



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

**Processo n°** 15586.000368/2009-58  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1402-01.067 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 13 de junho de 2012  
**Matéria** AUTO DE INFRAÇÃO - SIMPLES  
**Recorrente** SP BRASIL LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. Não há que falar em nulidade do auto de infração cujo procedimento de lavratura observou o disposto nos artigos 10 do Decreto 70235/1972 e 142 do Código Tributário Nacional.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. O art. 61, *caput* e § 3º, c/c art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.430/1996, que estabelecem a aplicação de juros moratórios com base na taxa SELIC para os tributos não pagos até o vencimento.

MULTA DE OFÍCIO DE 75% SOBRE O PRINCIPAL. Nos termos do inciso I, do artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, constatada falta de recolhimento de tributo ou mesmo a sua insuficiência, aplicável é a multa de 75% sobre o imposto apurado, a ser exigida de ofício.

SIMPLES - ALÍQUOTAS - FAIXAS - RECEITA – CUMULATIVIDADE. As alíquotas previstas no Art. 5º da Lei 9.317/96 são aplicadas sobre a receita bruta acumulada no mês, para efeito de tributação dentro do sistema SIMPLES. Inteligência do §2º do Art. 5º, da mesma Lei. Ultrapassados os limites para empresa de pequeno porte, haverá o acréscimo de 20%, conforme previsão do Art. 23 do mesmo normativo.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DURANTE O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. É inadequada a postulação de matéria relativa à inconstitucionalidade na esfera administrativa, na forma prevista no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, acrescido pela Lei 11.941/09.

OMISSÃO DE RECEITAS. SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. Comprovada a ocorrência de omissão de receita através da escrita fiscal, ultrapassando o limite legal para a permanência no regime simplificado, a interessada deve ser excluída de ofício do SIMPLES, cujos efeitos serão processados para o ano-calendário subsequente, com a consequente manutenção do ato declaratório de exclusão do referido regime simplificado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Ausente, momentaneamente, o conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva.

*(assinado digitalmente)*

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

*(assinado digitalmente)*

Antônio José Praga de Souza – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto.

## Relatório

SP BRASIL LTDA recorre a este Conselho contra a decisão de primeira instância administrativa, que julgou procedente a exigência, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

### Transcrevo e adoto o relatório da decisão recorrida:

Trata-se de autos de infração (fls.286/353), lavrados em 24/04/2009, no âmbito da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Vitória - ES, em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização nº 0720100/00716/08, referentes ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, Contribuição para o PIS/PASEP - PIS, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, Contribuição para Seguridade Social – INSS e Multa por Falta de Comunicação da Exclusão da Empresa do Sistema SIMPLES, no ano-calendário de 2005, cujo crédito tributário monta em R\$ 6.274.425,92, cumulado com ato de exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, com efeitos a partir de 01/01/2006.

2. O crédito tributário constituído tem sua composição no presente Auto de Infração, conforme quadro abaixo: (...)

### **Das Infrações**

3. A Autoridade Autuante, em seu Termo de Verificação e Constatação Fiscal, às fls.280/285, descreve os fatos que alicerçaram a lavratura do presente Auto de Infração, alegando que:

