



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.000621/2010-80
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-001.758 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 08 de outubro de 2020
Recorrente RODRIGUES PEREIRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/01/2005 a 30/11/2009

SIMPLES. EXCLUSÃO. NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. IMPRECISÃO NA DESCRIÇÃO DO ENQUADRAMENTO LEGAL.

Em garantia ao Princípio da Tipicidade Tributária no âmbito do processo administrativo tributário, a Autoridade Tributária tem o dever de fundamentar a lavratura do Ato Declaratório de Executivo de forma clara, objetiva e precisa, de modo que tipifique a exclusão em correlata hipótese descrita em lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Aílton Neves da Silva, Rafael Zedral, Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, transcrevo o relatório produzido no Acórdão n.º 07-28.415 da 5ª Turma da DRJ/FNS, de 19 de abril de 2012 (fls. 240 a 249):

Trata-se de Manifestação de Inconformidade em face da exclusão da empresa em epígrafe do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, na forma do artigo 2º da Lei nº 9.317/96, e do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte SIMPLES NACIONAL, a partir de 01.07.2007, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006.

Consta do Termo de Representação Fiscal, anexo às folhas 03 a 05, que a ação fiscal foi desenvolvida, inicialmente, nas empresas PEREIRA RODRIGUES COMÉRCIO DE ARTIGO DE VESTUÁRIO LTDA. EPP, inscrita no CNPJ nº 83.198.002/000164 e RODRIGUES PEREIRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA., inscrita no CNPJ nº 05.605.773/000115, e que, durante os procedimentos de fiscalização constatou-se a existência de uma terceira empresa denominada: RODRIGUES PACHECO INDÚSTRIA E COMERCIO DE TECIDOS LTDA EPP, inscrita no CNPJ nº 05.587.024/000102.

Relata a autoridade fiscal que, em face dos elementos coletados na referida ação fiscal, concluiu que se tratava de um grupo econômico, com o nome fantasia "CLAMAR MODA ÍNTIMA", pertencente ao núcleo familiar constituído pelo casal: IZER FIGUEIRA RODRIGUES FILHO, CPF: 366.547.01704 e LEILA PEREIRA RODRIGUES, CPF: 909.709.18968, pelos filhos CLARISSA PEREIRA RODRIGUES, CPF: 026.710.49951 e MARIO PEREIRA RODRIGUES, CPF: 042.755.40980 e pelo genro RODRIGO TESSAROLO PACHECO, CPF: 026.720.17964.

Explica, ainda, que procedeu à análise da composição acionária e da receita bruta das empresas integrantes do referido grupo econômico, tendo encaminhado proposta de exclusão da pessoa jurídica RODRIGUES PEREIRA IND. E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. EPP do SIMPLES, nos termos da Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e do SIMPLES NACIONAL, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006, pelas razões a seguir expostas:

(...) a empresa RODRIGUES PEREIRA ficou sujeita à exclusão dos SIMPLES, pelo cometimento da seguinte infração:

a) Infração ao disposto no inciso V, do artigo 15, da Lei 9.317, de 1996, pela não apresentação do Livro Caixa, o que configura hipótese de exclusão de ofício do SIMPLES, a qual ficou a empresa sujeita a partir de 01/01/2005; Também conclui que a empresa RODRIGUES PEREIRA estava impedida de optar pelo SIMPLES NACIONAL, por enquadrar-se na hipótese de impedimento prevista na Lei Complementar 123, em seu artigo 3º, parágrafo 4º, inciso III. E que, além disso, a empresa cometeu as seguintes infrações, enquadrando-se nas seguintes hipóteses de Exclusão de Ofício:

a) Infração ao disposto no inciso VIII, do artigo 29, da Lei complementar 123, de 2006, pela não apresentação do Livro Caixa, o que configura hipótese de exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL, sujeitando a empresa a partir de 01/07/2007.

