme se denota no ADE não consta a razão específica de fundamentação da exclusão fato que torna nulo tal ato restritivo de direitos.

DA AUSÊNCIA DE PROVA

Não consta no processo administrativo prova de que a Manifestante tenha praticado qualquer ato que implique em sua exclusão do regime simplificado.

É cediço que o processo administrativo é ato formal que deve conter todos os elementos e provas de convencimento da autoridade administrativa. A inexistência culmina em sua nulidade.

Portanto, por ausência de provas no processo administrativo deve ser cancelado o ato de exclusão.

DA DESPROPORCIONALIDADE E IRRAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DO ATO PUNITIVO

O tema da eficácia dos princípios constitucionais não é estreito. Os princípios são as prescrições jurídicas mais importantes do ordenamento jurídico, vez que conformam o sentido das normas interpretadas, e por tal razão se distinguem das demais. "Logo, desobedecer um princípio é muito mais grave que desobedecer uma Simples norma [...]"

"Por isto mesmo o princípio jurídico tem grande importância como diretriz para o hermeneuta. Na valoração e na aplicação dos princípios jurídicos.

Portanto, "É o princípio que iluminará a inteligência da Simples norma; que esclarecerá o conteúdo e os limites da eficácia das normas constitucionais esparsas, as quais têm que harmonizar-se com ele.

Para fins de facilitar o entendimento dessa exegese Constitucional, impende trazer à baila considerações atinentes aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que visam justamente facilitar o trabalho do hermeneuta.

A Lei nº 9.784/1999 tratou da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios, conforme o art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei nº 9.784/1999, abaixo:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

Tanto o princípio (ou postulado) da proporcionalidade quanto da razoabilidade estão feridos no caso em apreço. Vejamos:

Muito embora não tenha sido carreada prova aos autos, o Fisco, no corpo do processo administrativo, aduz que foi constatada a obtenção de receitas decorrentes de tradução de textos sujeitando a infratora à exclusão do Simples Nacional. Consta na planilha de fls. 60, tabela com receitas de tradução de texto, cópia em anexo.

Ocorre que, se confrontada referida tabela com os extratos do Simples Nacional contidos às fls. 11/14, cópia em anexo, o total das receitas com tal atividade é diminuto em relação ao faturamento. [...]"

Por exemplo, por amostragem: no mês de setembro/2007 haveria uma receita referente à tradução de texto de R\$569,60, enquanto que o faturamento no mesmo período foi de R\$22.917,48; no mês de março/2008 haveria uma receita referente a tradução de texto de R\$128,00, enquanto o faturamento foi de R\$72.822,18. Além disso, no ano de 2009 consta uma única receita de R\$650,00 em Janeiro.

Tais fatos demonstram que, mesmo que se admitisse que tal atividade fosse impeditiva ao regime diferenciado e favorecido, referem-se a uma fração extremamente pequena em relação à atividade não impeditiva (ensino de idiomas).

Além disso, é evidente que uma escola de idiomas tem muitos alunos e que o volume de trabalho é muito superior ao de tradução de textos. Inclusive se junta RAIS do período que demonstram elevada quantidade de funcionários, entre eles, certamente, diante da natureza da atividade de professores. [...]

Ou seja, no caso concreto, identificou-se que, segundo o senso comum, próprio da razoabilidade como equidade, importação diminuta dentro do contexto fático não poderia ensejar a exclusão do Simples, mesmo que houvesse ocorrido a incidência do fato à norma. [...]

De outro lado, a finalidade da norma criadora do Simples está expressa no art. 179 da Constituição Federal, quando estabelece que a simplificação das obrigações tributárias para as microempresas e empresas de pequeno porte visa a incentivá-las. Ou seja, o povo brasileiro quer estimular o nascimento e a manutenção de microempresas e empresas de pequeno porte.

Não deseja que o país mantenha apenas grandes empresas, pertencentes a grandes grupos econômicos. Esse é o fim da norma.

De outra banda, todas as causas listadas na LC nº 123/2006 que excluem as ME e EPP do Simples tratam de descumprimento da própria lei. Ou seja, haverá o tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP. Porém, se tais empresas forem infratoras da norma, não receberão tal tratamento, pois prejudicarão às demais cumpridoras das regras.

No caso concreto, é perceptível, pela diminuta quantidade de traduções indicadas e pela atividade principal do contribuinte que não houve intenção de fraudar a lei.

