



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10315.000322/2008-24  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 1301-004.436 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 11 de março de 2020  
**Recorrente** FRANCISCO VALDIR NATO  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006

**OMISSÃO DE RECEITAS. PAGAMENTOS NÃO CONTABILIZADOS**

Caracteriza-se como omissão de receita, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, a falta de escrituração de pagamentos comprovadamente efetuados.

**LUCRO ARBITRADO.**

O arbitramento do lucro é medida necessária quando a escrituração mantida pelo contribuinte for considerada insuficiente para se determinar o lucro real.

**OMISSÃO DE RECEITA DIRETA. OMISSÃO DE RECEITA PRESUMIDA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.**

Não configure bis in idem a tributação pela omissão de receita do faturamento em concomitância com a tributação pela omissão de receita presumida, sem embargo da possibilidade de afastamento da presunção por parte do contribuinte.

**CSLL. PIS. COFINS. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.**

Tratando-se da mesma matéria fática, e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aos lançamentos decorrentes aplica-se a mesma decisão do principal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade, e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(documento assinado digitalmente)

## Bianca Felicia Rothschild - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Junior, José Eduardo Dornelas Souza, Ricardo Antonio Carvalho Barbosa, Rogério Garcia Peres, Giovana Pereira de Paiva Leite, Lucas Esteves Borges, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

**Relatório**

Inicialmente, adota-se parte do relatório da decisão recorrida, o qual bem retrata os fatos ocorridos e os fundamentos adotados até então:

Trata o presente processo de quatro autos de infração realizados para exigir créditos tributários, oriundos de omissão de receitas relativas aos anos-calendário 2003, conforme os valores da tabela abaixo (todos os valores monetários estão expressos em reais):

| TRIBUTOS | PRINCIPAL  | JUROS DE MORA | MULTA DE OFÍCIO (75%) | TOTAL        | FLS. |
|----------|------------|---------------|-----------------------|--------------|------|
| IRPJ     | 144.393,36 | 54.851,25     | 108.294,95            | 307.539,56   | 5    |
| PIS      | 61.509,35  | 24.631,27     | 46.131,82             | 132.272,44   | 21   |
| COFINS   | 283.890,10 | 113.684,02    | 212.917,41            | 610.491,53   | 37   |
| CSLL     | 102.200,43 | 39.589,42     | 76.650,25             | 218.440,10   | 52   |
| TOTAL    |            |               |                       | 1.268.743,63 | 4    |

De acordo com a descrição dos fatos contida nos Autos de Infração, o contribuinte omitiu receitas ao incorrer nas seguintes infrações fiscais:

**001 - RECEITA OPERACIONAL OMITIDA (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA). REVENDA DE MERCADORIAS**

*Lançamentos dos tributos com base na apuração do lucro arbitrado, sendo conhecida a receita bruta a partir das informações extraídas da conta "41101.0001 - VENDAS A VISTA" do livro apresentado em 16/10/2007 como sendo o livro Razão de 2002 a 2006, ainda que, conforme observação feita no corpo da intimação, a apresentação desse e do livro identificado como Diário não tenham suprido a exigência da apresentação de escrituração em conformidade com a legislação aplicável para se considerar a apuração no Lucro Real. Alias, esses livros não continham, por exemplo, nenhum demonstrativo de resultados dos exercícios, em que se verifique o valor do lucro apurado. Os dados apurados ao longo da ação fiscal estão detalhados no Relatório Fiscal em anexo, inclusive quanto à exclusão do Simples com efeitos a partir de 01/01/2003 e o fato de que, intimado a apresentar DIPJs e DCTFs desse período, o contribuinte não o fez, motivo pelo qual serão formalizados nos processos n.º 10315.000323/2008-79 e n.º 10315.000324/2008-13 lançamentos das multas pela não apresentação das DCTFs e das DIPJs, respectivamente.*

**002 - REVENDA DE MERCADORIAS - FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE PAGAMENTOS EFETUADOS.** Omissão de rendimentos caracterizada pela falta de escrituração de pagamentos de compras de mercadorias efetuadas junto à empresa Ibacip Ind. Barbalhense de Cimento Portland S.A. (razão social na época da hoje

*denominada Itapui Barbalhense Industria de Cimentos S/A), CNPJ n.º 07.052.194/0001-18, com relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não provou a improcedência da presunção prevista no art. 281, inciso II do RIR/99, conforme detalhado no Relatório Fiscal em anexo.*

A ação fiscal está detalhada no Relatório Fiscal de fls. 68/71.

