MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº	:	11030.001136/00-98
SESSÃO DE	:	18 de fevereiro de 2004
ACÓRDÃO Nº	:	303-31.192
RECURSO Nº	:	126.649
RECORRENTE	:	DRJ/SANTA MARIA/RS
INTERESSADO	:	NIMAR TERRAPLENAGEM E CONSTRUÇÕES LTDA.

SIMPLES - EXCLUSÃO
Decisão de primeira instância pautada dentro das normais legais que regem a matéria e de conformidade com o que consta nos autos não merece qualquer reparo.
RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 18 de fevereiro de 2004

JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente

IRINEU BIANCHI
Relator

19 MAR 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ANELISE DAUDT PRIETO, ZENALDO LOIBMAN, PAULO DE ASSIS, NILTON LUIZ BARTOLI e FRANCISCO MARTINS LEITE CAVALCANTE. Ausente o Conselheiro CARLOS FERNANDO FIGUEIREDO BARROS. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional ANDREA KARLA FERRAZ.

MA/3

RECURSO Nº	:	126.649
ACÓRDÃO Nº	:	303-31.192
RECORRENTE	:	DRJ/SANTA MARIA/RS
INTERESSADO	:	NIMAR TERRAPLENAGEM E CONSTRUÇÕES LTDA
RELATOR(A)	:	IRINEU BIANCHI

RELATÓRIO

Adoto o relatório da decisão recorrida, nos seguintes termos:

A interessada, acima identificada, foi autuada e intimada a recolher as importâncias de R$149.211,74, R$27.504,80, R$22.143,51 e R$100.838,63, relativas a Imposto Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Programa de Integração Social (PIS), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), respectivamente, acrescidas dos juros de mora e da multa de ofício no percentual de 112,50%, prevista no art. 44, inciso I, e § 2º, da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

A autuação refere-se aos anos-calendário de 1997, 1998 e 1999 e os valores tributáveis estão devidamente discriminados no Auto de Infração e no demonstrativo de fl. 212.

A autuada apresentou, tempestivamente, as declarações do IRPJ nos anos calendário de 1997 e 1998, optando pela forma de tributação pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

Foram lavrados os Autos de Infração e os respectivos demonstrativos de fls. 05 a 24 e 213 a 236, o Termo de Verificação Fiscal de fls. 25 a 28 e os demonstrativos de fls. 208 a 212, tendo em vista a omissão receita apurada pelo confronto entre os valores registrados no Livro de Saídas e na declaração anual simplificada IRPJ/98 – SIMPLES do ano-calendário 1997, com o somatório das primeiras vias de diversas Notas Fiscais obtidas de seus clientes. Além disso, a autuada foi excluída do SIMPLES e teve o seu lucro arbitrado.

A autuação refere-se aos anos-calendário de 1997, 1998 e 1999 e os valores tributáveis estão devidamente discriminados no Auto de Infração e no demonstrativo de fl. 212.

Segundo o Termo de Verificação Fiscal, a autuada foi excluída do SIMPLES e teve o seu lucro arbitrado em razão da falta de cumprimento do dever de escriturar seus atos e fatos contábeis da forma prescrita em lei (arts. 258, 259, 527 do RIR/1999 e art. 7º da Lei n.º 9.317, de 1996) para o exercício da opção e permanência no SIMPLES.

A falta de atendimento da intimação de fls. 32/33 e dos demais documentos solicitados no Termo de Início de Fiscalização (fl. 29), ensejou o agravamento da multa para 112,50%, conforme previsto no art. 44, inciso I, § 2º, da Lei n.º 9.430, de 1996.

Os lançamentos foram fundamentos nos seguintes dispositivos legais:

IRPJ – art. 47, inciso II, da Lei n.º 8.981, de 20 de janeiro de 1995, artigos 258, 259, 527, 530, inciso II, 532 e 541 do Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/1999), art. 16 da Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 27, inciso I, da Lei n.º 9.430, de 1996 e art. 7º da Lei n.º 9.317, de 1996.

