



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE  
SEGUNDA CÂMARA**

**Processo nº** 13411.000014/2004-75  
**Recurso nº** 140.828 Voluntário  
**Matéria** MULTA DIVERSA  
**Acórdão nº** 302-39.710  
**Sessão de** 13 de agosto de 2008  
**Recorrente** GILBERTO NUNES MOTA & CIA LTDA. - ME  
**Recorrida** DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 1999, 2000

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO.  
COMPETÊNCIA DE JULGAMENTO.**

Compete ao Primeiro Conselho de Contribuintes o julgamento dos processos que tratam de autos de infração relacionados ao SIMPLES.

Recurso não conhecido por declínio de competência em favor do Primeiro Conselho de Contribuintes.

**DECLINADA A COMPETÊNCIA**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da segunda câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, declinar da competência do julgamento do recurso em favor do Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes, nos termos do voto do relator.

  
JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente

  
LUCIANO LOPES DE ALMEIDA MORAES - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: **Corintho Oliveira Machado**, **Mércia Helena Trajano D'Amorim**, **Marcelo Ribeiro Nogueira**, **Beatriz Veríssimo de Sena**, **Ricardo Paulo Rosa** e **Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro**. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional **Maria Cecília Barbosa**.

## Relatório

Por bem descrever os fatos relativos ao contencioso, adoto o relato do órgão julgador de primeira instância até aquela fase:

*Trata o presente processo de autos de infração de IRPJ, PIS, CSLL, COFINS e INSS incluídos no SIMPLES, lavrados em 15/01/2004, às folhas 175 a 230, acompanhados do Termo de Verificação Fiscal de folhas 166 a 174, que serviu de base, também, para o processo de nº 13411.000015/2004-10.*

*O crédito foi lançado em virtude da falta de recolhimentos na sistemática do SIMPLES nos anos calendários 1999 e 2000 e totalizou R\$ 156.620,64, acompanhado de multa de ofício de 75% e juros de mora calculados até a data do efetivo pagamento, assim distribuídos:*

IRPJ	R\$ 11.069,86
PIS	R\$ 11.069,84
CSLL	R\$ 22.694,85
COFINS	R\$ 45.389,73
INSS	R\$ 66.396,36
TOTAL	R\$ 156.620,64

*Além dos valores lançados na tabela acima, também foi lavrada Multa Regulamentar (artigos 13, inciso II e 21, da Lei nº 9.317/96), pela inobservância da obrigatoriedade da comunicação de exclusão do SIMPLES, no valor de R\$ 938,88, não passível de redução.*

*A questão principal que origina este auto de infração é sobre estar, ou não, o interessado, incluído da sistemática do SIMPLES nos anos calendário de 1999 e 2000.*

*O Termo de Verificação Fiscal, na folha 168, explicita a situação do interessado no que se refere à opção pela forma de tributação.*

*Quando de sua inscrição no CNPJ, em 10/07/98, o contribuinte fez a opção pelo SIMPLES, enquadrado na opção de microempresa. Em janeiro de 1999, atendendo à condição exigida para permanência na sistemática do SIMPLES, comunicou, tempestivamente, a alteração do porte da empresa para pequeno porte, tendo em vista que no ano de 1998 ultrapassou o limite de faturamento permitido para microempresa (fl. 54 – verso).*

*Durante os anos 1999 a 2001 a empresa apresentou indevidamente as declarações na opção de lucro real, uma vez que era optante pelo SIMPLES e em nenhum momento solicitou sua exclusão nos moldes da Lei nº 9.317/96.*

*Em 20/06/2003 a fiscalizada entrou com pedido de exclusão do SIMPLES retroativa a 01/01/1999, protocolizado sob o número de processo 13411.000370/2003-16. Solicitação esta que foi indeferida*



conforme Parecer SORAT nº 156/2003 e Despacho Decisório nº 156/2003 de fls. 58 a 63. (Negritei)

Concomitantemente com o pedido acima citado, a mesma encaminha eletronicamente, em 04/07/03, o evento 306 (exclusão do SIMPLES pelo exercício de atividade econômica vedada), com efeitos retroativos a 01/01/1999, mediante transmissão da Ficha Cadastral de Pessoa Jurídica – FCPJ, ocasionando a alteração indevida do cadastro da empresa nos registros da Receita Federal. Posteriormente, em 12/09/03, é solicitado, também, através de apresentação de FCPJ, a alteração do porte da empresa (evento 222), passando de empresa de pequeno porte para demais empresas (fl. 55 – verso).