Cientificado do presente auto de infração em 28/03/2008, por via postal (fl. 76), o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 263/274, em 28/04/2008.

Em sua peça de defesa, o impugnante alega:

i) O auditor-fiscal encarregado do procedimento fiscal estava impedido de praticar atos de fiscalização na empresa após 17/10/2007, data em que foi extinta a primeira ação fiscal e iniciada outra, por força do parágrafo único do artigo 15 da Portaria RFB nº 11.371/2007;

ii) parte do suposto débito foi lançada após o prazo decadencial, por força do artigo 150, §4º, do CTN;

iii) embora a empresa tenha sido excluída em 2007 do SIMPLES, com efeitos a partir de 12/2002, possuía todos os requisitos para permanecer no SIMPLES em 2003 e nos anos seguintes. Dentro deste contexto, com base na ADI SRF nº. 16/2002, a empresa requereu a inclusão retroativa de ofício no sistema SIMPLES desde o ano calendário de 2003, de forma a regularizar sua situação fiscal, não cabendo os lançamentos autônomos dos tributos;

iv) a legislação não autoriza a fiscalização a presumir a receita do impugnante a partir de simples indícios, como declarações de terceiros e notas fiscais emitidas em seu nome;

v) a legislação também não autoriza a fiscalização a entender que supostas compras da defendente constituem rendas não declaradas, nem a autoriza a presumir que estas supostas rendas seriam desta ou daquela competência;

vi) a exigência realizada sobre o lucro arbitrado é irregular, uma vez que o contribuinte havia entregado o livro razão e o livro caixa. Deste modo o agente fiscal teria todas as condições de apurar o lucro real; assim como deveria, na pior das hipóteses aplicar o lucro presumido pelo livro caixa;

vii) a fiscalização autuou a empresa como se esta não tivesse recolhido qualquer valor durante todo os anos autuados, apesar da empresa ter realizado pagamentos como optante do SIMPLES;

viii) o agente fiscal tributou duas vezes a mesma receita quando tributou a receita de vendas e tributou receita presumida pelas supostas compras não contabilizadas.

Juntei as fls. 1362/1363.

O presente processo foi julgado na sessão do dia 22 de janeiro de 2013, por esta 4ª Turma de Julgamento, conforme o acórdão nº 08-24.558 (fls. 1368/1378). Contudo, em ato contínuo, foi verificada a existência de lapso manifesto na confecção da tabela dos valores mantidos de PIS para os períodos de março/2006 a julho/2006. O erro consistiu na inversão dos valores/períodos.

No presente momento, o processo volta a julgamento para que seja retificado o referido erro, nos termos do artigo 32 do Decreto nº 70.235, de 1972:

*Art. 32. As inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculos existentes na decisão poderão ser corrigidos de ofício ou a requerimento do sujeito passivo.*

A decisão da autoridade de primeira instância julgou procedente em parte a defesa da contribuinte, cuja ementa encontra-se abaixo transcrita:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006

**OMISSÃO DE RECEITAS. PAGAMENTOS NÃO CONTABILIZADOS**

Caracteriza-se como omissão de receita, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, a falta de escrituração de pagamentos comprovadamente efetuados.

**LUCRO ARBITRADO.**

O arbitramento do lucro é medida necessária quando a escrituração mantida pelo contribuinte for considerada insuficiente para se determinar o lucro real.

**PAGAMENTO. SIMPLES.**

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

**OMISSÃO DE RECEITA DIRETA. OMISSÃO DE RECEITA PRESUMIDA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.**

Não configure bis in idem a tributação pela omissão de receita do faturamento em concomitância com a tributação pela omissão de receita presumida, sem embargo da possibilidade de afastamento da presunção por parte do contribuinte.

**ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES**

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006

**CSLL. PIS. COFINS. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.**

Tratando-se da mesma matéria fática, e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aos lançamentos decorrentes aplica-se a mesma decisão do principal.