Ademais, veja-se que a atividade de ensino de línguas estrangeiras, permitida de opção pelo SIMPLES (art. 18, § 5º-B, I, LC nº 123/2006), é desenvolvida pelas mesmas pessoas e com a mesma técnica que a atividade de tradução. Mostra-se, por evidente, que o contribuinte sequer conhecia a ilicitude do fato.

Dessa forma, a exclusão do Simples como meio para excluir os descumpridores da lei do SIMPLES não é proporcional em sentido estrito, no caso concreto, porque não promove o fim da norma (punir as ME e EPP infratoras) e ainda restringe a finalidade do próprio Sistema diferenciado e favorecido, que é incentivar a existência de microempresas e empresas de pequeno porte. A exclusão do contribuinte do SIMPLES no caso concreto não alcançará a finalidade da norma.

Portanto, haverá o descumprimento do postulado da proporcionalidade e do art. 2º, VI, da Lei nº 9.784/1999.

Logo, em virtude da desproporcionalidade entre o fato e a consequência da norma, bem como da ausência de razoabilidade, vindica-se seja julgada improcedente a exclusão do contribuinte do SIMPLES.

No mínimo, vindica-se a não exclusão quanto ao exercício de 2009 já que foi constatada uma única receita diminuta de tradução de textos no período.

DO ERRO INEVITÁVEL SOBRE A ILICITUDE DO FATO.

Não é demais repisar que, considerando a similaridade das atividades de ensino de línguas estrangeiras e traduções, realizadas pelas mesmas pessoas e com as mesmas técnicas, tornou-se inevitável o erro sobre a ilicitude do fato. O contribuinte, por óbvio, desconhecia a vedação da prática da atividade (se é que praticou). [...]

Portanto, em virtude do erro inevitável sobre a ilicitude do fato, requer-se seja julgada improcedente a exclusão do contribuinte do Simples.

DA LIMITAÇÃO DO PERÍODO DE EXCLUSÃO

Ademais, o ato declaratório de exclusão estabelece que o ato, caso mantido, surtirá efeito a partir de 1º de julho de 2007. Todavia, não estabelece até qual momento os efeitos da exclusão serão aplicados.

Caso seja mantida a exclusão do Simples, o que a Manifestante não acredita, requer que a exclusão seja limitada ao último dia do ano-calendário em que a referida situação deixou de existir, conforme art. 31, §5º da LC Nº 123/2006 /2006.

DA RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DOS VALORES PAGOS NO SIMPLES

Por fim, é certo que houve o recolhimento de valores por meio do Simples e, se mantida a exclusão, ocorreu o recolhimento indevido de tributos, que é passível de restituição, conforme art. 165, I, do CTN [...]. Requer-se, assim, a restituição dos valores recolhidos indevidamente.

Preferencialmente, que os valores recolhidos a maior sejam compensados com débitos próprios do contribuinte, vencidos ou vincendos, conforme autoriza o art. 74 da Lei 9.430/1999 [...].

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui que:

Diante do exposto, a Impugnante requer o recebimento da presente Impugnação, para que:

- 1) Sejam anulados e/ou julgados improcedentes os Autos de Infração, nos termos da fundamentação;
- 2) Sejam anulados e/ou julgados improcedentes os Autos de Infração, em virtude do instrumento utilizado ser inadequado, nos termos da fundamentação;
- 3) Seja cancelada ou mitigada as multas constantes nos Autos de Infração, nos termos da fundamentação;
- 4) Seja anulado o ato declaratório de exclusão do Simples;

5) Caso não seja anulado o ato, que seja julgada improcedente a exclusão do Simples;

6) Caso seja mantida a exclusão do Simples, que a exclusão seja limitada ao último dia do ano-calendário em que a referida situação deixou de existir, conforme art. 31, § 5º da LC nº 123/2006 e os dados constantes neste processo administrativo, preferencialmente mitigado até o exercício de 2008, nos termos da fundamentação (uma única nota);

7) Caso seja mantida a exclusão do Simples, que sejam restituídos os valores indevidamente pagos pelo contribuinte no período em que ficar definida a exclusão, preferencialmente autorizando a compensação dos valores indevidamente recolhidos com débitos próprios, vencidos ou vincendos.