- desde a constituição, em 1999, a empresa encontrava-se no SIMPLES, tendo apresentado Declaração Anual Simplificada referente ao Ano Calendário de 2005. Atendendo ao TIPF/TI nº 1, a fiscalizada apresentou Livro Caixa, Livro de Registro de Saídas e Livro de Registro de ICMS, além de extratos bancários de movimentação financeira.
- da análise dos livros e documentos apresentados, foram apuradas divergências entre os valores da Receita Bruta Informada na Declaração Anual Simplificada do Ano Calendário de 2005 e a Receita de Venda de Mercadorias escriturada nos Livros de Registro de ICMS e Registro de Saídas do mesmo ano, conforme tabela de fls. 281, Arts. 9º, II; 13, II, “a”; 14, I e 15, IV da Lei 9.317/96. Em janeiro de 2005, a empresa já havia obtido receita bruta de R\$ 2.361.400,14 (-devolução de vendas de R\$ 4.774,59) perfazendo uma receita tributável de R\$ 2.356.625,55 e tendo informado na Declaração Anual Simplificada R\$ 38.756,00 importando numa diferença de base de cálculo de R\$ 2.562.271,70. Tal fato repetiu-se para todos os meses de 2005, com receita bruta total declarada de R\$ 968.730,00 e receita tributável apurada de R\$ 28.166.332,58, importando numa diferença de R\$ 27.197.602,58.
- apesar de ser intimado através do Termo de Constatação e Intimação Fiscal nº 01 (fls. 23/25) a explicar as referidas divergências, o sujeito passivo ficou-se silente.
- foram apuradas insuficiências de valores de SIMPLES a pagar na Declaração Anual Simplificada de 2005, sobre a receita bruta declarada pela fiscalizada, decorrente de diferença de percentual aplicável.
- tendo deixado de efetuar a comunicação obrigatória prevista no Art. 13, II, “a”, da Lei 9.317/96, foi aplicada a multa de 10% sobre o valor total dos impostos e contribuições devidos no mês que antecedeu ao início dos efeitos da exclusão, conforme Art. 21 da mesma Lei.

#### **Da Manifestação de Inconformidade e da Impugnação**

4. Inconformado, o sujeito passivo apresentou manifestação de inconformidade contra o ADE 29/09 (fls. 357/360) na qual se irresigna contra a exclusão do SIMPLES e impugnação, (fls. 366/391) na qual se insurge contra os lançamentos do IRPJ, PIS, CSLL, COFINS e INSS e respectivos acréscimos legais, mediante argumentação apresentada, em síntese, a seguir:

#### **Da Manifestação de Inconformidade**

5. O ADE não merece prosperar, tendo em vista que contra os autos de infração há impugnação impetrada, razão pela qual a exclusão só pode acontecer após o trânsito em julgado das mesmas;

5.1 Tenta socorrer-se do Art. 151 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66)

#### **Da Impugnação**

6. Da Preliminar

6.1. Nulidade do AI pelo fato de o mesmo ter sido lavrado fora do local da infração. Remete ao Art. 10, *caput*, do Dec. 70.235/72 e que o mesmo fala em “*local da verificação da falta*”. O AI deve ser lavrado no local em que for constatada a falta, o que não ocorreu *in casu*, já que a AFRFB o lavrou em local diverso do determinado

pelo referido Art. 10. Prova disto é que a ciência somente foi dada à impugnante no dia 04/05/09, em que pese o AI ter sido lavrado em 24/04/09;

6.2. Desrespeito ao Art. 6º da Lei 9.317/96, pois somente poderia haver a lavratura de um único AI para cobrar todos os supostos Créditos Tributários, pois, de acordo com o referido dispositivo, os tributos incluídos no SIMPLES deverão ser recolhidos de forma **unificada e centralizada (grifos no original)**. Assim é equivocada a cobrança separadamente dos tributos federais nos diversos AIs lavrados;

6.3. Nulidade por não observância da progressividade da alíquota aplicada, tendo-se em vista que a AFRFB atribuiu somente uma alíquota aos supostos créditos tributários vindicados, violando o Art. 5º, I, da Lei 9.317/96. Acosta os percentuais aplicáveis no ano de 2005. À medida que o valor da base de cálculo vai aumentando, a alíquota também vai, sendo o que deveria ter sido feito pela fiscal. Os cálculos devem ser refeitos.