É importante salientar que os procedimentos descritos no parágrafo anterior foram efetuados erroneamente, tendo em vista que a solicitação de exclusão retroativa, após análise desta Delegacia da Receita Federal, foi indeferida, conforme consta do Parecer supracitado (fl. 62), contendo, inclusive, a informação de que a atividade econômica exercida pela empresa não era vedada. Logo, o contribuinte utilizou-se de evento indevido para alteração cadastral eletrônica.

Diante do exposto no parágrafo anterior, foi elaborada Representação Fiscal protocolizada sob o número de processo 13411.000658/2003-82, sugerindo que a empresa retornasse à condição de SIMPLES, e, também, propondo a exclusão desta sistemática de tributação a partir de 01/01/2001, uma vez que, no decorrer deste procedimento fiscal, foi constatado que a empresa ultrapassou o limite de faturamento permitido a empresas de pequeno porte no ano de 2000, ensejando em sua exclusão obrigatória, conforme alínea b, inciso II, do art. 13, da Lei nº 9.317/96.

Em 18/12/03, foi publicado no DOU, Seção I, Ato Declaratório Executivo nº 03, assinado pelo Delegado da receita federal em Petrolina, que exclui a fiscalizada da sistemática do SIMPLES, com efeitos a partir de janeiro de 2001.

É importante observar que o contribuinte não efetuou, nos prazos determinados, a comunicação a que estava obrigado, infringindo a alínea b, § 3º, do art. 13, o que acarretou no lançamento da multa insusceptível de redução prevista no art. 21, da Lei nº 9.317/96. (Negritei)

Do ADE Nº 03, que excluiu o interessado do SIMPLES, não foi apresentado recurso, conforme comprova o extrato da movimentação do processo 13411.000370/2003-16 juntado às folhas 1123 a 1125.

Nos autos do processo estão juntados diversos termos fiscais com as respectivas respostas fornecidas pelo interessado e partes dos livros contábeis e fiscais, onde se destaca, pela importância dada pela Auditora Fiscal, o Livro de Apuração do ICMS.

Esta importância se constata através da comparação entre as receitas levantadas no livro Razão e no livro de ICMS, efetuada às folhas 87 e 88. Mesmo tendo verificado que nos meses de maio, junho e agosto de

1999 e fevereiro, abril, maio, junho e setembro de 2000 os valores das receitas lançados no Razão eram maiores dos que os registrados no livro de Apuração do ICMS, a Fiscal utilizou os valores lançados no livro do ICMS como base para a planilha "Composição da base de cálculo – Apuração sintética" às folhas 160 e 161.

Utilizando-se das receitas lançadas no Livro de Apuração do ICMS, a Auditora Fiscal elaborou as planilhas "Apuração de Débito" de folhas 162 e 163 e "Demonstrativo de situação fiscal apurada" de folhas 164 e 165.

As planilhas de folhas 156 a 159 demonstram os pagamentos efetuados pelo interessado, espontaneamente, relativos aos anos calendário 1999 e 2000, para os tributos COFINS, PIS, CSLL e IRPJ.

Além dos parágrafos do Termo de Verificação Fiscal evidenciados anteriormente, a única outra observação que merece destaque, relativamente aos anos calendário autuados neste processo, é o fato de que parte das notas fiscais de saída emitidas no ano calendário de 1999 estavam imprestáveis para leitura.

O interessado apresentou, em 11/02/2004, as seguintes impugnações:

I	Contra o auto de infração de SIMPLES	Fls. 236 a 243
II	Contra o auto de infração de IRPJ - SIMPLES	Fls. 368 a 380
III	Contra o auto de infração da CSLL - SIMPLES	Fls. 510 a 522
IV	Contra o auto de infração da COFINS - SIMPLES	Fls. 654 a 669
V	Contra o auto de infração do PIS - SIMPLES	Fls. 799 a 814
VI	Contra o auto de infração do INSS - SIMPLES	Fls. 946 a 958

Passo a relatar, a seguir, os pontos mais relevantes de cada uma das impugnações.

*Impugnação I (SIMPLES).*

A Fiscalização apontou o cometimento de infração à legislação tributária, especificamente, pela falta de comunicação da exclusão do regime simplificado "por opção".

O interessado, verificando a obtenção de faturamento superior ao limite estabelecido para permanência no SIMPLES, informou à Delegacia de Petrolina o fato, pugnando, em 23/06/2003, pela sua exclusão a partir do ano calendário de 1999, conforme demonstra o documento juntado às folhas 244 e 245.

Estabelecendo a lei balizamentos precisos e seguros à identificação do rol de contribuintes que podem se submeter ao regime simplificado de tributação, não existe espaço para flexibilização dos parâmetros pelos administradores. Se o interessado aufere faturamento superior ao limite legal – e este é o caso – não tem o Agente de fiscalização a faculdade discricionária de determinar a sua permanência no aludido regime.

