



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

Processo nº 10680.008602/2006-51
Recurso nº 162.761 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1202-00.096 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de junho de 2009
Matéria IRPJ e OUTROS - Ex(s): 2002 a 2005
Recorrentes 2ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG e KATER ADMINISTRADORA DE EVENTOS LTDA.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2002, 2003, 2004 e 2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – RECURSO DE OFÍCIO – LIMITE DE ALÇADA – Não se toma conhecimento de recurso necessário abaixo do novo limite de alçada estabelecido pela Portaria MF nº 03, de janeiro de 2008, considerando que a norma de cunho processual tem aplicação imediata aos casos ainda pendentes de julgamento na data de sua publicação.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS: CSLL – COFINS E PIS - PRAZO DECADENCIAL - ART. 45 DA LEI Nº 8.212/2001 - A partir da Constituição Federal de 1988 as contribuições sociais passaram a ter natureza jurídico-tributária, regendo-se a contagem do prazo decadencial para constituição do crédito tributário, obrigatoriamente, pelas regras esculpidas no art. 146, III, “b”, da Carta Magna, e nos arts. 150, § 4º e 173, do Código Tributário Nacional.

OMISSÃO DE RECEITAS – LOTERIA DE CHANCES MÚLTIPLAS – LOTERGS – Definidos em ato do ente estatal, titular do direito de exploração de jogos eletrônicos, os percentuais de repasses das receitas arrecadadas em cada sorteio, rateadas entre a patrocinadora, administradora e premiação, a omissão de receitas na administradora deve ser verificada em confronto com o percentual da receita a ela atribuída, não em relação ao total arrecadado. Revela-se improcedente o lançamento tributário que não levou em consideração esse critério e em face da ausência de demonstração de diferenças entre os valores declarados nas DIPJ’s pela administradora e os valores a ela atribuídos.

LUCRO PRESUMIDO x LUCRO ARBITRADO – A pessoa jurídica optante pela tributação com base no lucro presumido, que não mantém ou não apresenta os livros de sua escrituração comercial e fiscal ou Livro Caixa e os respectivos comprovantes de escrituração, deve ter os seus lucros arbitrados,

revelando-se improcedente o lançamento tributário pelo regime do lucro presumido.

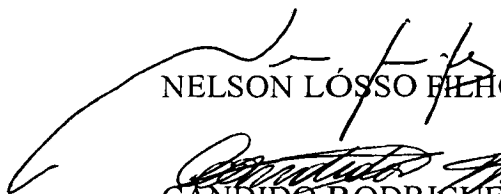
Recurso de Ofício Não Conhecido

Preliminares Acolhidas em Parte

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso de ofício por ser abaixo do limite de alçada e, quanto ao recurso voluntário, também por unanimidade de votos, ACOLHER a preliminar de decadência das contribuições sociais para os fatos geradores acontecidos até 31/10/2001, REJEITAR as demais preliminares suscitadas e, no mérito, DAR provimento ao recurso voluntário., nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.



NELSON LÓSSO FILHO - Presidente



CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER - Relator

EDITADO EM: 30 SET 2009

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lósso Filho (presidente da turma), Cândido Rodrigues Neuber, Orlando José Gonçalves Bueno, Irineu Bianchi, Valéria Cabral Géo Verçoza, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocada), Mário Sérgio Fernandes Barroso e Karem Jureidini Dias.

Relatório

KATER ADMINISTRADORA DE EVENTOS LTDA., recorre da decisão de primeira instância proferida pela 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Belo Horizonte - MG, assim relatada, *in verbis*:

“Contra o Contribuinte, pessoa jurídica, já qualificada nos autos, foi lavrado o Auto de Infração de fls. 05/07, que exige o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, no valor de R\$ 14.679.108,93, cumulado com multa de ofício, no percentual de 75%, e juros de mora pertinentes calculados até 31/07/2006.

Em decorrência desse procedimento principal, foram também formalizados os seguintes lançamentos reflexos, a saber:

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL (fls. 16/18), no valor de R\$ 2.467.290,86, cumulada com multa de ofício, no percentual de 75%, e juros de mora pertinentes, calculados até 31/07/2006.

~~Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS (fls. 28/31), no valor de R\$ 5.618.439,44, cumulada com multa de ofício, no percentual de 75%, e juros de mora pertinentes, calculados até 31/07/2006.~~



Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS (fls. 39/42), no valor de R\$ 1.217.328,08, cumulada com multa ofício, no percentual de 75%, e juros de mora pertinentes, calculados até 31/07/2006.

Lançamento principal. IRPJ. Descrição dos Fatos.

(sic): Na descrição dos fatos, a Fiscalização fez as anotações abaixo transcritas

“001 – RECEITAS DA ATIVIDADE – A PARTIR DO AC 93

RECEITA BRUTA MENSAL SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Receita da prestação de serviços não declarada, apurada conforme relatório em anexo.”

Do Termo de verificação Fiscal – TVF (documentos de fls. 50/54).

Eis os principais pontos abordados pela Fiscalização.

I – DOS FATOS

(...)