Está registrado como ementa do Acórdão da 2ª TURMA/DRJ/CGE/MS nº 04-33.526, de 17.09.2013, fls. 374-381:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE IMPEDITIVA. PRÁTICA DE ATIVIDADE INTELECTUAL. TRADUÇÃO.

É de se excluir do Simples Nacional a empresa que presta serviços de tradução, a qual se enquadra dentre as atividades de natureza intelectual para as quais é vedada a opção, nos termos da legislação de regência.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

TRIBUTAÇÃO. LUCRO PRESUMIDO.

Mantida a exclusão da empresa do Simples Nacional, é de se manter a tributação com base no Lucro Presumido, conforme sua opção.

AUTUAÇÕES REFLEXAS: CSLL, CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP E COFINS.

Aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Notificada em 15.10.2013, fl. 388, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 23.10.2013, fls. 390-423, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge reiterando os argumentos apresentados na manifestação de inconformidade e na impugnação.

Faz um relato sobre a ação fiscal discordando do entendimento exarado pela autoridade de primeira instância de julgamento:

A Recorrente apresentou manifestação de inconformidade em relação ao Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples, alegando:

- a nulidade do ADE pela falta da identificação da autoridade que o expediu, violando o Decreto nº 70.235/1972;

- ausência da descrição precisa da infração no ADE, não havendo a individualização dos fatos que geraram a exclusão, o que impossibilita o correto exercício do contraditório e ampla defesa;

- ausência de provas;

- houve desproporcionalidade e irrazoabilidade na aplicação do ato punitivo, pois as receitas oriundas da tradução de textos são muito diminutas em relação ao faturamento total da Recorrente;

- houve erro inevitável sobre a ilicitude do fato, vez que ambas atividades (ensino de línguas e traduções) são similares;

- os efeitos do período de exclusão devem se limitar ao último dia do ano-calendário em que a referida situação deixou de existir (art. 31, § 5º da LC nº 123/2006);

- caso seja mantida a exclusão, que haja compensação/restituição dos valores pagos no Simples. [...]

A Recorrente não concordando com a exigência fiscal, apresentou Impugnação Administrativa em relação aos Autos de Infração alegando, em suma:

- foi considerada excluída do Simples Nacional antes mesmo de haver o julgamento definitivo sobre a questão, pois apresentou Manifestação de Inconformidade contra o ADE;

- o Auto de Infração não é o meio próprio para constituição de crédito tributário;

- foi aplicada multa de 75%, porém não houve especificação de qual seria a ação prevista na norma que deu origem a multa;

- ratificou as teses levantadas na manifestação de inconformidade contra o ADE de exclusão do Simples.

Foi proferida decisão [...] julgou procedente em parte a Manifestação de Inconformidade, somente para limitar os efeitos da exclusão do Simples Nacional até 31/12/2009, e improcedente a Impugnação aos Autos de Infração.

DA LIMITAÇÃO DO PERÍODO DE EXCLUSÃO

A decisão recorrida julgou parcialmente procedente a manifestação de inconformidade para declarar que "a receita da atividade vedada foi apurada até Janeiro de 2009. Logo, não tendo sido demonstrada a ocorrência de receitas após essa data, é de se limitar os efeitos do ADE a 31/12/2009" conforme art. 31, § 5º da LC nº 123/2006.

Todavia, no demonstrativo de débito que acompanha o acórdão, há parcelas com vencimento em janeiro de 2010.

Dessa maneira, requer que referidas parcelas sejam canceladas/excluídas, tendo em vista que houve limitação dos efeitos da exclusão do SIMPLES a 31/12/2009.

DA NULIDADE QUANTO AO INSTRUMENTO UTILIZADO

Conforme se denota, para fins de constituição do crédito tributário foram utilizados Autos de Infrações. Porém, o Auto de Infração é meio próprio tão-somente para aplicação de penalidades, não para a constituição de crédito tributário.

Contudo, o acórdão recorrido aduz que "o Auto de infração é instrumento utilizado pelo auditor-fiscal para constituir o crédito tributário, cujo exercício lhe é privativo. (...) Já a Notificação de Lançamento é o instrumento utilizado pelo Chefe de Repartição para os lançamentos decorrentes de procedimento interno na repartição fiscal, (...) Porém, ambos os instrumentos (AI e NL) são hábeis para exigir o tributo lançado (principal) e seus consecutários (multa e juros)" [art. 10 e art. 11 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972].