**CSLL. PIS. COFINS. PAGAMENTO. SIMPLES.**

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Período de apuração: 01/09/2001 a 31/10/2002, 01/12/2005 a 31/12/2005  
DECADÊNCIA.

Em caso de pagamento antecipado de tributo, o direito de o Fisco constituir o crédito tributário extingue-se em cinco anos contados da data do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

**ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

**MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. NATUREZA INSTRUMENTAL.**

O Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento de planejamento, não contaminando a ação fiscal se emitido com eventuais falhas.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

O acórdão recorrido julgou procedente em parte a impugnação apresentada pela Contribuinte para reconhecer a decadência do direito de efetuar o lançamento de PIS e COFINS referente aos períodos de apuração de janeiro e fevereiro de 2003, bem como para autorizar a dedução dos valores recolhidos pelo SIMPLES do cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS lançados, pelos fundamentos sintetizados na ementa acima transcrita.

Em sede de recurso voluntário, a Contribuinte alega, preliminarmente, que o lançamento está eivado de vício de nulidade, pois não poderia ter sido emitido um novo MPF em nome do mesmo Auditor Fiscal responsável pela fiscalização anterior.

No mérito, a Recorrente reproduz suas alegações de impugnação, especialmente no que se refere à improcedência dos lançamentos por: (i) possibilidade de permanência no SIMPLES, devendo o lançamento ter se utilizado desta sistemática de cálculo; (ii) necessidade de cotejamento das informações colhidas pela autoridade fiscal com outras provas; (iii) inobservância por parte da fiscalização da sistemática do lucro presumido; e (iv) tributação de receitas em duplicidade.

Em sessão de 08 de agosto de 2013, a 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento decidiu por converter o processo em diligência, através de Res. nº 1102000.177, para :

(i) informem justificadamente se há julgamento definitivo do processo administrativo que versa sobre o pedido de exclusão da Contribuinte do SIMPLES (PA n. processo administrativo nº 10315.001276/2007-08);

(ii) informem justificadamente se há outras causas de exclusão além daquela referida nos parágrafos acima;

(iii) esclareçam, de forma justificada, sobre os motivos que justificaram a exclusão da Contribuinte já a partir do ano-calendário de 2003, ante o disposto na Lei n. 9.317/96 e o fato de haver elementos nos autos de que a Contribuinte já mantinha atividades antes do ano de 2003;

(iv) constatado eventual erro material em eventuais decisões administrativas e no ato declaratório de exclusão da Contribuinte do SIMPLES, considerar possibilidade de retificá-los de ofício, ante o disposto na Lei n. 9.317/96 e no art. 149 do CTN;

(v) em caso afirmativo em relação ao item iv supra, informar os reflexos dessa decisão nos lançamentos objeto deste recurso administrativo, especialmente em relação ao ano-calendário de 2003.

Em resposta à diligência, a autoridade fiscal apresentou Relatório de Informação Fiscal com as seguintes informações:

Pois bem, a exclusão foi efetuada por meio do ADE nº 08 de 30/10/2007, do qual o contribuinte teve ciência por via postal em 04/01/2008, e como não apresentou contestação, a exclusão tornou-se definitiva (fls. 1531 e 1533).

Quanto a causa da exclusão e aos seus efeitos, conforme consta no processo administrativo nº 10315.001276/2007-08, o contribuinte auferiu receitas no ano-calendário de 2002 no valor de R\$ 2.170.816,60, portanto superior ao limite legal de R\$ 1.200.000,00, sendo essa a causa da exclusão, e nesse caso com efeitos a partir de 01/01/2003, observando assim, o que determina o inciso IV, art. 15 da Lei nº 9.317/96.

A respeito do Ato Declaratório Executivo, constata-se que de fato há uma impropriedade, uma vez que faz menção a receita bruta por ela auferida durante o ano-base 2003", em lugar de "ano-calendário 2002".

Embora seja possível identificar no processo administrativo de exclusão que a causa da exclusão foi o fato de a receita bruta auferida no ano-calendário de 2002 ter ultrapassado o limite legal, optou-se por retificar o ADE nº 08/2007 para evitar dúvidas, conforme consta às fls. 1544.