6.4. Nulidade do AI pelo fato de a multa de 75% contrariar o direito de propriedade, bem como a vedação ao confisco. Tenta arrimar-se solenemente no Art. 5º, XXII da Constituição da República.;

6.5. Nulidade do AI pela impossibilidade da utilização da taxa SELIC para fins tributários;

6.6. Também é nulo o AI face à ausência de instrumento legal necessário à sua cobrança. Explana o conteúdo do Art. 142 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66) e assevera que o montante do tributo devido e penalidade cabível são considerados Crédito Tributário. O Art. 146, III da Constituição da República diz que cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre, na alínea “b”, Crédito Tributário. Como o AI está lastreado na Lei 9.430/96, que é ordinária, não é instrumento legítimo hábil à cobrança do Crédito Tributário, não podendo ocorrer a sua exigência.

A decisão recorrida está assim ementada:

*CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FATO EXTINTIVO. ÔNUS DA PROVA. A alteração do crédito tributário constituído deve se basear em fatos extintivos ou modificativos, arguidos como matéria de defesa, devidamente demonstrados pelo contribuinte mediante produção de provas.*

*PRECLUSÃO PROCESSUAL ADMINISTRATIVA. EXCESSO DE RECEITA BRUTA E INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO SOBRE A RECEITA DECLARADA. A matéria não expressamente impugnada está sujeita à preclusão. Necessidade de estabilização do processo contencioso fiscal. Inteligência do Art. 17 do Decreto 70.235/72.*

*JUROS DE MORA. TAXA SELIC. O art. 61, caput e § 3º, c/c art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.430/1996, que estabelecem a aplicação de juros moratórios com base na taxa SELIC para os débitos tributários não pagos até o vencimento, estão plenamente em vigor no ordenamento jurídico, devendo, portanto, ser aplicados.*

*MULTA DE OFÍCIO DE 75% SOBRE O PRINCIPAL. Nos termos do inciso I, do artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, constatada falta de recolhimento de tributo ou mesmo a sua insuficiência, aplicável é a multa de 75% sobre o imposto apurado, a ser exigida de ofício.*

*SIMPLES - ALÍQUOTAS - FAIXAS - RECEITA – CUMULATIVIDADE. As alíquotas previstas no Art. 5º da Lei 9.317/96 são aplicadas sobre a receita bruta acumulada no mês, para efeito de tributação dentro do sistema SIMPLES. Inteligência do §2º do Art. 5º, da mesma Lei. Ultrapassados os limites para empresa de pequeno porte, haverá o acréscimo de 20%, conforme previsão do Art. 23 do mesmo normativo.*

*ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DURANTE O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO . IMPOSSIBILIDADE. É inadequada a postulação de matéria relativa à inconstitucionalidade na esfera administrativa, na forma prevista no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, acrescido pela Lei 11.941/09.*

*OMISSÃO DE RECEITAS. SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. Comprovada a ocorrência de omissão de receita através da escrita fiscal, ultrapassando o limite legal para a permanência no regime simplificado, a interessada deve ser excluída de ofício do SIMPLES, cujos efeitos serão processados para o ano-calendário subsequente, com a consequente manutenção do ato declaratório de exclusão do referido regime simplificado.*

*Impugnação Improcedente*

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário, no qual contesta as conclusões do acórdão recorrido, repisa as alegações da peça impugnatória e, ao final, requer o provimento nos seguintes termos:

#### **IV – Pedidos:**

Diante do exposto, REQUER, a recorrente, que seja reformada a r. Decisão de primeira instância para que: (a) seja julgado nulo o auto de infração que ora se questiona, pelas razões trazidas nesta peça recursal; ou (b) não sendo atendido o pedido imediatamente anterior, hipótese que se ventila apenas para efeito de argumentação, REQUER, então, seja determinada a exclusão dos juros calculados com base na taxa SELIC e da multa prevista na Lei 9.430/96.

Ademais, REQUER seja determinada a suspensão imediata dos efeitos da ADE 29/09 até ulterior trânsito em julgados dos autos de infração oriundos do MPF n. 0720100/00716/08.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Antonio Jose Praga de Souza, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos legais e regimentais para sua admissibilidade, dele conheço.