5. Como a empresa não foi localizada, foi afixado no saguão dos 1º, 2º, 8º e 11º andares do edifício-sede do Ministério da Fazenda em Belo Horizonte, no período de 05 de abril de 2006 a 19 de abril de 2006, Edital de Intimação, através do qual ficava a empresa KATER ADMINISTRADORA DE EVENTOS LTDA, CNPJ 02.242.551/0001-97, intimada a apresentar os livros e documentos elencados no “Termo de Intimação Fiscal nº 1”.

6. Em atenção ao ofício DRF/BHE/Sefis nº 170, a Loteria do Estado do Rio Grande do Sul encaminhou os documentos de fls. 91/95, contendo relação de todos os valores destinados pela empresa KATER ADMINISTRADORA DE EVENTOS LTDA, CNPJ 02.242.551/0001-97, à Lotergs, bem como as respectivas datas das transações.

7. Em 27/04/2006, foi postado em Porto Alegre, os documentos de fls. 96/141, em atenção ao Termo de Intimação Fiscal nº 01, onde a empresa informa que:

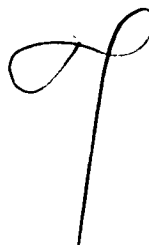
- Em 29/04/2004, a Polícia Federal compareceu à Rua Alameda da Serra, nº 322, em Nova Lima, de posse de Mandado de Busca e Apreensão e apreendeu todos os documentos e livros contábeis e fiscais;

- A empresa encerrou as atividades a partir da data da supramencionada apreensão;

- Não possui Ação Judicial tendente a suspender a exigibilidade de impostos ou contribuições federais;

- A empresa possui débitos declarados no REFIS/PAES;

- Não tem bens;



8. É importante ressaltar que o Termo de Intimação Fiscal nº 1 foi recebido em 10/04/2006, no endereço da sócia SILVANA DE LUCA, qual seja, Av. Alberto Bins, 658 – conj. 101 – centro – Porto Alegre, RS, cep 90030-141.

II – CONSIDERAÇÕES SOBRE OS FATOS CONSTATADOS E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

(...)

10. A empresa KATER ADMINISTRADORA DE EVENTOS LTDA, tem como objeto social a promoção e administração de prognósticos numéricos e similares, sorteios numéricos e eventos em geral.

11. A empresa KATER ADMINISTRADORA DE EVENTOS LTDA, para o período fiscalizado, era credenciada junto à loteria do Estado do Rio Grande do Sul para a exploração do jogo de azar denominado 'TOTÓ BOLA'.

(...)

15. O percentual destinado à LoterGs, a título de comissão, é de 9% da receita bruta arrecada com a venda das cartelas, ou seja, 9% do produto da quantidade de cartelas vendidas e de seu preço unitário, conforme declaração da Loteria do Estado do Rio Grande do Sul.

16. Esta fiscalização elaborou a planilha "RECEITA CALCULADA A PARTIR DA INFORMAÇÃO DA LOTERGS" (fls. 55/57), na qual a partir da comissão arrecada pela LOTERGS, calcula a receita bruta com a venda das cartelas.

17. Verificamos que esta receita bruta conhecida (declarada à LOTERGS) é compatível com a movimentação financeira da empresa, de acordo com as informações prestadas à Secretaria da Receita Federal pelas instituições financeiras (art. 11, § 2º, da Lei 9.311/96).

(...)

19. Da análise destas declarações percebemos que a receita bruta informada para a Receita Federal para o cálculo do lucro presumido é muito inferior à receita calculada a partir dos valores pagos à LoterGs a título de comissão.

III – DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

III.1 – IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA (IRPJ) – RECEITA DA ATIVIDADE – LUCRO PRESUMIDO – PERÍODO DE 01/07/2001 A 30/04/2004

20. Elaboramos a planilha de fls. 58/61, onde através da receita bruta conhecida, apuramos o imposto de renda com base no lucro presumido.

21. O imposto de renda apurado era muito superior ao imposto de renda declarado em DCTF, mostramos então a diferença entre o valor apurado e o declarado.

22. Efetuamos o lançamento de ofício do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica da diferença do IRPJ apurado por esta fiscalização e o débito do IRPJ declarado em DCTF.

III.2 – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO (CSLL) – PERÍODO
DE 01/07/2001 A 30/04/2004

23. Elaboramos a planilha de fls. 62/65, onde através da receita bruta conhecida, apuramos a Contribuição Social sobre o Lucro.

(...)

26. Efetuamos o lançamento de ofício da Contribuição Social da diferença da CSLL apurada por esta fiscalização e o débito da CSLL declarado em DCTF.

III.3 – CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE
SOCIAL (COFINS) – PERÍODO DE 01/07/2001 A 30/04/2004

(...)

28. Efetuamos o lançamento de ofício da Contribuição para o Financiamento da Seguridade da diferença entre o valor da Cofins apurado por esta fiscalização e o débito da Cofins declarado em DCTF.

III.4 – PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS) - PERÍODO DE
01/07/2001 A 30/04/2004

(...)

30. Efetuamos o lançamento de ofício da Contribuição para o Programa de Integração Social da diferença entre o valor do PIS apurado por esta fiscalização e o débito do PIS declarado em DCTF.

Da Impugnação.

Conforme se verifica no despacho de fls. 310/311, tendo sido dele cientificado, em 27/11/2006, o sujeito passivo contestou o lançamento, em 20/12/2006, mediante o instrumento de fls. 282/308. Adiante compendiam-se suas razões.