A retificação do ADE 08/2007 foi somente para alterar a expressão "ano-base 2003" para "ano-calendário 2002", não gerando efeitos sobre o lançamento.

Em resposta a diligência, o contribuinte apresentou petição em 26 de outubro de 2018.

É o relatório.

## Voto

Conselheira Bianca Felicia Rothschild, Relatora.

### **Recurso Voluntário**

O recurso voluntário é **TEMPESTIVO** e, uma vez atendidos também às demais condições de admissibilidade, merece, portanto, ser **CONHECIDO**.

### **Fatos**

A Recorrente foi excluída do Simples Federal por meio do Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 08, de 30/10/2007, com efeitos retroativos a partir de 01/01/2003, formalizado através do processo administrativo nº 10315.001276/2007-08.

Em atendimento ao disposto na Portaria RFB nº 11.371 /2007, foi emitido Mandado de Procedimento Fiscal para a continuidade dos procedimentos fiscais realizados com base no MPF original tendo como escopo IRPJ e Multas Diversas (MULDI) com fatos geradores ocorridos nos anos-calendário 2003 a 2006.

Os processos nº 10315.000323/2008-79 e nº 10315.000324/2008-13 referem-se a lançamentos das multas pela não apresentação das DCTFs e das DIPJs, respectivamente.

Importante observar que, quanto aos fatos geradores ocorridos em 2002, foram lavrados Autos de Infração dos tributos apurados no Simples formalizados no processo nº 10315.001143/2007-23.

O presente processo trata da omissão das respectivas receitas com lançamentos dos tributos (IRPJ, CSLL, Pis e Cofins) com base na apuração do lucro arbitrado, sendo conhecida a receita bruta a partir das informações extraídas da conta "41101.0001 - VENDAS A VISTA" do livro apresentado em 16/10/2007 como sendo o livro Razão de 2002 a 2006 e falta de escrituração de pagamentos de compras de mercadorias efetuadas junto à empresa Ibacip Ind. Barbalhense de Cimento Portland S.A.

Vale lembrar que a decisão de primeira instância julgou procedente em parte a impugnação apresentada pela Contribuinte para reconhecer a decadência do direito de efetuar o lançamento de PIS e COFINS referente aos períodos de apuração de janeiro e fevereiro de 2003, bem como para autorizar a dedução dos valores recolhidos pelo SIMPLES do cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS lançados.

Vale destacar, ainda, que o processo de exclusão do SIMPLES (PAF 10315.001276/2007-08), efetuado por meio do ADE nº 08 de 30/10/2007, tornou-se definitivo uma vez que o contribuinte não apresentou contestação tempestivamente.

Quanto a causa da exclusão e aos seus efeitos, conforme consta no processo administrativo nº 10315.001276/2007-08, o contribuinte auferiu receitas no ano-calendário de 2002 no valor de R\$ 2.170.816,60, portanto superior ao limite legal de R\$ 1.200.000,00, sendo essa a causa da exclusão, e nesse caso com efeitos a partir de 01/01/2003, observando assim, o que determina o inciso IV, art. 15 da Lei nº 9.317/96.

### **Preliminar**

### **Nulidade dos autos – Extinção do MPF com nova fiscalização**

A Recorrente, inicialmente, questiona a validade do lançamento, por considerar que auditor-fiscal estava impedido de conduzir a ação fiscal que ensejou o lançamento, em razão de ter conduzido ação fiscal anterior, conforme estaria determinado no parágrafo único do artigo 15 da Portaria RFB nº 11.371/2007.

Art. 14. O MPF se extingue:

I- pela conclusão do procedimento fiscal, registrado em termo próprio, com a ciência do sujeito passivo;

II- pelo decurso dos prazos a que se referem os arts. 11 e 12.

Parágrafo único. A ciência do sujeito passivo de que trata o inciso I do caput deverá ocorrer no prazo de validade do MPF.

Art. 15. A hipótese de que trata o inciso II do art. 14 não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade responsável pela emissão do Mandado extinto determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal.