PIS – art. 3º, alínea "b", da Lei Complementar n.º 7, de 07 de setembro de 1970, art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar n.º 17, de 12 de dezembro de 1973, título 5, capítulo 1, seção 1, alínea "b", itens I e II, do Regulamento do PIS/PASEP, aprovado pela Portaria n.º 142, de 1982, arts. 2º, inciso I, 3º, 8º, inciso I, e 9º da Medida Provisória n.º 1.249, de 1995 e suas reedições, art. 3º da Lei n.º 9.715, de 1998, arts. 2º, inciso I, 8º, inciso I, e 9º da Lei n.º 9.715, de 1998, art. 24, § 2º, da Lei n.º 9.249, de 1995 e arts. 2º e 3º da Lei n.º 9.718, de 1998.

CSLL – art. 2º, e parágrafos, de Lei n.º 7.689, de 1988, arts. 19 e 20 da Lei n.º 9.249, de 1995, com as alterações do art. 6º da Medida Provisória n.º 1.807, de 1999 e suas reedições, e art. 29, inciso I, da Lei n.º 9.430, de 1996.

COFINS – artigos 1º, 2º e 3º da Lei Complementar n.º 70, de 30 de dezembro de 1991, e arts. 2º, 3º e 8º, da Lei n.º 9.718, de 1998, com as alterações da Medida Provisória n.º 1.807, de 1999 e suas reedições, com as alterações da Medida Provisória n.º 1.858, de 1999 e suas reedições.

Cientificada dos lançamentos em 30/08/2000, a autuada apresentou, em 28/09/2000, a impugnação de fls. 243 a 257, com os documentos de fls. 259 a 316, onde constam os seguintes argumentos de defesa:

Quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica

- não ocorreu hipótese de omissão de receita em relação às notas fiscais. A Nota Fiscal n.º 285, no valor de R$22.169,15, de 31/08/1998, está devidamente escrituradas no Livro Registro de Saídas e as demais foram anuladas ou emitidas em substituição a outras. Para desfazer a autuação, está reconstituindo todas as operações, a qual não podendo ser feito no curto prazo de 30 dias, requer a juntada posterior dos documentos probatórios;

- sendo optante pelo SIMPLES, com base no art. 27, § 1º, da IN/SRF n.º 09, de 1999, está dispensada de manter escrituração comercial, cabendo-lhe, apenas, manter em boa ordem e guarda os livros Caixa e de Inventário, além dos documentos que embasaram os respectivos registros;

- mesmo não obrigada apresentou o livro Diário acompanhado dos documentos que deram origem aos lançamentos. Conseqüentemente, ao escriturar esse livro foi além da obrigação de registrar sumariamente o livro Caixa;

- ao contrário que alega a fiscalização, as deficiências contábeis apontadas não impossibilitam a apuração da base de cálculo e dos tributos devidos na sistemática do SIMPLES, e nem são determinantes da não permanência nesse regime;

- os percentuais utilizados para o arbitramento do lucro somente se aplicam para as empresas tributadas pelo lucro real ou presumido. No caso do SIMPLES, o arbitramento do lucro só pode ser formalizado mediante a aplicação dos percentuais próprios desta categoria de empresa, sempre dentro dos parâmetros do SIMPLES;

- mesmo que se admitisse o emprego dos percentuais gerais de arbitramento, no presente caso não caberia a aplicação do percentual de 38,40% (32% + 20%), pois esses evoluem segundo o nível de lucratividade das diversas atividades, assim como também, em função dos capitais investidos para a obtenção da receita. De uma forma distorcida, a fiscalização considerou as receitas oriundas

da prestação de serviços de terraplanagem, destocamento, construção de barragens, açudes e aterros, que exigem elevados investimentos em máquinas pesadas, no mesmo nível de lucratividade das atividades discriminadas no inciso III, alínea "a" a "d" do art. 15 da Lei n.º 9.249, de 1995, que envolvem um mínimo de emprego de equipamentos, sem maiores inversões de capital. Além disso, as autoridades fiscais não atentaram para o tratamento tributário previsto no art. 47, § 1°, do RIR/1999.

- o trabalho fiscal apresenta erros, pois classifica como prestação de serviços diversas notas fiscais que correspondem a venda de materiais diversos;

- a fiscalização não considerou os valores declarados e pagos.