Conforme relatado, a Fiscalização apurou que no ano-calendário de 2005 a contribuinte declarou a Receita Federal receita bruta total de R\$ 968.730,00, todavia, em verdade, auferiu receita tributável de R\$ 28.166.332,58, conforme apurado em seus livros fiscais.

Em seu recurso voluntário, a contribuinte não contesta os valores da omissão apurada de ofício, repisando “ipsis litteris” as alegações já enfrentadas na decisão de 1ª instância, cujos fundamentos transcrevo:

“(…)

### Das Preliminares

8. Quando o Art. 10 do Dec. 70.235/72 fala em local “*da verificação da falta*”, não quer condicionar, obrigatoriamente, ao local de funcionamento da empresa. Eis a dicção do normativo:

*10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:(grifos nossos)*

9. Ao se compulsar os autos do processo, verificou-se que o contribuinte foi intimado a apresentar todos os seus livros fiscais e demais documentos na unidade da SRFB circunscricionante de seu domicílio tributário e **lá foi verificada a falta**, não na sede da empresa, local onde foi cometida a falta. Há que se fazer a distinção de local de cometimento da infração tributária para o local de sua verificação. Ainda que nada disto fosse suficiente, é remansosa e vespertina a posição do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) a este respeito, o que é de se ver, dado o verbete nº 6, de sua Súmula de jurisprudência, *litteris*:

*“É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.”*

10. Em relação ao fato de o Art. 6º da Lei 9.317/96 dizer que os tributos que a pessoa jurídica inscrita no SIMPLES serão recolhidos de forma unificada, não significa dizer que a lavratura de AI para a cobrança dos mesmos também seguirá idêntica sistemática.

11. Apesar de a Lei 9.317/96 embasar parte deste lançamento (a outra é embasada pela Lei 9.430/96), tal não é motivo para nulidade, pois se cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais de Direito Tributário, em especial sobre o Crédito Tributário, cada ente da Federação só precisará do normativo qualificado quando a Constituição da República assim o determinar e tal não aconteceu para a exigência dos tributos no regime simplificado e a multa e juros de mora no mesmo sistema. É o que se depreende da combinação dos Arts. 19 da Lei 9.317/96 e 44, I da Lei 9.430/96. Outro fato que não é de menor importância é que o Art. 145 da Constituição da República não exigiu dos Entes Federativos Lei Complementar para

a instituição de seus tributos, conforme a redação que abaixo se vê, onde não é mencionada a referida qualificação normativa:

*Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:*

*I - impostos;*

*II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;*

*III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.*

*§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.*

*§ 2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.*

12. Assim sendo, rejeito as preliminares suscitadas e estabeleço a higidez formal do lançamento e o declaro apto ao julgamento do mérito. Esclareço ainda que deixei de apreciar as questões relativas à SELIC, progressividade de alíquota e multa de 75% em sede de preliminar, pois, em que pese o fato de o contribuinte tê-las ventilado nesta geografia processual, as mesmas circunvizinham-se ao cerne do lançamento, à sua materialidade e devem ser julgadas em sede meritória.

### **Do Mérito**

#### **Da Aplicação da Alíquota do SIMPLES**

13. Não assiste razão ao contribuinte quando exige a aplicação da progressividade de alíquotas dentro de cada mês em relação ao montante de suas receitas brutas apuradas pela fiscalização.

14. Explica-se: o mandamento do Art. 5º, §1º, da Lei 9.317/96, é claro no tocante de como devem ser aplicadas as alíquotas do SIMPLES sobre o acúmulo de receita para a apuração e recolhimento nesta sistemática de tributação:

*Art. 5º O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos seguintes percentuais: (...)*

*§ 1º O percentual a ser aplicado em cada mês, na forma deste artigo, será o correspondente à receita bruta acumulada até o próprio mês. (grifos nossos)*

15. Então, para se aplicar a alíquota determinadora do *quantum* a ser recolhido no próprio mês, deve-se, para efeito de cálculo de receita acumulada, somar o valor do mês anterior. O único mês que não está sujeito a este cálculo é janeiro.