Logo, o "auto de infração" é procedimento para aplicação de "penalidade", já a "notificação de lançamento" o meio próprio para constituir "crédito tributário".

Como a constituição do crédito tributário se dá por ato administrativo plenamente vinculado (arts. 3º e 142 do CTN), com o devido respeito à competência, finalidade e forma, deve ser anulado o ato que descumpra a forma exigida em lei. [...]

Dessa maneira, por desrespeito à forma exigida em lei, requer-se a modificação da decisão para anulação do Auto de Infração. Caso seja mantido, vindica-se, sucessivamente, sejam eles mitigados para constar apenas as penalidades.

DA NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO PELA FALTA DA IDENTIFICAÇÃO DA AUTORIDADE QUE O EXPEDIU

O ato de exclusão do Simples é nulo, visto que não identifica precisamente a autoridade que o expediu, conforme preceitua o Decreto 70.235/1972.

Diferentemente entendeu o acórdão, ao afirmar que não se aplica referida legislação ao presente caso vez que esta diz "respeito aos procedimentos de lançamento fiscal, que não se confundem com o ato administrativo de exclusão da empresa do Simples Nacional." E pela LC nº 123/2006 (legislação que regula o Simples Nacional) "verifica-se que o ADE, ao ser emitido pela autoridade fiscal, não precisa conter o nº da matrícula da autoridade (delegado) que o subscreveu." [...]. Tal fato implica em nulidade do ato administrativo.

Segundo a Súmula 1, do 3º Conselho do CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: É nula, por vício formal, a notificação de lançamento que não contenha a identificação da autoridade que a expediu. [...] Este requisito formal, indicador da matrícula do servidor, é fundamental na medida em que fundamenta a capacidade e competência do agente que lavra o ato administrativo. Portanto, requer-se a nulidade do ADE (Ato Declaratório Executivo) impugnado.

DA DESPROPORCIONALIDADE E IRRAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DO ATO PUNITIVO - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

De início, cumpre esclarecer que os fundamentos deste recurso não são pautados na declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma. Porém, os princípios constitucionais serão usados para alinhar o método interpretativo que deve prevalecer no caso concreto.

O tema da eficácia dos princípios constitucionais não é estreito. Os princípios são as prescrições jurídicas mais importantes do ordenamento jurídico, vez que conformam o sentido das normas interpretadas, e por tal razão se distinguem das demais. [...]

Para fins de facilitar o entendimento dessa exegese Constitucional, impende trazer à baila considerações atinentes aos princípios (ou postulados, como quer Humberto Ávila⁵) da razoabilidade e da proporcionalidade que visam justamente facilitar o trabalho do hermeneuta.

A Lei nº 9.784/1999 tratou da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios, conforme o art. 2ª, parágrafo único, VI, da Lei nº 9.784/1999 [...].

Tanto o princípio (ou postulado) da proporcionalidade quanto da razoabilidade estão feridos no caso em apreço. Todavia, a decisão recorrida entendeu referidos princípios "não se ajustam à matéria aqui versada."

Contudo, no corpo do processo administrativo, a autoridade fiscal constatou a obtenção, por parte da Recorrente, de receitas decorrentes de tradução de textos, sujeitando a infratora à exclusão do Simples Nacional [conforme ocorre que, se confrontada referida tabela com os extratos do Simples Nacional contidos às fls. 11/14, o total das receitas com tal atividade é diminuto em relação ao faturamento.

Por exemplo, por amostragem: no mês de setembro/2007 haveria uma receita referente à tradução de texto de R\$569,60, enquanto que o faturamento no mesmo período foi de R\$22.917,48; no mês de março/2008 haveria uma receita referente a tradução de texto de R\$128,00, enquanto o faturamento foi de R\$72.822,18. Além disso, no ano de 2009 consta uma única receita de R\$650,00 em Janeiro.

Tais fatos demonstram que, mesmo que se admitisse que tal atividade fosse impeditiva ao regime diferenciado e favorecido, referem-se a uma fração extremamente pequena em relação à atividade não impeditiva (ensino de idiomas).

Além disso, é evidente que uma escola de idiomas em muitos alunos e que o volume de trabalho é muito superior ao de tradução de textos. [...]