Da multa agravada de 112,50%

A alegada insuficiência ou ausência da entrega de livros e documentos não constitui ato suficientemente tipificável para dar ensejo ao agravamento da multa. Além disso, é indevida a imposição da multa agravada sobre valores de receitas já escrituradas e declaradas.
"Assim, o agravamento da multa não pode subsistir nos lançamentos do IRPJ, PIS, CSLL e COFINS.

Da exclusão do SIMPLES

A exclusão da autuada do SIMPLES é indevida pelos seguintes motivos:

- os Agentes Fiscais não dispõem de competência funcional para praticar tal ato. Consoante o art. 196, § único, do RIR/1999, a exclusão de ofício somente se dá mediante ato declaratório da autoridade da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, no caso, o Delegado;

- não houve a expedição de qualquer ato declaratório formalizando tal procedimento;

- não houve nenhuma medida no sentido de assegurar o direito ao contraditório à pretendida exclusão de ofício do SIMPLES;

- o ato válido de exclusão do SIMPLES gera efeitos futuros e não pretéritos (art. 196 do RIR/1999).

Além disso, continua a autuada, a omissão de receita por falta de escrituração de algumas notas fiscais não gera sua exclusão do SIMPLES.

Dos lançamentos decorrentes do PIS, CSLL e COFINS

Afirma que o PIS, a CSLL e a COFINS estão assentadas nos mesmos motivos que deram origem ao lançamento do IRPJ, conseqüentemente, todas as ponderações de natureza fático/jurídicas que embasaram a impugnação apresentada contra a exigência daquele imposto são aplicáveis a essas exações.

Concomitante aos argumentos de defesa feitos no IRPJ, sustenta que a fiscalização deveria ter computado os valores já declarados e pagos dessas contribuições, ficando evidenciado erro nos lançamentos.

Especificamente em relação ao PIS e a COFINS, argumenta que os valores mensais do "Valor Tributável" consignados no "Demonstrativo de Apuração", correspondem ao dobro do valor apurado no "Demonstrativo da Receita Total" (fl. 212), devendo tal erro ser desfeito.

Dos Pedidos

Requer, finalmente, o cancelamento das exigências do IRPJ, do PIS, da COFINS e da CSLL.

Do pedido de esclarecimentos

Em razão do argumento da interessada de que teria sido excluída de ofício do SIMPLES sem que nenhum ato declaratório da autoridade fiscal jurisdicionante do domicílio fiscal da contribuinte tivesse sido editado, e sem que lhe fosse concedido direito a ampla defesa e ao contraditório, o presente processo foi encaminhado à Delegacia da Receita Federal em Passo Fundo com a finalidade de ser esclarecido se a contribuinte fez opção pelo SIMPLES, nos anos-calendário de 1997, 1998 e 1999 e em que data; se a contribuinte foi efetivamente excluída de ofício ou a pedido do SIMPLES, esclarecendo em que data teria se dado a exclusão e quais os seus

fundamentos de fato e de direito; e se no caso de exclusão de ofício foi ou não expedido ato declaratório da autoridade fiscal competente determinando a referida exclusão do SIMPLES, juntando aos autos, em caso afirmativo, o referido ato (fls. 319-320).

Em resposta, a DRF de Passo Fundo assim informa (fls. 324):

"Em atendimento ao Despacho de fls. 319/320, juntei ao processo "telas" de consulta ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ (fls. 322-323), das quais se verifica que a autuada era optante do SIMPLES desde **01/01/1997,** tendo comunicado, entretanto, a sua exclusão deste Sistema por opção da empresa, na forma prevista no art. 13, I, da Lei n.º 9.317/96, com efeitos a partir de **01/01/1999,** mediante alteração cadastral processada em 29/12/1998.

2. De outra parte, informo que não foi emitido Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES para a contribuinte em questão, tendo em vista a sua exclusão voluntária em 01/01/1999.

Em razão do confronto entre as informações de fls. 322 a 324, com os argumentos constantes na impugnação, havendo duas versões distintas sobre o mesmo fato, o presente processo foi novamente encaminhado à DRF de Passo Fundo para que fosse anexado ao processo cópia do pedido ou comunicação da contribuinte solicitando sua exclusão do SIMPLES.