16. No caso concreto da empresa, pelo volume alto de receita omitida, já no mês de janeiro foi ultrapassado o limite da alíquota mínima, como segue: Foi declarado um montante de R\$ 38.756,00 e a fiscalização apurou uma receita tributável de R\$ 2.356.625,55. Na primeira faixa, de até R\$ 120.000,00, a alíquota de 5% foi a que prevaleceu (Art. 5º, I, "c" – Lei 9.317/96). Na segunda faixa, até R\$ 1.200.000,00,

foi a alíquota de 8,6% (Art. 5º, I, “i” – Lei 9.317/96) e acima disto, houve o acréscimo de 20% sobre a alíquota de 8,6%, conforme Art. 23, §3º, da Lei 9.317/96, perfazendo nova alíquota de 10,32%.

17. Assim, já em janeiro a empresa atingiu a alíquota máxima estabelecida para o ano-calendário de 2005, que é de 10,32%, transitando apenas pelas alíquotas de 5% e 8,6%. Então a progressividade postulada, que realmente existe, só ocorreu no primeiro mês de 2005 e, mesmo assim, em diminuto espaço tributário, dada a rápida expansão de receita da interessada. Para todos os outros meses até dezembro de 2005, agiu o Fisco com correção ao aplicar a alíquota de 10,32% sobre a receita bruta tributável omitida

#### Da Taxa SELIC

18. A Impugnante contesta a cobrança de juros de mora calculados com base na taxa SELIC, porém, não lhe assiste razão.

19. O Código Tributário Nacional determina que os juros de mora devem ser de 1%(um por cento), se a lei não dispuser de modo diverso. O dispositivo deixa claro que a lei ordinária pode estabelecer taxas acima ou abaixo da prevista no CTN. Dispõe o art. 161 do CTN:

*Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

*§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.*

*§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.*

20. Sobre o assunto, Sacha Calmon Navarro Coelho, in “Teoria e Prática das Multas Tributárias – Infrações Tributárias – Sanções Tributárias”, 2ª edição, 1993, p. 77, ensina:

*Juros: são calculados sobre o principal da dívida (o tributo não pago), a título de compensar o Estado pela não disponibilidade do dinheiro, representado pelo crédito tributário, desde o dia previsto para o seu pagamento. São de 1% ao mês, caso as legislações específicas de cada tributo não prevejam percentual mais alto (CTN). O fato de não guardarem “estrita” proporcionalidade com o dano pela não-disponibilidade do tributo no tempo certo e poderem ser fixados ex lege constitui privilégio da Fazenda Pública.*

21. Cabe ainda observar que a lei 9.430/96 deu juridicidade à taxa SELIC para que esta incida sobre as contribuições em atraso, razão pela qual não há que se falar em ilegalidade. Cite-se, por oportuno, o disposto no arts. 61, §3º e 5º, §3º, da referida Lei, com vigência à época da ocorrência dos fatos geradores:

*Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Art. 5º O imposto de renda devido, apurado na forma do art. 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

22. Por fim, embora os juros à taxa SELIC seja matéria controvertida no âmbito do poder judiciário, vale ressaltar que a 1ª Turma do STJ tem decidido pela legalidade da norma, conforme se observa da Ementa do Agravo Regimental no Recurso Especial 2003/0199008-6, AGRESP 607653, publicado em 27/09/2004, transcrita abaixo:

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS. TAXA SELIC. LEGALIDADE. VIOLAÇÃO A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE.*

*I - A taxa SELIC é aplicável a partir de 1º de janeiro de 1996, para a correção de valores das obrigações tributárias, inclusive para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, em face da determinação contida no parágrafo 4º, do artigo 39, da Lei nº 9.250/95. Ressalte-se que a aludida taxa, por ser composta de juros e fator específico de correção do valor real não é devida em cumulação com outros índices de atualização monetária ou taxa de juros.*