b) Infração ao disposto nos incisos IX, artigo 29, da Lei Complementar 123, de 2006, durante o exercício de 2007, ficando sujeita à exclusão do SIMPLES NACIONAL, a partir de 01/01/2008, nos termos da Lei Complementar 123, de

2006, artigo 29, parágrafo 1º, conforme se verifica no anexo denominado Quadro de Análise dos Percentuais de Despesas (FP) sobre a Receita Bruta.

c) Infração ao disposto nos incisos IX, artigo 29, da Lei Complementar 123, de 2006, durante o exercício de 2008, ficando sujeita à exclusão do SIMPLES NACIONAL, a partir de 01/03/2008, nos termos da Lei Complementar 123, de 2006, artigo 29, parágrafo 1º, conforme se verifica no anexo denominado Quadro de Análise dos Percentuais de Despesas (FP) sobre a Receita Bruta.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCOMFORMIDADE

Cientificada do Ato de Exclusão do SIMPLES FEDERAL e SIMPLES NACIONAL, a interessada apresentou, por intermédio de procurador legalmente constituído, manifestação de inconformidade, fundamentando-se nas razões e direitos a seguir sintetizados.

I DO SUPOSTO EMBARAÇO A FISCALIZAÇÃO

a) Simples Federal

Aponta duas irregularidades no ato de exclusão. Primeira, que não se enquadra em nenhuma das hipóteses proibitivas de adesão constantes do artigo 9º da Lei 9.317/96, motivo pelo qual não poderia ocorrer a exclusão de forma retroativa. Segunda, que a exclusão pautou-se no inciso II, do artigo 14 da Lei 9.317/96, ou seja, pela falta de entrega do livro caixa, caracterizando, supostamente, embaraço à fiscalização.

Relata que apresentou todos os documentos necessários a comprovação da regularidade previdenciária, tanto foi assim que não houve qualquer lançamento, por parte da fiscalização, no que diz respeito à exigência de contribuições recolhidas indevidamente ou a menor.

Esclarece que o referido livro caixa encontrava-se em processamento pela contabilidade e que foi feito o aviso à fiscalização de que não poderia ser entregue no prazo apaziguado para tanto. Portanto, entende desarrazoada e desproporcional a sanção adotada pela fiscalização que, além de notificar a impugnante para fazer o recolhimento de multa por falta de obrigação acessória (Auto de Infração DEBCAD nº 37.001.09145), utilizou o mesmo argumento para emitir o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 26, excluindo a empresa do Simples Federal.

Sustenta que o procedimento correto da fiscalização ao diagnosticar a ausência da entrega do livro caixa seria a aplicação somente da penalidade pecuniária pelo não cumprimento de obrigação acessória e não caracterizar a falta de entrega do livro caixa como embaraço a fiscalização, tendente a exonerar a empresa da forma de tributação diferenciada.

Informa que “o embaraço à fiscalização tem caráter eminentemente subjetivo e deixa ao arbítrio da autoridade fiscal julgar se sua atividade, de alguma forma, foi dificultada, retardada ou não se concretizou em virtude de ação ou omissão da pessoa sujeita à fiscalização”.

Reitera que tal situação não aconteceu, pois a fiscalização teve acesso a todos os demais documentos para análise e conclusão. Além disso, entende que não é a simples resistência ou irresignação que poderia caracterizar a infração e dar azo ao ato de exclusão.

Indaga se, restando ausente o entrega do livro caixa, tal fato importou na dificuldade ou impedimento para o exercício da fiscalização.

Ressalta que a infração, ainda que seja capitulada de forma subjetiva, deve conter elementos que comprovem o fato narrado, fato que não se observa no presente caso, pois o fiscal não demonstrou os subsídios que restaram infrutíferos para a realização e concretização dos trabalhos.

Cita jurisprudência da própria Delegacia de Julgamento no que diz respeito à forma de caracterização do embarço.