Inicialmente, a Impugnante faz um relato dos fatos e sintetiza suas razões de defesa.

PRELIMINARES.

Da Decadência Parcial do Lançamento.

Como se observa do contido no processo, o lançamento, consumado em 27/11/2006, alcança valores cujos fatos geradores ocorreram no período de janeiro a outubro de 2001, portanto há mais de cinco anos, o que é vedado pelo § 4º, do art. 150 do CTN.

Nesse sentido, foram citados excertos de decisões do Conselho de Contribuintes.

Assim, requer seja reconhecida a decadência parcial da exigência, em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente a novembro de 2001, no que concerne ao IRPJ, e em decorrência à CSLL, ao PIS e à COFINS.



Da Nulidade Por Cerceamento do Direito de Defesa.

Citando o art. 59, II, do Decreto nº 70.235, de 1972, bem como a Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV, alega que, já no decorrer da fiscalização, teve tolhido o seu direito de defesa, pois, além do equivocado arbitramento de omissão de receitas, contestado no mérito, foi impedida de produzir qualquer prova no sentido de demonstrar a improcedência das inferências assacadas pelo Fisco, devido, basicamente, a duas razões: uma, porque não foi interpelada para se manifestar acerca do arbitramento da pretensa receita omitida, embora apoiado em informações de terceiras empresas; outra, por ter sido tolhida de seus livros contábeis e fiscais, bem como dos documentos que assoalham os lançamentos, retidos pelo Poder Público, o que a impediu (e continua impedindo) de produzir qualquer prova no sentido de demonstrar que a receita contabilizada e declarada é a efetiva.

Diz, acerca do primeiro ponto, qual seja, a projeção do Fisco, de toda a receita da empresa com base, exclusivamente, em informação de uma só empresa, a LOTERGS, sem notificar este fato à Fiscalizada para sua manifestação, é, evidentemente, um grave e incontornável cerceamento do direito de defesa.

Alega, ainda, que tal determinação (intimá-la para manifestar-se) é exigida pelo art. 8º, do Decreto nº 70.235, de 1972. Diz também que as disposições contidas no art. 148 do CTN foram atropeladas.

Ante o exposto, requer a nulidade do lançamento por cerceamento do seu direito de defesa.

Das Inconsistências Formais na Apuração da Exigência.

Alega que o Fisco, ao arbitrar a receita bruta da Impugnante, com base nos valores informados pela LOTERGS, ignorou completamente a sua escrituração, bem como a estrutura operacional montada para desenvolver a atividade, assim como a participação de terceiras empresas na composição da cadeia comercial para a colocação de cartelas, etc.

Neste caminho, além do irreal arbitramento de receita bruta (contestada no mérito), emerge uma flagrante ilegalidade na formalização do Auto de Infração de IRPJ, e em decorrência dos reflexos, por afronta às disposições do art. 530, “*caput*” e inciso III, do RIR/1999.

Há, pois, uma contradição no processo, já que o Fisco não aceitou a receita indicada na escrituração, mas por outro lado manteve o lucro presumido, e por tabela a escrituração, uma vez que esse só pode persistir se levada em consideração a contabilidade.

Desse modo, se desconsiderada a escrituração, a teor do referido art. o imposto será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado.

Assevera que um outro aspecto que veda, no caso concreto, a aplicação da sistemática do lucro presumido é o limite de receita total, conforme estabelece o art. 516, do RIR/1999. Nesse contexto, se visualizada a pretensa receita identificada pelo Fisco, já em 2002 não poderia ter havido tributação pelo lucro presumido.

Diz, ademais, não há indicação, nos autos, do embasamento legal a amparar o ~~arbitramento da receita deduzida, o que fere o art. 10, IV, do Decreto nº 70.235, de 1972, além de representar mais um aspecto a caracterizar nulidade por cerceamento de defesa.~~



Ante o exposto, sustenta que devem ser considerados inconsistentes os lançamentos insertos no presente processo administrativo fiscal.

DAS RAZÕES DE DEFESA - MÉRITO.

A Receita Bruta da Empresa Administradora de Bingo.

Para desfazer o equívoco do Fisco, ao arbitrar a sua receita, alega que impende trazer considerações sobre a estrutura operacional da exploração das loterias de bingo, nos casos em que a Entidade Patrocinadora (Entidades Desportivas ou Órgãos Estaduais que detêm a autorização para explorar os jogos) contratam ou credenciam empresa administradora para operacionalizar a loteria.

Segundo as determinações da Lei Pelé, Lei nº 9.615, de 1998, regulamentada pelo Decreto nº 2.574, de 1998, quem detém a competência legal para a exploração do jogo de bingo são as Entidades Desportivas credenciadas, cabendo às empresas administradoras a responsabilidade de operacionalizar a loteria. Nestes casos, a Entidade Desportiva, isenta de IR, nos termos da Lei nº 9.532, de 1997, é a entidade responsável pela receita auferida na atividade.

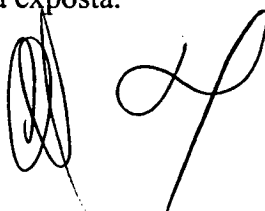
Já a Administradora, na condição de empresa privada com fins lucrativos, está sujeita à carga tributária normal, tudo calculado sobre as receitas próprias auferidas, decorrentes da remuneração dos serviços de administração do jogo, embora seja também responsável, na qualidade de contribuinte substituto, por eventuais tributos devidos pela Entidade Desportiva, desde que decorrentes da receita proveniente da loteria, o que se restringe, na prática, ao imposto de renda na fonte sobre os prêmios.