*II - O entendimento acima referido, hoje prevalente na Primeira Seção, com o julgamento dos EREsp's 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC, tem em conta que a Lei nº 9.250/95, ao regular a matéria, definiu hipótese especial, não vilipendiando, por esta ótica, o Código Tributário Nacional. Somente quando há índice oficial específico, ou é afastada por inconstitucionalidade da lei que o fixou, é que se aplica o índice comum, previsto no artigo 161, § 1º, do CTN.*

*III - Precedentes: EREsp nº 246.731/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 25/08/2003; AGREsp nº 207.334/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 15/09/2003; e REsp nº 516.337/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ de 15/09/2003.*

*IV - É vedado a esta Corte analisar suposta violação a preceitos constitucionais, mesmo para fins de prequestionamento.*

*V - Agravo regimental improvido.*

23. No que tange à alegação de inconstitucionalidade do dispositivo que disciplina a aplicação da taxa SELIC, cumpre esclarecer que somente ao Poder Judiciário é dado exercer o controle concentrado ou difuso, de caráter repressivo, da constitucionalidade das leis, sendo inadequada a postulação de matéria dessa natureza na esfera administrativa estando tal vedação atualmente prevista no Decreto nº 70.235/1972, que trata do processo administrativo fiscal, em seu art. 26-A, **incluído pela Lei 11.094/09, in verbis:**

*“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.”*

24. Por esta razão, não procede a alegação do contribuinte sobre a impossibilidade de utilização da taxa de juros SELIC nos lançamentos efetuados.

25. Além do mais, já é sedimentada a jurisprudência administrativa a este respeito, conforme se vê no verbete nº 3 da Súmula do CARF, *verbis*:

*“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.”*

Da Multa de 75%

26. Ao omitir receita tributável para o Fisco, em sua Declaração Anual Simplificada de 2005, expôs-se o sujeito passivo ao lançamento de ofício e sua situação subsumiu-se ao estatuído no Art. 44, I, da Lei 9.430/96 (redação vigente à época, conforme Art. 144 do Código Tributário Nacional), onde está asseverada a multa de ofício de 75% sobre o tributo ou contribuição não recolhido, *litteris*:

*Lei 9.430/96*

*Multas de Lançamento de Ofício*

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:*

*I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte; **(grifos nossos)***

27. Não cabe ao Auditor-Fiscal efetuar qualquer juízo de valoração sobre o *quantum* efetivo da penalidade. Cabe-lhe apenas aplicar o valor determinado pela Lei e foi exatamente isto que o servidor responsável pelo lançamento fez, já que tal atividade é plenamente vinculada, a teor do Art. 142 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66).

28. Com base neste princípio, a atuação administrativa é infralegal. Desta forma, o administrador não pode aplicar incompletamente lei ou mesmo extrapolá-la. Sua atuação deve ser exatamente dentro dos limites previstos nesta. Sendo assim, desta afirmação podemos obter o conceito de legalidade administrativa: **A administração pública só pode fazer aquilo que a lei permite ou determina**. Afinal, como afirma Seabra Fagundes, "administrar é aplicar a lei de ofício".

29. Celso Antônio Bandeira de Mello nos explica, de forma magistral, o que seria o princípio em questão<sup>1</sup>:

*“É, em suma: a consagração da idéia de que administração pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.”*

30. Então, em relação ao valor da penalidade aplicada, agiu o Auditor com correção, dados os parâmetros explicitados no tópico 26 acima. Se tais valores são elevados, o são por determinação legal e não porque a fiscalização queira se tornar um cruel verdugo a zurrir um látego excruciante que vergasta o dorso do contribuinte em macabro clangor. Vale ressaltar também que a punição tem um aspecto educativo, visto que desestimula o mesmo tipo de conduta no futuro. Isto num aspecto individual. No aspecto geral também exerce um *non facere*, quando os outros contribuintes tomam conhecimento da atuação do aparato fiscal do Estado.