**Parágrafo único. Na emissão do novo MPF de que trata este artigo, não poderá ser indicado o mesmo AFRFB responsável pela execução do Mandado extinto.**

Da leitura desses dispositivos, depreende-se que o comando do parágrafo único do artigo 15 aplica-se apenas na hipótese do inciso II do artigo 14, ou seja, quando o MPF se extingue por decurso de prazo, o que não ocorreu na espécie. De fato, houve apenas uma ampliação do alcance da auditoria, antes limitada aos anos 2003 e 2004 e agora podendo estender-se até o ano 2006.

De todo modo, ainda que o primeiro MPF houvesse expirado por decurso de prazo, essa não seria razão para a anulação dos lançamentos, uma vez que o MPF é apenas instrumento de planejamento da Administração Tributária, não sendo elemento da ação fiscal, conforme jurisprudência pacífica do CARF.

Processo nº 11065.001568/2010-90

Recurso nº 914.672 Voluntário

Acórdão nº 1402-00.884 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2006 a 30/06/2007

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL MPF. CONTROLE ADMINISTRATIVO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE.

O Mandado de Procedimento Fiscal MPF é mero instrumento de controle administrativo e de informação ao contribuinte, não sendo requisito legal para a validade do lançamento. Somente a lei pode estabelecer os elementos essenciais para a constituição do crédito tributário e o MPF não está entre eles, não havendo, portanto, fundamento para declaração de nulidade do ato administrativo.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL MPF. PRORROGAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE PRAZO.

Ainda que descumprido do prazo previsto no MPF para realização da ação fiscal não se considera invalidado o lançamento efetuado pela autoridade tributária.

Não há causa suficiente para se anular o lançamento quando inexiste qualquer prejuízo à defesa do contribuinte. Por tais razões, não se acolhe essa alegação como causa suficiente de nulidade.

### **Mérito**

Em linha com a decisão de primeira instância julgo não ter razão a Recorrente em seus argumentos de defesa, que passo a especificar abaixo.

### **Continuidade no Simples**

Não é mérito desse julgamento apreciar a possibilidade do contribuinte ingressar no SIMPLES. Ademais, essa suposta possibilidade, em si, não é causa suficiente para afastar as exigências autônomas dos tributos, uma vez que o ingresso nesse regime exige a manifestação de vontade expressa do contribuinte e um ato formal da Administração Tributária e nada disso foi trazido pela Recorrente.

### **Impossibilidade de basear o lançamento em indícios**

A Recorrente questiona a validade da fundamentação fática dos lançamentos por entender que declarações de terceiros e notas fiscais emitidas por terceiros em seu nome não são provas suficientes das infrações que lhe foram imputadas, não passando de simples indícios e presunções não autorizadas de existência de receitas.

O argumento não é sustentável, uma vez que o Regulamento do Imposto de Renda autoriza a circularização realizada pela autoridade fiscal, nos termos do seu artigo 276:

Art.276. A determinação do lucro real pelo contribuinte está sujeita à verificação pela autoridade tributária, com base no exame de livros e documentos de sua escrituração, na escrituração de outros contribuintes, em informação ou esclarecimentos do contribuinte ou de terceiros, ou em qualquer outro elemento de prova, observado o disposto no art. 922 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º).

Também é lícita a presunção de omissão de receitas a partir da descoberta de pagamentos não escriturados, conforme o artigo 281 do mesmo Regulamento:

Art.281. Caracteriza-se como omissão no registro de receita, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, a ocorrência das seguintes hipóteses (DecretoLei nº 1.598, de 1977, art. 12, §2º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 40):

I a indicação na escrituração de saldo credor de caixa;

II a falta de escrituração de pagamentos efetuados;

III a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou cuja exigibilidade não seja comprovada.

Ressalte-se que ficou demonstrada a existência dos referidos pagamentos (189/195) e o contribuinte foi intimado a justificar a razão de sua não escrituração, nas datas em que foram realizados (fls. 200/207), quedando-se silente o autuado.

### **Lucro presumido**

A Recorrente entende ser irregular a exigência realizada sobre o lucro arbitrado, afirmando que entregou ao auditor-fiscal o livro razão e o livro caixa de sua empresa, o que permitiria a apuração do lucro real ou, na pior das hipóteses, aplicar o lucro presumido.