Assevera que não houve destaque por parte do fiscal sobre qualquer outra causa que resultasse em comprovar o embarço à fiscalização merecendo ser rechaçada de imediato, cancelando o ato de exclusão do Simples Federal por ausência de fundamento legal.

b) Simples Nacional

Observa que no Ato Declaratório de Exclusão consta que a impugnante foi excluída do Simples Nacional sob o argumento de embarço à fiscalização, que se apresenta disposto no inciso II do artigo 29 "for oferecido embarço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam na requisição de auxílio da força pública". Todavia, ao fundamentar o argumento nos termos da lei, o auditor fez com fulcro no inciso VIII "falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária".

Ressalta que a legislação dispôs de dois incisos distintos para fatos excludentes diversos, ou seja, o inciso II e o inciso VIII, que não se tratam da mesma infração.

Faz referência aos arts. 10 e 11 do Decreto 70.235/72 que tratam dos requisitos formais como pressupostos de validade do Auto de Infração e da Notificação Fiscal.

Colaciona julgados das turmas de julgamento dessa Delegacia acerca de nulidade do ato declaratório por vício formal.

Relata que apresentou todos os documentos necessários a comprovação da regularidade previdenciária, tanto foi assim que não houve qualquer lançamento, por parte da fiscalização, no que diz respeito à exigência de contribuições recolhidas indevidamente ou a menor.

Esclarece que o referido livro caixa encontrava-se em processamento pela contabilidade e que foi feito o aviso à fiscalização de que não poderia ser entregue no prazo apaziguado para tanto. Portanto, entende desproporcional a sanção adotada pela fiscalização que, além de notificar a impugnante para fazer o recolhimento de multa por falta de obrigação acessória (Auto de Infração DEBCAD nº 37.001.09145), utilizou o mesmo argumento para emitir o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 26, excluindo a empresa do Simples Federal.

Sustenta que o procedimento correto da fiscalização ao diagnosticar a ausência da entrega do livro caixa seria a aplicação somente da penalidade pecuniária pelo não cumprimento de obrigação acessória e não caracterizar a falta de entrega do livro caixa como embarço à fiscalização, tendente a exonerar a empresa da forma de tributação diferenciada.

Informa que “o embarço à fiscalização tem caráter eminentemente subjetivo e deixa ao arbítrio da autoridade fiscal julgar se sua atividade, de alguma forma, foi dificultada,

retardada ou não se concretizou em virtude de ação ou omissão da pessoa sujeita à fiscalização”.

Reitera que tal situação não aconteceu, pois a fiscalização teve acesso a todos os demais documentos para análise e conclusão. Além disso, entende que não é a simples resistência ou irresignação que poderia caracterizar a infração e dar azo ao ato de exclusão.

Indaga se, restando ausente o entrega do livro caixa, tal fato importou na dificuldade ou impedimento para o exercício da fiscalização.

Ressalta que a infração, ainda que seja capitulada de forma subjetiva, deve conter elementos que comprovem o fato narrado, fato que não se observa no presente caso, pois não demonstrou o fiscal, os subsídios que restaram infrutíferos para a realização e concretização dos trabalhos.

Assevera que não houve destaque por parte do agente fiscal sobre qualquer outra causa que resultasse em comprovar o embaraço à fiscalização merecendo ser rechaçadas de imediato, cancelando o ato de exclusão do Simples Nacional por ausência de fundamento legal.

II DA IMPOSSIBILIDADE DOS EFEITOS RETROATIVOS DA EXCLUSÃO

a) Simples Federal

Suscita pela aplicação retroativa do ADE nº 26/2010 à data da sua expedição, em atendimento ao disposto no § 3º do art. 15 da Lei 9.317/69.

Defende que deve ser aplicado ao presente caso o princípio geral da ciência dos atos, no qual os efeitos só se iniciam a partir da notificação do contribuinte, como forma de garantir a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Frisa que o Ato Declaratório de Exclusões do Simples Federal só poderia produzir seus efeitos a partir do trânsito em julgado das decisões administrativas que mantivesse, sem reformas, a exclusão da sistemática de tributação diferenciada e não em 01.07.2007, como determinou o agente notificante.