Em atendimento, a ARF em Carazinho anexou cópia do SISCAC de fls. 329-330, e informa que "não possuímos arquivado na UL a FCPJ com o evento 302 – solicitação de exclusão do SIMPLES (opção do contribuinte); conforme tela impressa de consulta ao SISCAC, item 04, que juntamos ao presente, o prazo para arquivamento é de apenas 01 ano e somente para o DBE, dispensando portanto, o arquivamento das FCPJ".

Remetidos os autos à DRJ/STM, seguiu-se a decisão colegiada de fls. 335/343, cuja 1ª Turma Julgadora, por unanimidade de seus membros, declarou nulo o ato de exclusão do SIMPLES e em conseqüência julgou improcedentes os lançamentos.

São os seguintes os fundamentos da decisão recorrida:

"Antes de qualquer outra análise, é necessário saber se a exclusão do SIMPLES foi a pedido da autuada ou se foi efetuada de ofício.

Na impugnação, a autuada argumenta que a sua exclusão do SIMPLES foi feita pela fiscalização, irregularmente, não gerando nenhum efeito jurídico-tributário, pois os Agentes Fiscais não dispõem de competência funcional para esse ato e não foi editado o competente ato declaratório pela autoridade da Secretaria da Receita Federal, que é obrigatório no caso da exclusão de ofício.

Em razão desses argumentos, o presente processo foi encaminhado à Delegacia da Receita Federal em Passo Fundo com a finalidade de ser esclarecido se a contribuinte fez opção pelo SIMPLES, nos anos-calendário de 1997, 1998 e 1999 e em que data; se a contribuinte foi efetivamente excluída de ofício ou a pedido do SIMPLES, esclarecendo em que data teria se dado a exclusão e quais os seus fundamentos de fato e de direito; e se no caso de exclusão de ofício foi ou não expedido ato declaratório da autoridade fiscal competente determinando a referida exclusão do SIMPLES, juntando aos autos, em caso afirmativo, o referido ato (fls. 319-320).

Em resposta, a DRF de Passo Fundo informa (fls. 324) que a autuada era optante do SIMPLES desde 01/01/1997, tendo comunicado, entretanto, a sua exclusão deste Sistema por opção da empresa, na forma prevista no art. 13, I, da Lei n.º 9.317/96, com efeitos a partir de 01/01/1999, mediante alteração cadastral processada em 29/12/1998. Informa, também, que não foi emitido ato declaratório de exclusão, tendo em vista a sua exclusão voluntária em 01/01/1999.

Continuando a dúvida, foi novamente o presente processo encaminhado à DRF de Passo Fundo para que fosse anexado ao processo cópia do pedido ou comunicação da contribuinte solicitando sua exclusão do SIMPLES. Em atendimento, a ARF em Carazinho anexa cópia do SISCAC de fls. 329-330, e informa que não possuí arquivado na UL a FCPJ com o evento 302 – solicitação de exclusão do SIMPLES (opção do contribuinte), que o prazo para arquivamento é de apenas 01 ano, e somente para o DBE, dispensando portanto, o arquivamento das FCPJ.

Verifica-se, portanto, que existem duas versões sobre o assunto: o da autuada, que diz não ter pedido a sua exclusão do SIMPLES, o da repartição, que diz ter sido a pedido da autuada.

Analisando esses fatos e as peças do processo, constata-se que não há provas concretas de que foi a autuada que pediu a sua exclusão do SIMPLES, devendo ser considerado que foi de ofício e não a pedido da autuada. Salienta-se que, embora solicitada cópia do pedido ou da comunicação de exclusão do SIMPLES, tal pedido não foi atendida pela repartição competente. Somente argumentou não possuir arquivado tal pedido ou comunicação (FCPJ).

Em relação à forma pela qual dar-se-á a exclusão de ofício, o artigo 15, da Lei n.º 9.317, de 1996, com o novo parágrafo 3º, acrescentado pelo art. 3º, da Lei n.º 9.732, de 11 de dezembro de 1998, dispõe que:

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:
"[...]
§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo."