A autoridade autuante confirma que recebeu do contribuinte o que seria o livro Razão e o livro Diário, contudo verificou que não estavam de acordo com a legislação de regência, por exemplo, por não conterem nenhum demonstrativo do resultado do exercício (fl.6):

Lançamentos dos tributos com base na apuração do lucro arbitrado, sendo conhecida a receita bruta a partir das informações extraídas da conta "41101.0001 VENDAS A VISTA" do livro apresentado em 16/10/2007 como sendo o livro Razão de 2002 a 2006, ainda que, conforme observação feita no corpo da intimação, a apresentação desse e do livro identificado como Diário não tenham suprido a exigência da apresentação de escrituração em conformidade com a legislação aplicável para se considerar a apuração no Lucro Real. Alias, esses livros não continham, por exemplo, nenhum demonstrativo de resultados dos exercícios, em que se verifique o valor do lucro apurado.

A escrituração estando imprestável para a apuração do lucro real, o Regulamento do Imposto de Renda determina a apuração a partir do lucro arbitrado:

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

Saliente-se que não há autorização legal para a utilização do lucro presumido no presente caso, uma vez que esta sistemática depende de manifestação expressa do contribuinte por meio do pagamento do imposto devido conforme essa sistemática correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano-calendário, nos termos do artigo 26 da Lei nº 9.430, de 1996:

Art.26. A opção pela tributação com base no lucro presumido será aplicada em relação a todo o período de atividade da empresa em cada ano-calendário.

§1º A opção de que trata este artigo será manifestada com o pagamento da primeira ou única quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano-calendário.

Não ocorrendo a opção do contribuinte, que vinha recolhendo os tributos na modalidade do SIMPLES, não seria lícita para a autoridade tributária a utilização do lucro presumido. Ademais, o contribuinte, apesar de intimado para apresentar as declarações dos tributos autônomos, quando poderia afirmar a sua opção pela tributação com base no lucro presumido, mais uma vez permaneceu inerte.

### **Duplicidade**

Por fim, a Recorrente alega que configura bis in idem a tributação das receitas de vendas e a tributação das receitas presumidas a partir dos pagamentos não escriturados.

É certo que a legislação pátria não admite a tributação em duplicidade, mas o contribuinte não demonstrou que isso ocorreu. O impugnante limitou-se a afirmar que os pagamentos realizados somente poderiam ser suportados por receitas oriundas do faturamento, mas isso não é verdade, pois a empresa pode possuir outras fontes de renda.

Como visto anteriormente, a presunção de omissão de receitas pela existência de pagamentos não escriturados é autorizada por lei e não se exige outro esforço da autoridade

fiscal que não o de provar a realização do pagamento e a sua não escrituração. A desnecessidade de provar a existência da receita e a sua origem é exatamente a razão de ser da presunção legal.

Por outro lado, ao contribuinte é dada a oportunidade de demonstrar a origem da receita utilizada para efetuar os pagamentos e, sendo estas originadas em atividade já tributada, certamente não ensejariam nova tributação. Contudo, na espécie, o autuado não apresentou qualquer demonstração, não sendo aceitável a sua alegação.

### **Impropriedade do ADE – diligencia**

Conforme levantado pelo voto da Resolução 1102000.177 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento deste Conselho, a exclusão se deu mediante ADE 8-07, vejamos:

"O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE JUAZEIRO DO NORTE-CE no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 238, do Regimento interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria do Ministro da Fazenda nº 95, de 30 de abril de 2.007, publicada no DOU de 02.05.2007, Edição Extra e tendo em vista o disposto no art. 15, § 3º, da Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996, com a redação dada pela Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1998, DECLARA:

I - EXCLUÍDA a empresa FRANCISCO VALDIR NATO ME, CNPJ nº 35.242.965/0001-75, do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), em virtude do disposto no art. 9º, inciso 11, da Lei 9.317/96, **pois a receita bruta por ela auferida durante o ano-base 2003, ultrapassou o limite de R\$ 1.200.000,00** (hum milhão e duzentos mil reais), e permaneceu indevidamente no SIMPLES no ano calendário 2003 e seguintes, **em afronta ao disposto no art. 13, inciso II, alínea "b" da Lei 9.317/96**, conforme consta da Representação Fiscal contida no processo administrativo nº 10315.000.001276/2007-08.