Sustenta que se houver a confirmação de que a ausência na entrega do livro caixa importou em embaraço à fiscalização, este será o fato excludente que motivou a retirada da impugnante da forma de tributação diferenciada.

Esclarece que analisando o inciso V do artigo 15, o mesmo impõe que os efeitos ocorrerão inclusive no mês de ocorrência do referido fato.

Ressalta que se a situação excludente aconteceu no transcorrer da fiscalização, ou seja, em 2010, a exclusão só pode ter seus efeitos a partir do ano de 2010, e não em 01.01.2005.

Colaciona as decisões proferidas pelo Conselho de Contribuintes, que vem se posicionamento na mesma linha de raciocínio.

Assevera que deve ser aplicado ao caso o princípio geral da ciência dos atos, em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, da anterioridade, irretroatividade e da não surpresa tributária, de forma que os efeitos maléficos de uma exclusão arbitrária não sejam suportados pela impugnante antes mesmo da sua própria ciência.

Conclui que os lançamentos (DEBCAD nº 37.215.441-7- ora combatido, nº 37.215.4425, nº 37.215.4433, nº 37.215.4441, nº 37.001.0930 e nº 37.001.0949) realizados juntamente com a emissão do Ato Declaratório de Exclusão não possuem qualquer respaldo legal, devendo ser cancelados, com fulcro na suspensão da exigência até o trânsito em julgado dos referidos atos.

Por fim, requer que seja acolhida a presente manifestação de inconformidade e o cancelado o referido ato, tendo em vista a comprovação de inexistência de embargo à fiscalização; e na remota hipótese de manutenção da configuração da infração, que seus efeitos retroajam somente a partir da data da fiscalização, quando ocorreu a situação excludente (embargo), nos termos do V, do artigo 15 da Lei nº 9.317/96.

b) Simples Nacional

Informa que a fiscalização fundamentou o marco temporal no §1º, do artigo 29 da Lei Complementar nº123/06.

Refere que o § 3-A do artigo 4º da Resolução CGSN nº 15 determina que, *"na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de que trata o §1º, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte"*.

Assevera que deve ser aplicado ao caso o princípio geral da ciência dos atos, em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, da anterioridade, irretroatividade e da não surpresa tributária, de forma que os efeitos maléficos de uma exclusão arbitrária não sejam suportados pela impugnante antes mesmo da sua própria ciência.

Sustenta que se houver a confirmação de que a ausência na entrega do livro caixa importou em embargo à fiscalização, este será o fato excludente que motivou a retirada da impugnante da forma de tributação diferenciada. Portanto, analisando o §1º do artigo 29, o mesmo impõe que os efeitos ocorrerão inclusive no mês de ocorrência do referido fato.

Ressalta que se a situação excludente aconteceu no transcorrer da fiscalização, ou seja, em 2010, a exclusão só pode ter seus efeitos a partir do ano de 2010, e não em 01.07.2007.

Colaciona as decisões proferidas pelo Conselho de Contribuintes, que vem se posicionamento na mesma linha de raciocínio.

Por fim, requer o acolhimento da manifestação de inconformidade e o cancelamento do referido ato, tendo em vista:

a) a dissonância entre a descrição dos fatos e a caracterização da infração;

b) a comprovação de inexistência de embargo à fiscalização; e na remota hipótese de manutenção da configuração da infração, que seus efeitos retroajam somente a partir da data da fiscalização, quando ocorreu a situação excludente (embargo), nos termos do §1º do artigo 29 da Lei Complementar 123/2006.

É o relatório.

A DRJ/FNS julgou improcedente o pedido da empresa recorrente contido em sua manifestação de inconformidade, por entender a DRJ que:

[...] Com efeito, a norma de regência caracteriza o embaraço à fiscalização a simples negativa, não justificada, de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada. Portanto, cabia a interessada fazer prova de suas alegações, o que não o fez. Limitou-se apenas a argumentar que explicou a autoridade fiscal que os livros contábeis estavam em processamento, mas não fez prova de que, de fato, explicou o ocorrido. Ficou apenas no campo das alegações.