Ou seja, no caso concreto, identificou-se que, segundo o senso comum, próprio da razoabilidade como equidade, importação diminuta dentro do contexto fático não poderia ensejar a exclusão do Simples, mesmo que houvesse ocorrido a incidência do fato à norma. [...]

De outro lado, a finalidade da norma criadora do Simples está expressa no art. 179 da Constituição Federal, quando estabelece que a simplificação das obrigações tributárias para as microempresas e empresas de pequeno porte visa a incentivá-las. Ou seja, o povo brasileiro quer estimular o nascimento e a manutenção de microempresas e empresas de pequeno porte. Não deseja que o País mantenha apenas grandes empresas, pertencentes a grandes grupos econômicos. Esse é o fim da norma.

De outra banda, todas as causas listadas na LC nº 123/2006 que excluem as ME e EPP do Simples tratam de descumprimento da própria lei. Ou seja, haverá o tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP. Porém, se tais empresas forem infradoras da norma, não receberão tal tratamento, pois prejudicarão às demais cumpridoras das regras.

No caso concreto, é perceptível, pela diminuta quantidade de traduções indicadas e pela atividade principal do contribuinte que não houve intenção de fraudar a lei.

Ademais, veja-se que a atividade de ensino de línguas estrangeiras, permitida de opção pelo SIMPLES (art. 18, § 5º-B, I, LC nº 123/2006), é desenvolvida pelas mesmas pessoas e com a mesma técnica que a atividade de tradução. Mostra-se, por evidente, que o contribuinte sequer conhecia a ilicitude do fato.

Dessa forma, a exclusão do Simples como meio para excluir os descumpridores da Lei do Simples não é proporcional em sentido estrito, no caso concreto, porque não promove o fim da norma (punir as ME e EPP infratoras) e ainda restringe a finalidade do próprio Sistema diferenciado e favorecido, que é incentivar a existência de microempresas e empresas de pequeno porte. A exclusão do contribuinte do Simples no caso concreto não alcançará a finalidade da norma. Portanto, haverá o descumprimento do postulado da proporcionalidade e do art. 2º, VI, da Lei nº 9.784/1999.

Logo, em virtude da desproporcionalidade entre o fato e a consequência da norma, bem como da ausência de razoabilidade, vindica-se seja julgada improcedente a exclusão do contribuinte do Simples.

No mínimo, vindica-se a não exclusão quanto ao exercício de 2009 já que foi constatada uma única receita diminuta de tradução de textos no período.

DO ERRO INEVITÁVEL SOBRE A ILICITUDE DO FATO

Não é demais repisar que, considerando a similaridade das atividades de ensino de línguas estrangeiras e traduções, realizadas pelas mesmas pessoas e com as mesmas técnicas, tornou-se inevitável o erro sobre a ilicitude do fato. O contribuinte, por óbvio, desconhecia a vedação da prática da atividade. [...]

Portanto, em virtude do erro inevitável sobre a ilicitude do fato, requer-se seja julgada improcedente a exclusão do contribuinte do Simples.

DA INAPLICABILIDADE DA MULTA/MITIGAÇÃO

Além do mais, conforme se denota nos Autos de Infração, foi aplicada multa de 75% com fulcro no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 14 da Lei n. 11.488/2007. [...]

Contudo, o Fisco não especifica em momento algum, seja no Auto de Infração, seja no Relatório de Atividade Fiscal, qual ação prevista na norma que deu origem a multa. Existem nela diversos fatos típicos: falta de pagamento ou recolhimento, falta de declaração ou, ainda, de declaração inexata.

Tais fatos impossibilitam o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, fato que enseja na nulidade da infração. Inclusive nenhuma ação da Recorrente se enquadra em qualquer hipótese do artigo. Mesmo que existisse algo que se assemelhasse não se aplicaria, ex vi do art. 112 do CTN. [...]

Inclusive, não existe norma específica que trate de tal penalidade em relação ao Simples que possui características bastante específicas.

Ademais, houve recolhimento dos tributos dentro do Simples Nacional. Eventual imposição de multa deveria, no máximo, incidir sobre a diferença entre o IRPJ+CSLL (lucro presumido) + PIS + COFINS (cumulativos) e os valores

efetivamente pagos ao Simples Nacional, conforme prevê a própria regra citada no auto de infração.