Normalmente, por contrato entre as partes, é da Administradora a responsabilidade contábil pela movimentação financeira decorrente da atividade, que obedece ao sistema determinado pelas normas contábeis regulares. Assim, na forma determinada na Lei nº 9.615, de 1998, cabe à Entidade Desportiva a totalidade da arrecadação de venda de cartelas, bem como encargos de pagamentos de prêmios, comissões de distribuidor e revendedor de cartelas, impostos incidentes sobre o jogo, além das despesas de operação e divulgação da loteria, ficando ainda obrigada a destinar uma parcela para o fomento do desporto, tudo de acordo com o art. 105 do Decreto nº 2.574, de 1998.

No plano das legislações estaduais, os sistemas de operação dos jogos são regulados por legislações específicas em cada estado, mas que seguem, de forma geral, as determinações da Lei Pelé, acima expostas.

Neste caso, as entidades vinculadas aos governos estaduais (como, por exemplo, a LOTERGS) tomam o lugar ocupado no plano federal pelas Entidades Desportivas, e as empresas administradoras no plano estadual, são denominadas de Permissionárias, o que é o caso da Kater, ora litigante.

Os procedimentos contábeis, especialmente quanto ao fluxo financeiro, concernentes à repartição da arrecadação do jogo, seguem, com exceção de algumas particularidades, na esteira da legislação acima exposta.



Exposta a legislação da LOTERGS, fica evidente que o arbitramento da receita, proposto em discussão, não tem qualquer embasamento legal, não tem sustentação em demonstrações racionais e não está assenhado na verdade real dos fatos.

Do Ilegal e Excessivo Arbitramento da Receita Bruta.

Citando o art. 279, do RIR/1999, alega que no conceito da receita bruta não podem ser incluídos os valores pertencentes, de plano, a terceiros, pessoas físicas ou jurídicas. Deste modo, mesmo não aceitas as determinações da Lei Pelé, que responsabiliza a entidade detentora do direito de explorar o jogo pela receita, ainda assim a pretensão de querer imputar todos os valores movimentados pela loteria à empresa administradora, é um grave equívoco.

De plano, conforme já exposto, incontestavelmente, não pertencem à Litigante os valores amealhados pela empresa distribuidora das cartelas (6%) e pelas revendedoras (10%). Afinal, o envolvimento financeiro da Litigante inicia quando esta recebe, dos revendedores, o valor da venda das cartelas, já deduzidos 16%, e ainda o valor dos pequenos prêmios, pagos pelas distribuidoras.

Uma parte significativa deste saldo, quando recebido, é contabilizada em conta patrimonial por representar recursos de terceiros (são os 40% e os 9% referidos respectivamente no art. 23, I e 23, III, da Instrução Normativa nº 002/2001 LOTERGS).

Neste estágio, já foi destinado 65% do valor da venda de cartelas sem que um só centavo tenha ingressado no caixa da Litigante como receita bruta.

Obviamente, ainda existem as destinações previamente fixadas pela LOTERGS, destinadas às taxas de credenciamento e às taxas de propaganda institucional, especificadas no documento de fls. 91/95, que também não integram a receita bruta da Kater por previamente destinadas à LOTERGS.

Ainda, parte dos gastos com a publicidade, relevante na atividade em foco, por beneficiar todas as empresas envolvidas (a distribuidora, as revendedoras, a LOTERGS e a Kater), também tem seu financiamento compartilhado por estas, cada uma contribuindo com parte de sua receita bruta.

Ante o exposto, resta claro, não pode persistir a exação extraída de um ilegal arbitramento de receita.

A seguir, a Impugnante cita acórdãos do Conselho de Contribuintes.

Dos Pedidos.

Ao final, resumindo as razões acima expostas, requer: em preliminar, a decadência para os fatos geradores ocorridos nos três primeiros trimestres de 2001, a nulidade do lançamento por cerceamento do seu direito de defesa e a insubsistência das exigências por irregularidades formais; e no mérito, contesta o arbitramento da receita, pois essa o foi de forma equivocada pelo Fisco.”.

A decisão de primeira instância, fls. 319 a 338, julgou os lançamentos tributários procedentes em parte, sob os fundamentos consignados nas seguintes ementas, fls. 319/320, *in verbis*:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

PRELIMINAR DE NULIDADE

Rejeita-se a preliminar de nulidade argüida pela defesa, quando o lançamento, na sua formalização, obedeceu aos requisitos legais inerentes a essa atividade.

DECADÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO.

Havendo efetivamente pagamento, ainda que parcial, nos casos em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar-se à atuação da autoridade administrativa para constituição do crédito Tributário, interpretando a legislação aplicável para apurar o montante e efetuar o recolhimento do tributo ou contribuição devidos, o prazo decadencial foi definido em cinco anos a contar da data do fato gerador.

DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL.

O prazo decadencial, no que se refere à CSLL, ao PIS e a COFINS é de dez anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PELOS TRIBUTOS DECORRENTES DA EXPLORAÇÃO COMERCIAL DE JOGO DE BINGO.