II - Os efeitos da exclusão serão considerados a partir 01/01/2003, em observância ao disposto no art. 15, inciso IV, da Lei 9.317/96, (...)" (grifei)

O art. 13, II, alínea "b" da revogada Lei 9.317/96 (fundamento legal da exclusão do SIMPLES FEDERAL), dispunha que:

"Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

II - obrigatoriamente, quando:

- a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;
- b) ultrapassado, no ano-calendário de início de atividades, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período." (grifei)

Já o art. 15, IV da referida lei, citado do ADE, rezava que:

Art. 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;" (grifei)

Da análise do motivo legal da exclusão da Recorrente do SIMPLES, e do fundamento utilizado para determinar o momento que a exclusão surtiria efeito, verifica-se que

aparentemente há erro material na capitulação do dispositivo que fundamenta a exclusão da Contribuinte do SIMPLES. Resta claro que o fundamento legal para a exclusão deveria ser a alínea "a" do inciso II do art. 13 e não a alínea "b", pois a Contribuinte não iniciou atividades no ano-calendário de 2003 conforme faz prova o Cartão de CNPJ consultado via sítio eletrônico da Receita Federal ([www.receita.fazenda.gov.br](http://www.receita.fazenda.gov.br)).

Ainda sobre o ponto, no próprio item 1.4. do Termo de Verificação Fiscal (fls.68), a Autoridade Fiscal atesta que, no ano-calendário de 2002, houve a ocorrência de fatos geradores, o que implica conclusão de que a Contribuinte já exercia suas atividades naquele ano, senão se veja:

"1.4. Importante observar que, quanto aos fatos geradores ocorridos em 2002, foram lavrados Autos de Infração dos tributos apurados no Simples formalizados no processo nº 10315.001143/2007-2."

Comprovado que a Contribuinte não iniciou suas atividades no ano de 2003, seria de rigor reconhecer que a exclusão do SIMPLES surtiria efeitos apenas a partir do ano-calendário subsequente ao da infração, qual seja, no caso, 2004, a teor do disposto no art. 15, inciso IV c/c art. 9, II da referida Lei 9.317/96. As hipóteses do inciso I e II do art. 9º são as aplicáveis ao caso, devendo, portanto, em tese, a Contribuinte ser excluída da sistemática do SIMPLES apenas a partir de 01.01.2004.

Em resposta a diligência, a DRFB/JN, tratou de afirmar que haveria realmente um erro material na fundamentação da exclusão do Simples, e conseqüentemente no lançamento realizado.

Ato contínuo, tratou a DRFB/JN de emitir novo ato Declaratório, de nº13, de 19 de setembro de 2018, retificando a fundamentação da exclusão do SIMPLES, e, conseqüentemente, retificando a fundamentação do lançamento combatido.

Alega a Recorrente, em resposta à diligência, que tais atos foram fundamentados no disposto no artigo 149 do CTN. Contudo, o art. 149 não permite tais retificações.

De fato, o parágrafo único do art. 149 é claro ao afirmar:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Ora, no caso presente o direito da Fazenda Pública realizar a revisão já foi extinto a muito tempo, em razão da decadência.

Deste modo, a revisão da fundamentação da exclusão do SIMPLES, e, conseqüentemente, a revisão da fundamentação do lançamento combatido, não possui qualquer validade; posto que o direito de revisão já se encontrava decaído.

Assim, permanece o erro material na capitulação do dispositivo que fundamenta a exclusão da Contribuinte do SIMPLES; e, conseqüentemente, há erro material na fundamentação do lançamento combatido.

Na constatação de tais vícios impõe-se a improcedência do lançamento.

Conforme já acima mencionado, entendo que não é mérito desse julgamento apreciar qualquer tema relacionado ao SIMPLES, posto que tal matéria é estranha à presente

lide. Ademais, essa incorreção do ADE, em si, não é causa suficiente para afastar as exigências autônomas dos tributos.

**Conclusão**

Desta forma, voto por **CONHECER** do Recurso Voluntário, rejeitas as preliminares de nulidade, para no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

(assinado digitalmente)

Bianca Felícia Rothschild.