Diante do exposto, vem requerer a anulação do auto de infração, face à inexistência de infração cometida pelo interessado, porquanto, no momento em que verificou a superação do limite de faturamento

*previsto na Lei nº 9.317/96, passou a apurar os impostos e contribuições, formalizando, nos prazos e formas regulares, a situação, através da entrega da declaração de rendimentos pela opção do lucro real.*

*Impugnações II e III (IRPJ e CSLL - SIMPLES).*

*O interessado auferiu receitas em montante superior ao estabelecido para permanência no regime de tributação simplificado, portanto, procedeu, nos termos da legislação de regência, à apuração do IRPJ sob a sistemática do lucro real, deixando de adotar, por incompatibilidade, as regras de apuração pertinentes ao SIMPLES, fato que gerou as diferenças de recolhimento apontadas no auto de infração.*

*A apuração do crédito tributário pela Agente Fiscal não levou em consideração os elementos constantes na escrituração fiscal do interessado e os autos de infração de IRPJ e CSLL foram efetuados por arbitramento.*

*As diferenças apontadas pela Fiscalização decorrem das existentes entre a sistemática simplificada (incidência sobre o faturamento) e a normal (incidência sobre o lucro). Adotando-se, nos anos calendário 1999 e 2000, a sistemática normal, os pagamentos do interessado estão corretos.*

*Solicita a anulação do auto de infração pela sistemática do SIMPLES e a realização de perícia para apuração da existência, na contabilidade do interessado, de todos os elementos concretos necessários à apuração do lucro real obtido nos anos calendário 1999 e 2000.*

*Impugnações IV e V (COFINS e PIS - SIMPLES).*

*O interessado se dedica à comercialização de botijões de gás liquefeito do petróleo (GLP).*

*O Agente da Fiscalização consignou a impossibilidade do benefício fiscal estabelecido pela Lei nº 9.990/2000 (atribuição de alíquota zero às contribuições para o PIS e a COFINS nas operações de comercialização de GLP).*

*Na lavratura do auto de infração a Autoridade Fiscal não levou em consideração os elementos constantes da escrituração fiscal do interessado, apurando o crédito através do arbitramento.*

*Apresenta, novamente, várias justificativas para o não-arbitramento do lucro.*

*A autuação em foco tem por fundamento a desconsideração da desoneração das operações de venda de GLP da incidência da COFINS e do PIS, seja em face da substituição tributária instituída pela Medida Provisória nº 1.858-6, de 29/06/99, seja pela atribuição de alíquota zero às referidas operações (Lei nº 9.990, de 21/07/2000).*

*Da relação tributária foram excluídos os revendedores de GLP, que passaram a ter suas operações "liberadas" da incidência da COFINS*



*e do PIS, porquanto recolhidas as exações, em sua totalidade, quando da aquisição do bem à refinaria.*

*Nesta hipótese a lavratura dos autos de infração da COFINS e do PIS contra o interessado, que já foram recolhidos na refinaria, consiste em autêntico bis in idem.*

*No caso, não se afigura razoável impor às pequenas empresas carga tributária superior àquela atribuída às demais, posto que a Lei nº 9.317/96 estabeleceu tratamento diferenciado e favorecido. A lavratura dos autos de infração, em relação à COFINS e ao PIS, traz ao interessado tratamento desfavorecido, posto que suportaria carga tributária superior às empresas não optantes.*

*Verificada a ausência dos requisitos para inclusão do interessado no SIMPLES (por excesso de faturamento), a apuração do PIS e da COFINS deveriam seguir o critério normal, ou seja, substituição tributária.*

*Vem, novamente, solicitar a anulação dos autos de infração e solicitar perícia contábil.*

*Impugnação VI (INSS - SIMPLES).*

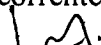
*O interessado auferiu receitas em montante superior ao estabelecido para permanência no regime de tributação simplificado, portanto, procedeu, nos termos da legislação de regência, à apuração do IRPJ sob a sistemática do lucro real, deixando de adotar, por incompatibilidade, as regras de apuração pertinentes ao SIMPLES, fato que gerou as diferenças de recolhimento apontadas no auto de infração, já que adotou o recolhimento do INSS sobre a folha de pagamento mensal.*

*A apuração do crédito tributário pela Fiscal não levou em consideração os elementos constantes na escrituração fiscal do interessado e os autos de infração foram efetuados por arbitramento.*