Segundo a legislação tributária vigente, como a administração do jogo de bingo foi entregue à autuada, é de exclusiva responsabilidade desta o pagamento de todos os tributos e encargos da seguridade social incidentes sobre as receitas auferidas no jogo de bingo.

EXPLORAÇÃO DE JOGO DE BINGO. RECEITA PRÓPRIA.

A receita própria da administradora de jogo de bingo não é senão a decorrente da totalidade dos recursos obtidos com as vendas das cartelas de bingo.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

LUCRO PRESUMIDO. OMISSÃO DE RECEITAS.

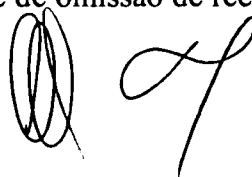
Tendo o sujeito passivo optado pela apuração do lucro presumido, é cabível o lançamento do imposto decorrente de omissão de receitas, obedecendo-se a referida opção.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

LUCRO PRESUMIDO. OMISSÃO DE RECEITAS.

Tendo o sujeito passivo optado pela apuração do lucro presumido, é cabível o lançamento da contribuição social decorrente de omissão de receitas, obedecendo-se a referida opção.



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

OMISSÃO DE RECEITA. JOGO DE BINGO

Caracteriza-se como omissão de receita, sujeita à incidência da COFINS, a totalidade das receitas auferidas na venda de cartelas do jogo de bingo que deixaram de ser escrituradas e tributadas.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

OMISSÃO DE RECEITA. JOGO DE BINGO

Caracteriza-se como omissão de receita, sujeita à incidência do PIS, a totalidade das receitas auferidas na venda de cartelas do jogo de bingo que deixaram de ser escrituradas e tributadas.

Lançamento Procedente em Parte.”

A decisão recorrida acolheu parcialmente a preliminar de decadência tendo excluído a exigência do IRPJ e consectários legais, relativos ao 3º trimestre de 2001. Deixou de acolher a decadência das contribuições sociais CSLL, PIS e COFINS, considerando o prazo decadencial de 10 (dez) anos, sob o pálio do art. 45, inciso I, da Lei nº 8.212/1991. Da parte exonerada opôs recurso de ofício.

Cientificada dessa decisão em 15/08/2007, segundo “A. R.” afixado às fls. 348, a contribuinte ingressou com o recurso voluntário em 12/09/2007, fls. 283 a 291, instruído com os documentos de fls. 349 a 385. Repete em substância as razões da impugnação, inicialmente resumidas pela recorrente às 353 a 355 e, alfim, integrantes do pedido, fls. 383 a 385, consistentes, em síntese:

- extensão da preliminar de decadência também para as contribuições sociais CSLL, PIS e COFINS, para os fatos geradores ocorridos anteriormente a novembro de 2001;

- preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa em virtude da impossibilidade de produzir demonstrações contábeis para comprovar a improcedência da suposta omissão de receitas, do que se viu privada desde o cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão de todos os seus livros contábeis e fiscais e dos documentos que embasaram a sua escrituração;

- preliminar de irregularidades processuais formais, especialmente a ilegal manutenção da sistemática do lucro presumido, uma vez que a receita estimada e tributada pelo fisco excede os limites estabelecidos para esse sistema de apuração da base de cálculo;

- “nas razões de mérito, é contestada a pretensa omissão de receita arbitrada, por insubsistente; a Litigante não auferiu tal receita, arbitrada de forma equivocada pelo Fisco, por apoiada numa única variável que não fornece suporte seguro para permitir a projeção adotada; o percentual de 9%, considerado pelo Fisco para estimar a receita total da Impugnante, foi colhido do art. 23 da IN 002/2001; este artigo também fixa o parâmetro máximo para a remuneração da administração da loteria, em 51%, o que, contraditoriamente,



foi ignorado pelo Fisco; ademais, o valor arbitrado não se enquadra no conceito de receita bruta a que se refere o art. 519, do RIR/99.”.

Alfim a contribuinte pede acolhimento do recurso para reforma do acórdão recorrido; para que sejam declaradas, pelas razões preliminares ou de mérito, insubsistentes as exações contidas neste processo na parte mantida pelo julgamento *a quo*.

É o relatório.

Voto

Conselheiro CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER.

RECURSO DE OFÍCIO

A decisão recorrida acolheu parcialmente a preliminar de decadência tendo excluído a exigência do IRPJ e consectários legais, relativos ao 3º trimestre de 2001, considerando que o lançamento tributário foi cientificado à contribuinte em 27/11/2006.

A autoridade julgadora *a quo* interpôs o recurso necessário com base no limite de alçada fixado no artigo 2º da Portaria MF nº 375, de 07/12/2001 vigente naquela quadra.

Entretanto, sobreveio novo limite de alçada para a interposição de recurso *ex officio* definido na Portaria MF nº 03, de 3 de janeiro de 2008, a saber:

“O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e tendo em vista o disposto no inciso I do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e no § 3º do art. 366 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, com a redação dada pelo art. 1º do Decreto nº 6.224, de 4 de outubro de 2007, resolve:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

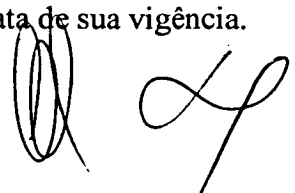
Parágrafo único. O valor da exoneração de que trata o caput deverá ser verificado por processo.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Fica revogada a Portaria MF nº 375, de 7 de dezembro de 2001.

GUIDO MANTEGA”

A norma processual que define novo limite de alça tem aplicação imediata aos casos ainda pendentes de julgamento na data de sua vigência.



Assim, considerando que os valores do IRPJ e da correspondente multa de lançamento de ofício exonerados, de R\$ 496.092,45 e R\$ 372.069,33, respectivamente, constantes dos demonstrativos de fls. 08 e 14, respectivamente, encontram-se abaixo do novel limite de alçada deixo de tomar conhecimento do recurso necessário.

RECURSO VOLUNTÁRIO

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos legais e regimentais de admissibilidade. Dele tomo conhecimento.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

A decisão recorrida deixou de acolher a decadência das contribuições sociais CSLL, PIS e COFINS, considerando o prazo decadencial de 10 (dez) anos, sob o pálio do art. 45, inciso I, da Lei nº 8.212/1991.

A contribuinte pede a extensão da preliminar de decadência também para as contribuições sociais CSLL, PIS e COFINS, para os fatos geradores ocorridos anteriormente a novembro de 2001.

Em relação às contribuições sociais cristalizou-se no âmbito do então Primeiro Conselho de Contribuintes e da Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais o entendimento de que a partir da Constituição Federal de 1988 as contribuições sociais passaram a ter natureza jurídico-tributária, regendo-se a contagem do prazo decadencial para constituição do crédito tributário, obrigatoriamente, pelas regras esculpidas no art. 146, III, "b", da Carta Magna, e nos arts. 150, § 4º e 173, do Código Tributário Nacional.

Destarte, no caso dos presentes autos o prazo decadencial para lançamento das contribuições sociais é de 5 (cinco) anos, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, tratando-se de tributos sujeitos ao lançamento pelo regime de homologação, encontrando-se também alcançadas pela decadência as contribuições sociais CSLL, PIS e COFINS, relativas aos fatos geradores mensais ocorridos até 31/10/2001, inclusive, considerando que os autos de infração foram cientificados à contribuinte em 27/11/2006.

Desse modo, acolho a preliminar de decadência suscitada pela contribuinte.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA

A contribuinte suscitou preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, sob a alegação de se ver privada da possibilidade de produzir demonstrações contábeis para comprovar a improcedência da suposta omissão de receitas, em virtude do cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão de todos os seus livros contábeis e fiscais e dos documentos que embasaram a sua escrituração.

Esses fatos não podem ser oponíveis ao fisco, inexistindo nos autos qualquer prova de que a recorrente tivesse tentado obter junto ao Poder Judiciário a liberação da referida documentação ou extração de cópias, ou mesmo tentado refazer sua escrituração, ou seja, o fisco não deu azo ao alegado cerceamento do direito de defesa, não se inserindo este fato entre os ensejadores da nulidade do lançamento tal como previsto nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72.

~~O próprio fisco também não teve acesso aos livros comerciais e fiscais e respectivos comprovantes de escrituração, razão pela qual o procedimento fiscal, na sua essência, assentou-se nas informações fornecidas pela Lotergs e nas DIPJ's apresentadas pela~~

recorrente, fatos do conhecimento da recorrente que neles se baseou na elaboração de suas peças de defesas.

Ademais, a contribuinte fundamentou suas peças de defesas amplamente, a partir dos fatos descritos pelo fisco, demonstrando perfeita compreensão das irregularidades que lhe foram imputadas, motivos pelos quais rejeito a preliminar de nulidade do lançamento.

PRELIMINAR DE IRREGULARIDADES PROCESSUAIS FORMAIS

Aqui também não assiste razão à contribuinte.

Os autos de infração atendem aos requisitos formais elencados no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, não se fazendo presente nenhuma mácula que pudesse justificar nulidade por vício formal.

O motivo alegado para suscitar a nulidade, a alegada ilegalidade da manutenção da sistemática do lucro presumido, sob a assertiva de a receita estimada e tributada pelo fisco exceder os limites estabelecidos para esse sistema de apuração da base de cálculo é questão que diz respeito ao próprio mérito das exigências e assim devem ser analisadas.

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada com base em alegadas irregularidades formais.

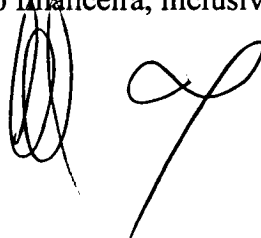
MÉRITO

A solução do litígio se desdobra em duas vertentes:

- o regime tributário aplicável, se lucro presumido ou lucro arbitrado; e
- o critério adequado de quantificação da base de cálculo do lucro tributável, consistente em definir se os montantes das receitas de vendas de cartelas de bingo devem ser reconhecidos integralmente pela autuada, como administradora ou permissionária, ou apenas os montantes que lhe seriam atribuídos como remuneração pela administração, excluídos dos valores pertencentes à patrocinadora e os destinados à premiação.

Quanto ao primeiro aspecto o fisco informou no item 18 do TVF, fls. 52, que a empresa, nos anos calendários de 2001, 2002 e 2003, apresentou as DIPJ's com base no lucro presumido.

O art. 527 do RIR/99 estabelece que as pessoas jurídicas habilitadas à opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido devem manter escrituração contábil nos termos da legislação comercial; Livro Registro de Inventário, no qual deve constar registrados os estoques existentes no término do ano-calendário; manter em boa guarda e ordem, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, todos os livros de escrituração obrigatórios por legislação fiscal específica, bem como os documentos e demais papéis que serviram de base para escrituração comercial e fiscal, ressalvada a possibilidade de a pessoa jurídica ficar dispensada de manter escrituração contábil nos termos da legislação comercial se, no decorrer do ano-calendário, mantiver Livro Caixa, onde escriturada toda a movimentação financeira, inclusive bancária.



No caso dos autos o fisco expediu três Termos de Intimação Fiscal, fls. 74 a 87, e afixou um Edital, fls. 88, solicitando à contribuinte, dentre outros elementos, livros Diários ou Livro Caixa, relativos ao período de abril de 2001 a fevereiro de 2006, toda a documentação que deu suporte à escrituração, Livro Registro de Saídas, Livro Registro de Serviços Prestados, Livros de Apuração do Lucro Real – LALUR e extratos das contas bancárias que deram origem à movimentação financeira efetuada em cinco estabelecimentos bancários.

Às fls. 96/97 a contribuinte respondeu a alguns quesitos e informou que não poderia apresentar os livros comerciais e fiscais e os respectivos comprovantes de escrituração, pois toda a documentação solicitada foi apreendida pelas autoridades policiais em cumprimento a Mandados de Busca e Apreensão expedidos pela Justiça Federal, conforme documentação comprobatória de fls. 98 a 141.

O RIR/99 em seu art. 530, incisos III e IV, respectivamente, estabelece que as pessoas jurídicas tributadas com base no regime do Lucro Presumido, que deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do inciso I, do art. 527; ou o contribuinte que optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido, terão os seus lucros arbitrados.

Pois bem, no caso presente, o fisco mesmo ciente de que a contribuinte optou pela tributação com base no Lucro Presumido, constatou que a empresa não apresentou nenhum dos livros comerciais ou fiscais e nenhum comprovante de escrituração ou extratos de sua movimentação bancária, ainda assim manteve a tributação pelo Lucro Presumido, quando deveria ter arbitrado os lucros.

O regime tributário que, obrigatoriamente, deve ser aplicado, em cumprimento à legislação fiscal aqui anotada, é aquele compatível com a situação de fato sobre a escrituração da contribuinte verificada no momento da ação fiscal.

Assim, a empresa tributada com base no Lucro Real ou com base no Lucro Presumido, que não mantiver ou não apresentar os livros de sua escrituração comercial e fiscal e respectivos comprovantes de escrituração, deve ter os seus lucros arbitrados, necessariamente, não se justificando a manutenção do regime de tributação escolhido pela contribuinte que não tem condições de atender os requisitos legais para utilizá-lo.

Desse modo, a presente autuação revela-se improcedente em virtude do equivocado regime tributário aplicado.

O segundo aspecto que demonstra a improcedência dos lançamentos tributários ora discutidos diz respeito à inadequada quantificação da base de cálculo adotada.

A autuada era credenciada, como administradora ou permissionária, pela Loteria do Estado do Rio Grande do Sul – LOTERGS, dita patrocinadora, para administrar a Loteria de Chances Múltiplas no Rio Grande do Sul.

O art. 23 da Instrução Normativa nº 002/2001, da Lotergrs, define a distribuição dos recursos arrecadados nos sorteios da Loteria de Chances Múltiplas, transcrito no TVF, às fls. 52, a saber:

“Art. 23. A destinação dos recursos arrecadados em cada sorteio da Loteria de Chances Múltiplas dar-se-á nos seguintes termos:

I – 40% (quarenta por cento), no mínimo, para premiação, incluídos os impostos sobre ela incidentes;

II – 51% (cinquenta e um por cento), para custeio das despesas de administração, operação e divulgação, inclusive lucros; e

III – 9% (nove por cento) no mínimo, para a Lotergs.

Parágrafo único. O permissionário deverá apresentar cópia do depósito bancário relativo ao repasse financeiro devido à Lotergs, até o segundo dia útil da data de cada sorteio, acompanhado dos respectivos demonstrativos de arrecadação e da premiação, sob pena de suspensão da exploração e operação da Loteria de Chances Múltiplas.”

O fisco, partindo de uma exegese do parágrafo único, do art. 61, da Lei nº 9.615/1998, considerou que toda a receita arrecadada nos sorteios seria, integralmente, receita da administradora, a autuada, isto em virtude de o referido dispositivo estabelecer que é de responsabilidade exclusiva da empresa comercial administradora de jogos de bingo o pagamento de todos os tributos e encargos da seguridade social incidentes sobre as respectivas receitas obtidas com essa atividade, ao passo que a contribuinte entende que as parcelas de receitas destinadas à Lotergs e à premiação não lhe pertence.

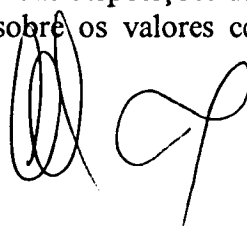
Como fundamentou a autoridade julgadora recorrida, antes do advento do parágrafo único, do art. 61, da Lei nº 9.615/1998, a responsabilidade pelo pagamento de todos os tributos e encargos da seguridade social incidentes sobre as “respectivas receitas” era de responsabilidade da entidade desportiva patrocinadora. Com o advento do mencionado parágrafo único, a responsabilidade dos pagamentos passou a ser da administradora, possivelmente por um critério de conveniência de arrecadação, visto que as entidades desportivas raramente cumprem suas obrigações tributárias e previdenciárias.

Entretanto, penso que “a responsabilidade pelo pagamento de todos os tributos e encargos da seguridade social incidentes sobre as ‘respectivas receitas’”, atribuída à administradora, não significa que toda a receita arrecadada nos sorteios pertença à administradora e nela e em seu nome devam ser integralmente tributadas.

É de se observar que o caso dos autos não se refere a exploração jogos de bingo patrocinado por entidade desportiva, mas a administração de jogo de bingo eletrônico explorado por um ente estatal, a Loteria do Estado do Rio Grande do Sul – Lotergs, situação em que a administradora opera cumprindo as determinações da patrocinadora.

Nesse diapasão o fisco, considerando que toda a receita deveria ser tributada na administradora e, ante a impossibilidade de examinar livros de sua escrituração comercial e fiscal e respectivos comprovantes de escrituração, solicitou à Lotergs, informações sobre os valores repassados pela autuada, correspondentes ao 9% (nove por cento). Atendendo a solicitação fiscal a Lotergs informou os valores que lhe foram repassados pela autuada, fls. 91 a 95, donde o fisco mediante a aplicação de uma regra de três simples projetou a totalidade da receita arrecadada nos sorteios de cujos montantes subtraiu os valores declarados nas DIPJ’s e considerou as diferenças como omissão de receita.

Nota-se que o fisco se valeu das disposições do inciso III, da IN nº 002/2001 – Lotergs, de quem solicitou informações sobre os valores correspondentes apenas ao 9%



(nove por cento). Não solicitou informações sobre os valores definidos nos incisos I e II, da mesma IN, correspondentes às premiações e despesas e lucros da administradora. Também deixou de solicitar os demonstrativos de arrecadação e da premiação de cada sorteio que a administradora deveria obrigatoriamente apresentar à Lotergs junto com os comprovantes dos depósitos bancários dos 9% (nove por cento) a ela repassados, situação em que ficaria demonstrada a efetiva destinação dos recursos arrecadados.

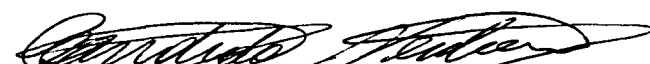
O caso presente é semelhante à tributação de pessoas jurídicas que administram ou operam recursos de terceiros como empresas de cobranças, vendas de bilhetes de metrô, bilhetes únicos ou integrados de transportes coletivos de passageiros em que as receitas são repassadas às diversas empresas participantes; ou de atividade específicas em que a receita da pessoa jurídica é conhecida e definida em percentual de cada operação realizada, como no caso de empresa de "factoring", agências de viagem, casa de câmbio, dentre outras atividades semelhantes.

Assim, entendo que a receita bruta da contribuinte, tendo em vista os termos do contrato com a Lotergs externados na referida IN, seria apenas as importâncias correspondentes aos 51% (cinquenta e um por cento) arrecadado em cada sorteio.

Contudo, em face do critério adotado pelo fisco de considera a totalidade da receita arrecadada em cada sorteio como receita da autuada, tributando-se como receita omitida a diferença entre os valores declarados nas DIPJ's, os trabalhos fiscais não se aprofundaram a ponto de certificar se os valores de receitas declaradas nas DIPJ's correspondem ou não aos 51% (cinquenta e um por cento) da receita de cada sorteio destinada à autuada, cuja definição nesta fase processual, segundo entendo, implicaria em reabrir os trabalhos de auditoria fiscal, inovando e/ou aperfeiçoando o lançamento, o que já não é mais possível nesta quadra, restando, assim, caracterizadas incorreções e insegurança quanto à base de cálculo adotada, isto considerando, ainda, a impropriedade do regime tributário pelo Lucro Presumido adotado pelo fisco já apreciado anteriormente.

CONCLUSÃO

Na esteira destas considerações oriento o meu voto no sentido de não conhecer do recurso *ex officio* abaixo do limite de alçada; acolher a preliminar de decadência da CSLL, PIS e COFINS, relativas aos fatos geradores ocorridos até 31/10/2001, inclusive; rejeitar as demais preliminares suscitadas; e, no mérito, dar provimento ao recurso voluntário.


CANDIDO RODRIGUES NEUBER - Relator





MINISTÉRIO DA FAZENDA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

Processo : 10680.008602/2006-51

Recurso : 162.761

Acórdão : 1202-00.096

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do artigo 81 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Portaria MF nº 259/2009), intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Segunda Câmara da Primeira Seção do CARF, a tomar ciência do inteiro ter do **Acórdão nº 1202-00.096**.

Brasília - DF, em 30 de setembro de 2009

José Roberto França
Secretário da 2ª Câmara da Primeira Seção
CARF

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência:-----/-----/-----

Procurador(a) da Fazenda Nacional