O art. 8º do referido dispositivo determinou que este entraria em vigor na data de sua publicação, o que ocorreu em 14 de dezembro de 1998.

Como a autuação ocorreu em 30/08/2000 (fl. 05), o dispositivo que determina a edição de ato declaratório para exclusão de ofício do SIMPLES já se encontrava em vigor.

Por sua vez, o artigo 16 da Lei n.º 9.317, de 1996, transcrito a seguir, estabelece que somente a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, é que a pessoa jurídica sujeitar-se-á às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas:

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas."

Da leitura dos dispositivos legais supracitados, depreende-se que a pessoa jurídica optante pelo SIMPLES somente poderá ser submetida às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão daquela sistemática de tributação, e esta, por sua vez, somente dar-se-á em razão da ocorrência de uma e ou mais hipóteses de exclusão de ofício, previstas na lei, e mediante ato declaratório, expedido pelo Delegado da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte.

Conforme se verifica no texto legal, a edição de ato declaratório determinando a exclusão de ofício do Simples deve ser emitido por autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, que, no caso, é o Delegado da Receita Federal em Passo Fundo - RS.

No caso em tela, como não foi formalizado processo que trate unicamente da exclusão da autuada do SIMPLES, nem emitido ato declaratório pelo Delegado da Receita Federal em Passo Fundo excluindo a empresa do mencionado sistema, concluiu-se que a exclusão foi feita no "Termo de Verificação Fiscal", pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal que o lavrou.

Logo, o ato que determinou a exclusão da autuada do SIMPLES é nulo em virtude ter sido lavrado por servidores incompetentes (art. 59, I, do Decreto n.º 70.235, de 1972) e sem a observação das formalidades constantes dos dispositivos legais que o regulam (falta do ato declaratório de exclusão), prejudicando, em conseqüência, os créditos tributários lançados, os quais só podem ser exigidas após a emissão do competente ato declaratório.

Considerando que os lançamentos devem ser cancelados, deixa-se de analisar os demais argumentos de defesa.

Nestes termos, voto pela nulidade do o ato de exclusão do SIMPLES e, em conseqüência, pela improcedência dos lançamentos do IRPJ, PIS, CSLL e COFINS, nos valores de R$ 149.211,74, R$ 27.504,80, R$ 22.143,51 e R$ 100.838,63, respectivamente, e acréscimos legais."

À vista do disposto no art. 34, do PAF, e de acordo com a Portaria MF nº 375, de 7 de dezembro de 2001, a Turma Julgadora recorreu de ofício.

RECURSO Nº : 126.649
ACÓRDÃO Nº : 303-31.192

Cientificada da decisão (fls. 350), a interessada quedou-se inerte.

É o relatório.

RECURSO Nº : 126.649
ACÓRDÃO Nº : 303-31.192

VOTO

Trata-se de recurso *ex ofício*, tendo em vista que a Turma Julgadora, considerou nula a exclusão da contribuinte do SIMPLES.

Como conseqüência lógica, a Turma Julgadora decidiu, acertadamente, que não subsistiam os motivos determinantes da exigência fiscal tributária, e por tal razão julgou improcedentes os lançamentos.

Com efeito, analisando tudo o que dos autos consta, e à luz da legislação pertinente, é possível afirmar que a decisão de primeira instância está pautada dentro das normais legais que regem a matéria e de conformidade com o que consta nos autos, não merece qualquer reparo.

Desta forma, estando a solução do litígio amparada em escorreita prova documental, nada mais resta a este Colegiado senão acolher as suas conclusões para, conhecer do recurso e desprovê-lo.

Sala das Sessões, em 08 de fevereiro de 2004

IRINEU BIANCHI - Relator

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n. °:11030.001136/00-98
Recurso n.° 126.649

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 2° do artigo 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional junto à Terceira Câmara, intimado a tomar ciência do Acórdão n° 303.31.192

Brasília - DF 17 de março de 2004

João Holanda Costa
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em: 19 MAR 2004

Andréa Karla Ferraz
Procuradora da Fazenda Nacional
OAB/MG 74843