[...] Todavia, da leitura que se faz dos autos, resta claro que a exclusão ocorreu em face da falta de escrituração de livros fiscais. O que se comprova através de trechos dos argumentos apresentados pela própria interessada...

[...] Demais disso, pelos elementos constantes dos autos, acredito que as divergências apontadas não são suficientes para anular o referido Ato, porquanto, conforme demonstrado alhures, a interessada mostrou ter total conhecimento da sua irregularidade, não restando prejudicado o seu direito de defesa.

[...] Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE da manifestação de inconformidade CANCELANDO o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 26, de 09 de abril de 2010, e MANTENDO o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 27, de 09 de abril de 2010.

(grifos nossos)

Face ao referido Acórdão da DRJ/FNS, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 252 a 269), pleiteando a reforma da decisão prolatada pela 5ª Turma da DRJ/FNS com o consequente reconhecimento de seu direito creditório bem como a pretendida validação da compensação discutida.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Dayan da Luz Barros, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º e do art. 23-B do Anexo II da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), atualizada pela Portaria CARF nº 146, de 12 de dezembro de 2018, considerando-se tratar de inclusão ou exclusão do regime de tributação pelo Simples Nacional desvinculados de exigência de crédito tributário.

Ainda, observo que o recurso é tempestivo (interposto em 28 de maio de 2012, vide termo de recebimento da RFB, fl. 252, face o termo de ciência, datado de 15 de maio de 2012, fl. 251) e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Mérito

Inicialmente, cumpre esclarecer que o acórdão ora debatido, nº 07-28.415, de 19 de abril de 2012, prolatado pela 5ª Turma da DRJ/FNS, decidiu pela PROCEDÊNCIA EM PARTE da manifestação de inconformidade, **CANCELANDO o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 26**, de 09 de abril de 2010, e **MANTENDO o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 27**, de 09 de abril de 2010.

Tem-se, portando, que o mérito subsistente da presente demanda consiste na exclusão da contribuinte do Regime Tributário do Simples Nacional pelo Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 27, de 09 de abril de 2010 (fl. 25), **por não ter apresentado o Livro Caixa no curso da fiscalização, configurando embarço a fiscalização**, face o artigo 29, inciso VIII, da Lei Complementar nº 123/2006:

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

[...]

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

(grifos nossos)

Tal fato teve como precedente a Representação Fiscal realizada pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Florianópolis - SC (fls. 03 a 05), que constatou a prática de infrações pela contribuinte que se enquadrariam em hipóteses de exclusão de ofício, entre as quais está a *“Infração ao disposto no inciso VIII, do artigo 29, da Lei complementar 123, de 2006, pela não apresentação do Livro Caixa, o que configura hipótese de exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL, sujeitando a empresa a partir de 01/07/2007”*.

A mencionada Representação Fiscal, apresenta ainda a descrição dos fatos ocorridos, relatando que:

Intimada, a empresa RODRIGUES PEREIRA INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. - EPP **não apresentou a escrituração contábil regular**

(Livros Diário e Razão) nem tampouco o Livro Caixa com a Movimentação Financeira, como lhe faculta a legislação, motivo pelo qual foi objeto do Auto de Infração de Obrigações Acessórias - AIOA, DEBCAD nº 37.001091-4, cuja cópia passa integrar a presente Representação.

(grifos nossos)

Irresignada, a contribuinte pugna, em seu Recurso Voluntário, pela reforma do Acórdão nº 07-28.415, “*dada a sua insubsistência, decorrente da dissonância entre a descrição dos fatos e a sua tipificação legal e da comprovação de inexistência de embargo à fiscalização*”.

Assiste razão à interessada no seu pleito.