Assim, deve ser modificada a decisão e cancelada a penalidade. Máxime, vindica-se seja mitigada a base de cálculo, considerando-se nesta, tão somente, a diferença do valor recolhido no regime diferenciado e favorecido e o valor apurado pelo fisco.

DA RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DOS VALORES NO SIMPLES

Por fim, é certo que houve o recolhimento de valores por meio do Simples e, se mantida a exclusão, ocorreu o recolhimento indevido de tributos, que é passível de restituição, conforme art. 165, I, do CTN [...].

Requer-se, assim, a restituição dos valores recolhidos indevidamente.

Preferencialmente, que os valores recolhidos a maior sejam compensados com débitos próprios do contribuinte, vencidos ou vincendos, conforme autoriza o art. 74 da Lei 9.430/1999 [...].

DA IMPOSSIBILIDADE DO LANÇAMENTO – PROCESSO DE EXCLUSÃO PENDENTE DE JULGAMENTO DEFINITIVO

Como já demonstrado na narração dos fatos, o Auditor-Fiscal procedeu ao lançamento tributário. Todavia, a Recorrente ainda não foi excluída do Simples, pois apresentou manifestação de inconformidade em face Ato Declaratório de Exclusão e Impugnação aos Autos de Infração, sendo proferido o presente acórdão, contudo, não houve julgamento definitivo acerca da exclusão. Por tal razão, a referida exclusão não esta consumada. Pois, como é sabido, pelo princípio da presunção da inocência e pela garantia de ampla defesa, insculpidos na Constituição Federal, a Recorrente não é considerada irregular até que seja julgado definitivamente o processo administrativo relativo à exclusão do SIMPLES.

Portanto, o Auditor Fiscal ao considerar a Recorrente excluída do Simples, antes mesmo do julgamento definitivo sobre a questão, desrespeitou o princípio constitucional da presunção da inocência (ninguém será considerado culpado antes de decisão final sobre a questão).

Também houve ofensa à Garantia Constitucional de Ampla Defesa (art. 5º, LV, CF/88). [...] Ainda, ato desse jaez contraria o disposto no art. 151, III, do CTN, que determina a suspensão da exigibilidade do crédito tributário com as reclamações e recursos administrativos. [...]

Todavia, repete-se: a Recorrente ainda não foi excluída do Simples, visto que não foi encerrado o processo administrativo relativo a esse fato.

Assim, pugna-se pela nulidade de todo o procedimento fiscal impugnado, tendo em conta que a autoridade fiscal impôs à Recorrente exigência fiscal amparada na sua exclusão do Simples sem que esse fato fosse consumado.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui que:

Diante das razões acima elencadas, a Recorrente requer que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais conheça e dê provimento ao presente Recurso para julgar improcedente o Auto de Infração Impugnado, no todo ou em parte, conforme solicitado em cada item deste recurso.

Toda numeração de folhas indicada nessa decisão se refere à paginação eletrônica dos autos em sua forma digital ou digitalizada.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

A Recorrente apresentou petição de desistência total do recurso voluntário.

Acerca da desistência total do recurso voluntário, estabelece o art. 78 do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho administrativo de Recursos Fiscais (RICARF):

Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação. [...]

§3º No caso de desistência, pedido de parcelamento, confissão irretratável de dívida e de extinção sem ressalva de débito, estará configurada renúncia ao direito sobre o qual se funda o recurso interposto pelo sujeito passivo, inclusive na hipótese de já ter ocorrido decisão favorável ao recorrente, descabendo recurso da Procuradoria da Fazenda Nacional por falta de interesse. (redação dada pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010).

A Recorrente, por meio da petição datada de 23.09.2014, fls. 428-429, apresentou desistência total do recurso voluntário e renunciou a quaisquer alegações de direito sobre as quais ele se fundamenta:

A Recorrente informa que aderiu ao parcelamento previsto na Lei 11.941 (REFIS), reaberto pela lei 12.996/2014, conforme comprovante em anexo.

Assim, desiste do recurso voluntário anteriormente interposto e renuncia a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam o presente recurso, consoante dispõe o art. 8º da Portaria PGFN/RFB nº 13, de 30 de Julho de 2014.

Por conseguinte, não há mais litígio por falta de objeto.

Em assim sucedendo, voto por não conhecer do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

Processo nº 10920.722288/2011-18
Acórdão n.º **1803-002.370**

S1-TE03
Fl. 443

CÓPIA