*As diferenças apontadas pela Auditora Fiscal decorrem da sistemática utilizada pelo interessado, que recolheu o INSS sobre as folhas de pagamentos.*

*Vem, novamente, solicitar a anulação dos autos de infração e solicitar perícia contábil.*

*A competência para julgamento da lide foi transferida da DRJ de Recife - PE para esta DRJ/RJ, através da Portaria RFB nº 10.733, de 20/07/2007, publicada no DOU de 24/07/2007.*

Na decisão de primeira instância, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro/RJ deferiu parcialmente o pleito da recorrente, conforme Decisão DRJ/RJOI nº 15.868, de 06/09/07, fls. 1207/1232, assim ementada: 

*Assunto: Processo Administrativo Fiscal*

*Ano-calendário: 1999, 2000*

*NULIDADE DO LANÇAMENTO.*

*Incabível a preliminar de nulidade do auto de infração quando o mesmo for conduzido nos ditames do Decreto nº 70.235/72, e quando não configurar as hipóteses descritas em seu art. 59.*

*PEDIDO DE PERÍCIA. DESNECESSIDADE.*

*A perícia se reserva à elucidação de pontos duvidosos que requeiram conhecimentos especializados para o deslinde de questão controversa, não se justificando a sua realização quando o processo contiver os elementos necessários para a formação da livre convicção do julgador.*

*Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples*

*Ano-calendário: 1999, 2000*

*EXCLUSÃO POR OPÇÃO. INOCORRÊNCIA.*

*Uma vez incluída, por opção, no Simples, a exclusão “por opção” é faculdade que deve ser formalmente exercida, mediante providências regulamentadas. A falta de comprovação da exclusão por opção implica na manutenção do interessado no regime, até, se for o caso, posterior exclusão de ofício.*

*A exclusão por opção, mediante comunicação da pessoa jurídica, surte efeito a partir do ano calendário subsequente.*

*Assunto: Normas de Administração Tributária*

*Ano-calendário: 1999, 2000*

*PAGAMENTOS EFETUADOS. APROVEITAMENTO.*

*Devem ser utilizados, para abatimento dos valores lançados, os recolhimentos efetuados espontaneamente pelo interessado, relativos ao IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e INSS (da empresa), que se refiram a fatos geradores ocorridos em 1999 e 2000.*

*Lançamento Procedente em parte.*

Às fls. 1266 o contribuinte foi intimado da decisão supra, motivo pelo qual apresenta Recurso Voluntário de fls. 1267/1276.

Às fls. 1279/1280 o contribuinte junta documento que comprova a assinatura de quem firmou o recurso, tendo sido dado, então, seguimento ao mesmo.

É o relatório.



## Voto

Conselheiro Luciano Lopes de Almeida Moraes, Relator

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Discute-se nos autos auto de infração de empresa optante pelo SIMPLES.

O novo Regimento Interno desta Casa dispõe que estas questões são de competência do Primeiro Conselho:

*Art. 20. Compete ao Primeiro Conselho de Contribuintes julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância sobre a aplicação da legislação referente ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, adicionais, empréstimos compulsórios a ele vinculados e contribuições, inclusive penalidade isolada, observada a seguinte distribuição:*

*I - às Primeira, Terceira, Quinta, Sétima e Oitava Câmaras, os relativos à:*

*a) tributação de pessoa jurídica;*

*b) tributação de pessoa física e à incidência na fonte, quando procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu também para determinar a prática de infração à legislação pertinente à tributação de pessoa jurídica;*

*c) exigência da contribuição social sobre o lucro líquido; e*

*d) exigência da contribuição para o Fundo de Investimento Social (Finsocial), da contribuição para o PIS/Pasep e da contribuição para o financiamento da seguridade social (Cofins), quando essas exigências estejam lastreadas, no todo ou em parte, em fatos cuja apuração serviu também para determinar a prática de infração à legislação pertinente à tributação de pessoa jurídica.*

*II - às Segunda, Quarta e Sexta Câmaras, os relativos à tributação de pessoa física e à incidência na fonte, quando os procedimentos sejam autônomos.*

*§ 1º Compete também às Câmaras referidas no inciso I julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância decorrente de lançamento sobre a aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples).*

*§ 2º O disposto no § 1º aplicar-se-á, inclusive, quando o lançamento decorrer de exclusão do sujeito passivo do Simples, hipótese em que*

*será apreciado, concomitantemente, o recurso quanto ao ato de exclusão.*

Em face do exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso e endereçá-lo ao competente Primeiro Conselho de Contribuintes para julgamento.

Sala das Sessões, em 13 de agosto de 2008

  
LUCIANO LOPES DE ALMEIDA MORAES - Relator