#### Da Matéria Preclusa

31. Ao se compulsar os autos que versam sobre esta lide tributário-administrativa, constata-se que o contribuinte não impugnou, ainda que indireta e discretamente, a matéria que é afeta ao excesso de receita bruta à falta de recolhimento sobre a receita declarada. É pacífica a jurisprudência do Conselho de Contribuintes a respeito do tema.

*MATÉRIA PRECLUSA - O julgamento administrativo inicia-se com o exame do lançamento sobre o qual pode falar o julgador independentemente de argumentação por parte do sujeito passivo. Admitida a legalidade do ato, questões não provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, com a apresentação da petição impugnativa inicial, constituem matérias preclusas das quais não pode o Conselho tomar conhecimento, por afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Fiscal. O não enfrentamento da matéria na inicial implica em concordância tácita do contribuinte com o tributação do valor omitido, sendo "extra petita" a decisão que afasta a exigência. Recurso de ofício provido. (Câmara Superior de Recursos Fiscais - Primeira Turma/ACÓRDÃO n.º CSRF/01-03.351de 17/04/2001, publicado no D.O.U de 28/09/2001)*

32. Incide, *in casu*, a regra do Art. 17 do Decreto 70.238/72, *litteris*:

*Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)*

#### Da Exclusão do Simples.

33. Não merece prosperar a assertiva de que o ADE 29/09 não pode surtir efeitos devido ao fato de os AIs estarem impugnados. A uma porque tais AIs foram julgados procedentes *in totum* (como acima visto); a duas porque o excesso de receita bruta foi extraído dos próprios Livros de Registro de ICMS e Registro de Saídas do contribuinte, que, diga-se de passagem, ao ser intimado através do Termo de Constatação e Intimação Fiscal nº 01 (fls. 23/25) a explicar as referidas divergências, **quedou-se silente**, fazendo incidir a regra salutar do Art. 17 do Decreto 70.235/72, Lei Ordinária em sua gênese:

*Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.*

34. Como consta do Demonstrativo de Diferenças Apuradas, às fls. 21/23, o interessado ultrapassou o limite estabelecido para as Empresas de Pequeno Porte no montante de R\$ 27.197.602,58 e sujeitou-se à exclusão de ofício a partir de 01/01/2006, de acordo com o art. 9º, II; art. 12; art. 13, II; art. 14, I; art. 15, IV da Lei nº 9.317/1996, proposta pela fiscalização (doc fls. 272/276), gerando o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO nº 29 de 28 de abril de 2009.

*Lei 9.317/96*

*Art. 9º. Não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica:*

*II - na condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano calendário imediatamente anterior receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.732/98)*

*Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:*

*I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;*

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

*IV – a partir do ano calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;*

35. Sendo assim, estando comprovado que o interessado auferiu receita bruta acumulada no ano calendário de 2005, no montante de R\$ 28.166.332,58, superior a R\$ 1.200.000,00, limite máximo permitido pela legislação vigente à época que tratava da matéria, confirma-se a exclusão do interessado do SIMPLES, formalizada pelo **ATO DECLARATÓRIO Nº 29, de 28 de abril de 2009**, a partir de 01/01/2006.

(...)

## CONCLUSÃO

No presente caso, a sonogação é patente. A empresa omitiu receitas superiores a 27 milhões de reais em 2005, permanecendo irregularmente no Simples, fato comprovado e jamais contestado nos autos.

Uma vez que a auditoria não foi estendida ao ano de 2004, a exclusão do Simples se deu em relação ao próprio ano de 2005, pelo que todos os tributos foram lançados de ofício aplicando a sistemática favorecida de tributação, nos termos da legislação de regência.

Resta assim, confirmar a correção do procedimento fiscal.

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

*(assinado digitalmente)*  
Antônio José Praga de Souza