Como bem menciona a douta relatora do Acórdão ora debatido, “*pelo que se observa, de fato, **o ADE apresenta uma incoerência entre o fato imputado e sua tipificação legal**. Quisesse a autoridade lançadora enquadrar a impugnante por “*embargo à fiscalização*”, como se infere da descrição dos fatos, **deveria ter tipificado a exclusão com base no inciso II, artigo 29 do mesmo diploma legal, o que não ocorreu**” (grifos nossos).*

Dessa forma, considerando o Princípio da Tipicidade Tributária, corolário do princípio da legalidade e, como tal, se subordina à ideia de segurança jurídica, tem-se que deveria a Autoridade Tributária correlacionar a descrição dos fatos com a correta fundamentação legal, o que não aconteceu.

Ocorre que a descrição do enquadramento legal contido no art. 1º do ADE DRF/FNS nº 27, de 09 de abril de 2010, que culminou com a exclusão da empresa do Simples Nacional, está carente de objetividade e precisão da tipificação legal que motiva a exclusão da recorrente, ou seja, os “fatos e atos violados devem estar devidamente identificados, sob pena de nulidade, conforme entendimento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. É o que se extrai da ementa abaixo transcrita:

Acórdão CARF nº 101-94.471

Número do Processo: 10768.025009/98-19

Data de Publicação: 20/03/2004

Contribuinte: DELBA COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA

Relator(a): CELSO ALVES FEITOSA

Ementa: **Acusação Imprecisa – Para garantir o exercício do amplo direito de defesa e devido processo legal, os fatos e o direito violado devem estar devidamente identificados, sob pena de nulidade da acusação.** Assentos em livros fiscais – Os registros constantes dos livros fiscais, para serem abandonados, necessitam de fundamento relevante. Redução de custo – Não se constitui a subavaliação de estoque de mercadorias compradas da matriz, mas sim redução de custo, com aumento do valor tributável.

No caso em tela, para que se verifique a indispensável subsunção do fato à norma legal, necessário que o caso concreto se enquadre de forma indubitosa à hipótese descrita em lei, mormente quando se trata de norma de natureza punitiva.

Sobre a subsunção do fato à norma, necessário se faz mencionar o entendimento do ilustre doutrinador Paulo de Barros Carvalho que preconiza, *in verbis*:

Veiculada a lei, necessária se faz a exata adequação do fato à norma. Por isso mesmo, o surgimento da obrigação está condicionado ao evento da subsunção, que é a plena correspondência entre o fato e a hipótese de incidência, fazendo surgir a obrigação. Não se verificando o perfeito enquadramento do fato à norma, inexistirá obrigação tributária. (...) em síntese: i) sem lei anterior que descreva o fato, não nasce a obrigação; (ii) sem subsunção do evento descrito à hipótese normativa, também não; e iii) havendo previsão legal e a correspondente subsunção do fato à norma, os elementos do liame jurídico irradiado equivaler àqueles prescritos na lei. São condições necessárias para a regular constituição do vínculo obrigacional (CARVALO, Paulo de Barros. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALO, Paulo de Barros. Guerra fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS. São Paulo: Noeses, 2012, p. 34)

(grifos nossos)

Nessa mesma linha de raciocínio, à luz do Princípio da Tipicidade Cerrada quanto a imposição da penalidade (corolário do Princípio da Legalidade Tributária – art. 97, V do Código Tributário Nacional), como já mencionado, é imprescindível que seja aplicada a sanção nos estritos moldes decorrentes do fato típico infracional.

Destarte, não se verifica *in casu* a indispensável subsunção do fato à norma legal, motivo pelo qual, à luz do exposto acima, conclui-se que é nulo o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 27, de 09 de abril de 2010.

Dispositivo

Considerando-se, portanto, os fatos e provas apresentados aos autos, alinhados aos entendimentos desse Conselho, voto por **DAR PROVIMENTO** ao recurso interposto pela contribuinte, declarando-se nulo o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 27, de 09 de abril de

2010, e os atos administrativos ulteriores que o ratificaram, afastando-se a exclusão da empresa do Regime Tributário do Simples Nacional.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros