



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

Processo nº 10830.007264/2007-50
Recurso nº 168.032 Voluntário
Acórdão nº 1804-00037 – 4ª Turma Especial
Sessão de 25 de maio de 2009
Matéria IRPJ e OUTROS - Ex.: 2003
Recorrente MARTINS EVENTOS E PROMOÇÕES LTDA
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-CAMPINAS/SP

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2003, 2004

Ementa: DECADÊNCIA. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. Nos casos de dolo, fraude ou simulação o direito de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

OMISSÃO DE RECEITA. PROVA.

Caracterizada omissão de receita pelos elementos de prova constantes dos autos, deve ser mantida a exigência.

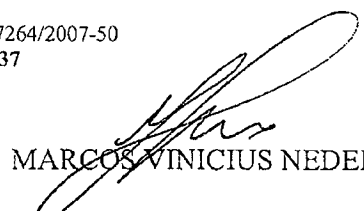
MULTA POR INFRAÇÃO QUALIFICADA. O registro de receitas zeradas, nas declarações de rendimentos, durante vinte e quatro meses seguidos, dos dois anos-calendário fiscalizados, demonstra ter a autuada agido com dolo, caracterizando o evidente intuito de fraude, que dá ensejo à aplicação da multa por infração qualificada, no percentual de 150%.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Aplica-se às exigências decorrentes de tributação reflexa, o mesmo tratamento dispensado ao lançamento da exigência principal, em razão de sua íntima relação de causa e efeito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

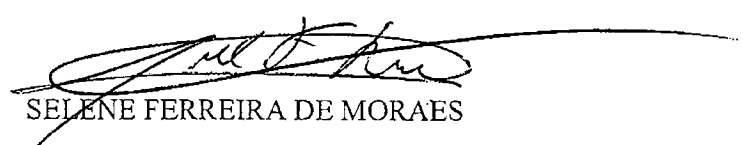
ACORDAM os Membros da Quarta Câmara, Primeira Turma Especial da Primeira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, por unanimidade de votos, AFASTAR a preliminar de decadência e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir a exigência do imposto de renda na fonte, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

✓



MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA

Presidente



SELENE FERREIRA DE MORAES

Relatora

Formalizado em: 31 AGO 2009

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira e Leonardo Lobo de Almeida.

Relatório

Trata-se de autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IRRF, relativos aos anos de 2002 e 2003, no montante total de R\$ 276.340,22.

A fiscalização apontou os seguintes fatos em seu Termo de Verificação Fiscal:

- As DIPJ's apresentadas na modalidade de lucro presumido foram entregues com todos os valores zerados.
- Não foram apresentados os livros contábeis e fiscais solicitados, com exceção de cópia do Livro de Registro de Notas Fiscais de Serviços Prestados no ano de 2002.
- Não foram localizados nos sistemas da SRF pagamentos efetuados pela fiscalizada, com código de arrecadação de IRRF sobre Prêmios e Sorteios, bem como do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.
- Os valores movimentados pela fiscalizada nos anos de 2002 e 2003 mostravam-se incompatíveis com os valores da receita declarada nas respectivas DIPJ's.
- Com a apresentação dos extratos bancários, em atendimento à intimação, e após os expurgos realizados, foram apurados novos valores da movimentação financeira, com base nos efetivos créditos/depósitos realizados pela fiscalizada.
- Em razão da prática reiterada de omissão no registro de 100% da receita da atividade de jogo de bingo, nos quatro trimestres do ano calendário de 2002 e no primeiro trimestre de 2003, foi aplicada a multa de ofício qualificada, nos termos do inciso II do art. 957 do RIR/1999.



Irresignada com a exigência, a contribuinte apresentou impugnação, em que alegou em síntese que:

- a) O Fisco efetuou arbitramento tomando por base movimentação financeira apontada como de sua titularidade, observando que depósitos bancários não representam renda, e sim, ativo financeiro da empresa.
- b) O Fisco determinou um arbitramento sobre os valores mensais dos depósitos tidos como não comprovados, em percentuais definidos pelo Decreto nº 3.659/00, que foi editado para regulamentar a autorização e a fiscalização dos jogos de bingo, o que resultou num lançamento estruturado no artifício da presunção sobre presunção.
- c) Num contexto em que tudo apontava para a tributação pelo lucro arbitrado, o Fisco teria optado pela tributação de ofício, levando em conta a sistemática do lucro presumido.
- d) Contesta a exigência de IRRF alegando que o Fisco teria inserido nova regra de exigência desse imposto, uma vez que a tributação instantânea, por evento, como determina a legislação em vigor, teria dado lugar a uma tributação mensal em razão de terem sido consideradas bases de cálculo totalizadas por mês, extraídas da aplicação do percentual de 51,5%, definido pelo decreto regulador, sobre o valor dos depósitos bancários totalizados mês a mês.
- e) O inciso II, do art. 676 do atual regulamento do IR determina que essa tributação seja vinculada ao prêmio concedido ao ganhador do prêmio, como consta do auto de infração.
- f) Protesta contra a exigência da multa no percentual de 150%, afirmando que a tributação com base em presunção legal é incompatível com a qualificação da multa de ofício, por não haver prova direta do ilícito.
- g) Decadência dos lançamentos que exigem tributos cujos fatos geradores tenham ocorrido até agosto de 2002, já que entre essas datas e a data da formalização da autuação, em 26/09/2007, já se teriam passado mais de cinco anos.

A Delegacia de Julgamento considerou o lançamento procedente, com base nos seguintes fundamentos:

- a) Nos termos do parágrafo 4º do artigo 150 da Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional - afasta-se a contagem do prazo decadencial previsto no caput do mesmo artigo, quando a autoridade fiscal lançadora do tributo qualificar a multa de ofício em decorrência da constatação de sonegação e fraude, como previsto nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, além de imputar ao sujeito passivo os tipos penais previstos na Lei nº 8.137, de 1990 - crimes contra a ordem tributária.
- b) Para a configuração de lançamento por homologação, não basta que a legislação ordinária tenha atribuído ao sujeito passivo o dever de apurar e pagar o imposto devido, antes de qualquer procedimento de verificação pelo Fisco. É necessário que o sujeito passivo tenha efetuado a apuração e o pagamento, ainda que parcial do imposto para que a norma de contagem do prazo decadencial possa ser antecipada da regra geral

13

prevista no art. 173, I, do Código Tributário Nacional - CTN para a regra especial prevista no art. 150, §4º do mesmo diploma legal.

- c) Tendo sido o lançamento efetuado com observância dos pressupostos legais e não havendo prova de violação das disposições contidas no Art. 142 do CTN e artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há que se falar de nulidade.
- d) Não se configura presunção de omissão de receitas quando o próprio sujeito passivo admitir que os recursos mantidos à margem de sua escrituração decorrem de receita auferida em sua atividade e não oferecida à tributação.
- e) Justifica-se a qualificação da multa de ofício quando ficar demonstrado que o sujeito passivo, de forma reiterada, omitiu de sua escrituração informações sobre suas operações, apresentou, consecutivamente, declarações, de entrega obrigatória à Receita Federal, nas quais também omitiu dados, inserindo elementos inexatos, com o objetivo único de não pagar os tributos devidos em decorrência de sua atividade, artifícios qualificados como sonegação e fraude pela Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

Contra a decisão, interpôs a contribuinte o presente Recurso Voluntário, em que, além de reiterar as alegações contidas na impugnação, acrescenta as seguintes considerações:

- a) É a regra de incidência de cada tributo que tem a aptidão para escolher a sistemática a ser adotada para o seu lançamento. Ao exigir que o sujeito passivo vá pagando o tributo, na medida em que vão ocorrendo os fatos geradores, independentemente de prévio exame da autoridade fiscal, estará delineada na lei a opção pela sistemática da homologação, que não fica ao sabor da existência ou inexistência de pagamentos para a sua configuração. Basta o dever imposto pela norma, cuja adimplência ou inadimplência não desnaturam o regime.
- b) Na sistemática do lucro real, a pessoa jurídica que apura prejuízo fiscal está desobrigada do pagamento do IRPJ e, nem por isso, pode haver mudança no regime da homologação adotado pela lei, porque não há pagamento.
- c) Ao convalidar a sistemática de lucro presumido, a fiscalização admitiu a existência de pagamento prévio, uma vez que a opção é formalizada pelo código do primeiro pagamento.
- d) Contrariamente ao que foi afirmado pela DRJ-Campinas, há pagamentos de tributos em todos os meses do ano calendário de 2002, inclusive a título de imposto de renda, circunstância que confirma a sistemática da homologação, inclusive para aqueles que a enxergam vinculada à existência de pagamento, ainda que parcial, como consta da decisão recorrida.
- e) Não é diferente a regra para as contribuições sociais.
- f) Pleiteia sejam afastados todos os tributos lançados, cujos fatos geradores sejam anteriores a 26/09/2002.

- g) O único dispositivo legal citado no auto de infração é o art. 528 do RIR/99, que é comando subsidiário, pois só determina a inserção das omissões apuradas na base de cálculo dos períodos correspondentes, na sistemática do lucro presumido.
- h) Se a fiscalização não utilizou a presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, porque não consta da fundamentação legal, é seu dever provar a acusação de omissão de receitas. Nessa linha, não basta somar o valor dos depósitos e afirmar que são prova da receita omitida.
- i) Fica evidenciada a contradição do julgado recorrido, invocando uma suposta confissão da empresa na tentativa desesperada de salvar o precário lançamento tributário que, fora de dúvida, somou depósitos bancários para apurar “receita da atividade”, mas nega a aplicação do art. 42 da Lei nº 9.430/96. Se não é com base nesse dispositivo legal, nulo o lançamento calcado em presunção simples, pela ausência da prova da omissão.
- j) A renda presumida foi quantificada com a aplicação dos percentuais constantes do Decreto nº 3.659/00, que não guardam nenhuma relação com a apuração da base de cálculo de tributos.
- k) O auto de infração inova e desqualifica a incidência instantânea do § 3º, do art. 676 do RIR/99, ao tomar como base a apuração mensal (soma dos depósitos), além de eleger indício desconectado da realidade, pois os depósitos são indicativos de ingressos, nunca de saídas de recursos que caracteriza o pagamento de prêmios.
- l) Ante a falta de demonstração do evidente intuito de fraude, em lançamento de tributos cujas bases de cálculo foram quantificadas por presunção, não é possível sustentar a multa qualificada de 150%, ainda que fosse possível a exigência de tributo.
- m) Pleiteia a recorrente que sejam subtraídos todos os valores dos tributos espontaneamente recolhidos nos períodos da autuação, conforme comprovação e registro em seu livro caixa.
- n) Se houve dúvida sobre a efetividade dos recolhimentos apontados, invoca a regra contida no art. 37 da Lei nº 9.784/1999.
- o) Pela estreita relação de causa e efeito, pleiteia que as razões invocadas para afastar a incidência do IRPJ, CSLL e IR-Fonte sejam levadas em consideração para igualmente desqualificar as indevidas exigências de COFINS e PIS.

É o relatório.

Voto

Conselheira SELENE FERREIRA DE MORAES, Relatora

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.



Inicialmente, a recorrente afirma que, como todos os tributos objeto do lançamento são sujeitos ao chamado lançamento por homologação, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário encontra-se previsto no art. 150, § 4º, do CTN, *in verbis*:

"Art. 150. (...) "

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

Destaca, outrossim, que não incorreu nos vícios indicados na exceção contida no § 4º, do CTN, devendo a contagem do prazo decadencial ser feita a partir da ocorrência do fato gerador do tributo.

Como a definição da regra decadencial a ser aplicada depende da existência ou não de dolo, fraude ou simulação, é mister analisarmos se a situação fática subjacente ao presente lançamento é um caso de evidente intuito de fraude, tal como definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, *in verbis*:

" Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Neste ponto é mister fazermos uma breve digressão acerca da Lei nº 4.502/1964, a fim de compreendermos o sentido das hipóteses legais que autorizam a aplicação da multa de 150%.

O Título IV - Das infrações e penalidades, da Lei nº 4.502/1964 traz um conjunto de normas que disciplinam a aplicação de sanções de ordem administrativo-tributária, configurando o chamado direito tributário penal. Tal conjunto de normas não pode ser confundido com o direito penal tributário, como nos ensina José Paulo Baltazar Júnior, em sua obra "Crimes Federais":

"Esse conjunto forma o chamado direito penal tributário, ou seja, o conjunto de normas de natureza penal que sancionam

práticas relacionadas à violação de natureza tributária, que não deve ser confundido com o direito tributário penal, cujo objeto são as sanções de ordem administrativo-tributária (Fanucchi:105, Pimentel, 1974: 42-44).

(...)

As condutas que constituem crimes tributários usualmente também configuram infrações administrativas. Diz-se que o Direito Tributário Penal se ocupa das sanções e infrações administrativas, e o Direito Penal Tributário, dos crimes contra a ordem tributária e suas penas (Tenório:58). Tal distinção fica clara em decisão na qual o TRF da 4ª Região afirmou que: "O art. 112 do Código Tributário Nacional não se aplica à seara penal, uma vez que de sua exegese se compreende que é a lei tributária e não a penal que se interpreta da maneira mais favorável ao contribuinte (e não ao acusado)." (AC 2002.04.01.055872-7/PR, José Luiz B.Germano da Silva, 7ª T., um, DJ 15.10.03)"

Logo, os dispositivos do Título IV - Das infrações e penalidades, da Lei nº 4.502/1964, que incluem os arts. 71, 72 e 73, acima reproduzidos, devem ser analisados como condutas típicas de um sistema tributário de penalidades, a teor de seu art. 64. Note-se que tais dispositivos fazem parte da Seção II – Da aplicação e graduação das penalidades, e definem as circunstâncias agravantes inicialmente previstas no inciso I, do art. 68, posteriormente excluídas pelo Decreto-Lei nº 34/1966, *in verbis*:

"Art . 64. Constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe em inobservância, por parte do sujeito passivo de obrigação tributária, positiva ou negativa, estabelecida ou disciplinada por esta lei, por seu regulamento ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinados a complementá-los. "

(...)

Art . 68. Na fixação da pena de multa, a autoridade atenderá ao conjunto de circunstâncias atenuantes e agravantes constantes do processo.

§ 1º São circunstâncias agravantes, quando não constituam ou qualifiquem em a infração:

I - a sonegação, a fraude e o conluio;"

Para reforçar a idéia de que as condutas descritas nos arts. 71, 72 e 73 são típicas das infrações tributárias, e portanto, completamente independentes de eventuais sanções de natureza penal, é oportuno transcrevermos um trecho da exposição de motivos da Lei nº 4.502/1964:

"Na forma do art. 67 da Constituição, e art. 4º do Ato Institucional, tenho a honra de apresentar a Vossas Excelências o anexo anteprojeto de lei, dispondo sobre o imposto de consumo e reorganizando a Diretoria de Rendas Internas.

7

Dentre as medidas de aperfeiçoamento, sobressaem-se, além da mencionada adaptação da Tabela de especificação dos produtos à Nomenclatura Aduaneira de Bruxelas, completando a reforma iniciada em 1958:*

(...)

5) a que reformula o sistema de penalidades, sua aplicação e graduação, levando em conta a situação econômica do infrator;"

**A reforma de 1958 introduziu de forma parcial a não-cumulatividade no imposto de consumo.*

Apesar de o Título IV referir-se ao sistema de penalidades às infrações da legislação relativa ao imposto sobre o consumo, conforme art. 64 da Lei nº 4.502/1964, as definições das condutas contidas nos arts. 71, 72 e 73 foram estendidas a todos os casos de lançamento de ofício previstos no art. 149 do CTN, por força do art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

Por conseguinte, basta verificar se a conduta do contribuinte subsume-se a alguma das hipóteses previstas nos arts. 71, 72 e 73, para averiguar se foi correta a aplicação da multa de 150%.

No presente caso, a conduta da contribuinte e as circunstâncias constantes do processo são as seguintes:

- A contribuinte movimentou em contas de depósitos o montante de R\$ 1.073.070,99, em 2002, e R\$ 86.873,97, em 2003, enquanto as DIPJ's relativas a estes períodos indicavam a ausência de receitas de suas atividades.
- A autoridade fiscal não localizou nos sistemas da SRF, nenhum pagamento com código de arrecação de IRRF sobre Prêmios e Sorteios (0916), bem como do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.
- A contribuinte apresentou as cópias dos extratos bancários da conta mantida junto ao Banco Nossa Caixa S/A, solicitadas pela fiscalização (fls. 73/97).
- A contribuinte apenas apresentou o Livro de Registro de Notas Fiscais de Serviços Prestados, relativo ao ano de 2002 (fls. 142/155) e cópias de notas fiscais de serviços relativas aos meses de dezembro de 2006 a maio de 2007.
- Não foi anexado nenhum documento na fase impugnatória. Na fase recursal foi apresentado Livro Caixa, não autenticado pela Junta Comercial, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2002 (fls. 344/355).
- Entrega da DIPJ relativa aos anos de 2002 e 2003, com todos os valores zerados. Registro de receitas relativas ao ano de 2002 no Livro de Registro de Notas Fiscais de Serviços Prestados.

Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa.

No presente caso, restou comprovado que a contribuinte não cumpriu seu dever de informar à autoridade administrativa, durante pelo menos vinte e quatro meses, os

8

valores das receitas auferidas. Sobre o descumprimento deste dever a contribuinte assim se manifestou, na resposta ao Termo de Intimação Fiscal, datado de 07/08/2007:

“4. Como já informado na resposta da intimação anterior, os atuais sócios assumiram a empresa em 20/09/2004 e estão com dificuldades de localizar todos os documentos de exercícios anteriores que estavam na guarda dos antigos sócios. Em razão do pedido que fizemos ao antigo contador, com base nos documentos encontrados está refazendo a escrituração do Livro Caixa para que possa ser apresentado para a fiscalização e retificar as declarações por ele transmitidas equivocadamente com valores zerados, pela ausência dos demonstrativos contábeis da época.” (fls. 141)

De acordo com o art. 1.025 do Código Civil, o sócio, admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão. Assim, ao adquirir as quotas da sociedade, o cessionário deveria efetuar uma verificação completa das obrigações pelas quais passaria a responder, levantando qual a situação fiscal da empresa. Se nesse levantamento fosse identificado qualquer equívoco, tal erro poderia ter sido sanado antes ou após o novo sócio assumir a gerência.

Declarar é tornar público, oralmente ou por escrito, qualquer coisa ainda oculta. A autoridade administrativa toma conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, através da declaração de rendimentos entregue pelo contribuinte.

Por outro lado, se não há coação ou erro comprovado, é inegável que toda declaração tem caráter volitivo, ou seja, exprime uma intenção, um propósito.

A inércia da contribuinte em retificar a declaração, pelo menos até a data do início do procedimento fiscal, em abril de 2007, não é compatível com a alegação de ocorrência de erro. O contribuinte diligente, que para evitar a imposição de multa por atraso na entrega da declaração, eventualmente a entrega com valores zerados, procura corrigir tal situação o mais rápido possível. No presente caso houve conduta reiterada da contribuinte, que durante dois anos consecutivos entregou declarações zeradas.

De acordo com o art. 71, considera-se sonegação toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Foi exatamente o que ocorreu no presente caso. Durante 24 meses seguidos a autoridade fazendária não teve conhecimento de todas as receitas auferidas pela contribuinte, sendo que apenas por meio de procedimento de fiscalização pode verificar o montante das receitas auferidas, a partir de sua movimentação financeira.

De mais a mais, a apresentação de Livro Caixa, apenas na fase recursal, sem autenticação no órgão competente no Registro de Comércio, não é suficiente para demonstrar que a recorrente não teve o intuito de impedir ou retardar o conhecimento do fato gerador por parte da autoridade fazendária. Note-se que além da falta de autenticação, a recorrente não anexou aos autos nenhuma nota fiscal de serviços relativa aos períodos tributados, uma vez que as notas de fls. 156/174, referem-se aos meses de dezembro de 2006 a maio de 2007.

A conduta da recorrente enquadra-se perfeitamente no conceito de sonegação, visto que impediu ou retardou o conhecimento, por parte da autoridade

administrativa, da ocorrência do fato gerador em relação às receitas não declaradas, a fim de reduzir o valor do tributo devido.

Deste modo a regra a ser aplicada ao presente caso é a do art. 173, I, do CTN, que a seguir transcrevemos:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (grifo nosso)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

Em face do art. 173, I do CTN, o termo inicial da contagem do prazo de decadência, em relação ao primeiro fato gerador – 31/01/2002 – é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, o dia 01/01/2003. No presente caso, não há que se falar em decadência do lançamento, que foi efetuado em 26 de setembro de 2007.

Por fim, deixo de me manifestar sobre a discussão relativa ao prazo decadencial, em face da ausência de pagamentos, por considerá-la prejudicada.

Também não merece acolhida a preliminar de nulidade.

O art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, enumera quais os elementos indispensáveis que um auto de infração deve conter, cuja inobservância pode acarretar nulidade do ato por vício formal:

"Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula."

No presente caso, constatamos que o auto de infração lavrado contém todos os elementos obrigatórios, não se vislumbrando a ocorrência de cerceamento do direito de defesa, uma vez que a contribuinte entendeu perfeitamente o conteúdo da infração que lhe foi imputada, impugnando-a integralmente.

Alega a recorrente que o único dispositivo legal citado no auto de infração é o art. 528 do RIR/99, a seguir reproduzido:

“Art.528.Verificada omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente, observado o disposto no art. 519 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24).

Parágrafo único.No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas tributadas com base no lucro presumido, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela que corresponder o percentual mais elevado (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24, §1º).”

De fato, a fiscalização não mencionou no enquadramento legal, o art. 42 da Lei nº 9.430/1996, que assim dispõe:

“Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.”

Ocorre porém, que tal dispositivo legal foi mencionado em dois Termos de Intimação Fiscal, sendo que nestas duas ocasiões a contribuinte foi intimada a se manifestar sobre os créditos/depósitos constantes dos extratos bancários:

- Termo de Intimação Fiscal de 14/06/2007 (fls. 98/100): (i) solicitou a análise dos dados do “Demonstrativo de créditos a comprovar”, quanto à exatidão dos dados nele contidos; (ii) apresentação de documentação comprobatória hábil e idônea, coincidentes em datas e valores, tais como notas fiscais, contratos, recibos, etc, que justifiquem a origem dos recursos depositados/creditados nas contas bancárias retromencionadas.
- Termo de Intimação Fiscal de 07/08/2007 (fls. 123/125): (i) solicitou a análise dos dados do novo “Demonstrativo de créditos a comprovar”, quanto à exatidão dos dados nele contidos; (ii) apresentação de documentação comprobatória hábil e idônea, coincidentes em datas e valores, tais como notas fiscais, contratos, recibos, etc, que justifiquem a origem dos recursos depositados/creditados nas contas bancárias retromencionadas.

Apesar da fiscalização ter se iniciado a partir de extratos bancários da recorrente, tendo sido mencionado o art. 42 da Lei nº 9.430/1996, durante o processo de fiscalização restou demonstrado, por prova indiciária a omissão de receitas.

A investigação colheu fortes indícios, veementes, graves, precisos e convergentes, que examinados em conjunto puderam levar à constatação de que houve a omissão de receitas.

A fiscalização, ao constatar que a origem dos recursos é justificada pela atividade que era exercida pela empresa, e levando em consideração a especificidade desta atividade, utilizou os percentuais legais para aferir a parcela de seus ingressos que corresponderia à receita operacional da empresa.

O Decreto nº 3.659/2000 trata expressamente da destinação dos recursos arrecadados nos sorteios de jogos de bingos, e seu art 14 assim dispõe:

"Art.14. A destinação total dos recursos arrecadados em cada sorteio dos jogos de bingo permanente ou eventual será efetuada da seguinte forma:

I-cinqüenta e três e meio por cento para a premiação, incluindo a parcela correspondente ao imposto sobre a renda e outros eventuais tributos sobre a premiação;

II-vinte e oito por cento para custeio de despesas de operação, administração e divulgação;

III-sete por cento para as entidades desportivas;

IV-quatro e meio por cento para a União; e

V-sete por cento para a CAIXA."

Com o advento da lei nº 10.264/01, com vigência a partir de 17 de julho de 2001, o percentual consignado no inciso I supra, foi reduzido em 2% (de 53,5% para 51,5%), sendo este percentual de 2% destinado aos Comitês Olímpico e Paraolímpico Brasileiros.

A omissão de receitas restou comprovada, tendo a fiscalização utilizado de uma presunção razoável, qual seja, a legislação que rege a atividade de bingos, apenas para apurar o *quantum* devido. Neste caso, o critério adotado pela fiscalização guarda correlação com a realidade, uma vez que os depósitos bancários são ingressos. De mais a mais, segundo afirmação da própria recorrente, tais ingressos foram decorrentes do exercício de sua atividade.

Por conseguinte, ficou configurada a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, devendo ser afastada a alegação de que o lançamento foi calcado em presunção simples, uma vez, que houve prova indiciária da omissão de receitas lançada pela fiscalização.

No tocante ao IRRF, alega a recorrente que o auto de infração inova e desqualifica a incidência instantânea do § 3º, do art. 676 do RIR/99, ao tomar como base a apuração mensal (soma dos depósitos), além de eleger indício desconectado da realidade, pois os depósitos são indicativos de ingressos, nunca de saídas de recursos que caracteriza o pagamento de prêmios.

O art. 676 assim dispõe:

"Art.676.Estão sujeitos à incidência do imposto, à alíquota de trinta por cento, exclusivamente na fonte:

I-os lucros decorrentes de prêmios em dinheiro obtidos em loterias, inclusive as instantâneas, mesmo as de finalidade assistencial, ainda que exploradas diretamente pelo Estado, concursos desportivos em geral, compreendidos os de turfe e sorteios de qualquer espécie, exclusive os de antecipação nos títulos de capitalização e os de amortização e resgate das ações das sociedades anônimas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 14);

II- os prêmios em concursos de prognósticos desportivos, seja qual for o valor do rateio atribuído a cada ganhador (Decreto-Lei nº 1.493, de 7 de dezembro de 1976, art. 10).

§1ºO imposto de que trata o inciso I incidirá sobre o total dos prêmios lotéricos e de sweepstake superiores a onze reais e dez centavos, devendo a Secretaria da Receita Federal pronunciar-se sobre o cálculo desse imposto (Decreto-Lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, art. 5º, §§1º e 2º, Lei nº 5.971, de 11 de dezembro de 1973, art. 21, Lei nº 8.383, de 1991, art. 3º, inciso II, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 30).

§2ºO recolhimento do imposto, seja qual for a residência ou domicílio do beneficiário do rendimento, poderá ser efetuado no agente arrecadador do local em que estiver a sede da entidade que explorar a loteria (Lei nº 4.154, de 1962, art. 19, §1º).

§3ºO imposto será retido na data do pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa."

Com efeito, o fato gerador o imposto de renda retido na fonte incidente sobre prêmios em sorteios de qualquer espécie, é o pagamento, crédito, entrega emprego ou remessa do dinheiro.

Neste caso, não é possível aplicar o percentual de 51,5% sobre os valores dos depósitos, uma vez que estes são ingressos e não saída de recursos.

Ante todo o exposto, afasto a preliminar de decadência e no mérito DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso, para excluir da tributação a exigência de IRRF.

Sala das Sessões - DF, em 25 de maio de 2009


SELENE FERREIRA DE MORAES