



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

**Processo n°** 11080.008226/2007-15  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1302-001.515 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 24 de setembro de 2014  
**Matéria** IRPJ e outros.  
**Recorrente** KOLMAC ADMINISTRADORA DE EVENTOS  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

REVISÃO DO LANÇAMENTO. SEGUNDO EXAME.

Se a lei autoriza um segundo exame da autoridade lançadora, é lógico que está autorizada a efetuar lançamentos se, eventualmente, apurar outras infrações não desvendadas na auditoria anterior.

ARBITRAMENTO.

Se livros contábeis e documentos não foram entregues, o lucro deve ser arbitrado.

DEPÓSITO BANCÁRIO DE ORIGEM NÃO COMPROVADO. RECEITA BRUTA.

Não logrando a recorrente provar que os ingressos em sua conta bancária não eram receitas brutas por ela auferidas, há que se ter tais ingressos como receita brutas, ou seja, decorrentes da exploração do seu objeto social.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada no lançamento do IRPJ é aplicável, *mutatis mutandis*, aos lançamentos decorrentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para desagravar a multa de ofício e, pelo voto de qualidade, manter a qualificação da multa de ofício, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto S. Jr, Eduardo Andrade, Guilherme Polastri, Waldir Rocha, Hélio Araújo e Márcio Frizzo

## Relatório

Peço vênia aos meus pares para transcrever o relatório sobre estes autos, exarado pela Conselheira Lavínia Junqueira na Resolução nº 1302-000.080, a fls. 662, *in verbis*:

“Este processo discute o lançamento fiscal de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica IRPJ (fls. 200), Contribuição para o Programa de Integração Social — PIS (fls. 211), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — COFINS (fls. 220) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL (fls. 229). O total do crédito tributário apurado foi de R\$ 5.423.714,59, calculado até 30/11/2007. O lançamento foi efetuado para regularizar nulidade de lançamento efetuado anteriormente, ocasionado por conduta alegadamente irregular do agente fiscal, no ano de 2006.

Em 30/11/2007, através do Despacho Decisório de fls. 197, o Delegado da Receita Federal em Porto Alegre, nova jurisdição fiscal da contribuinte, declarou a nulidade dos autos de infração antes referidos, com base no art. 149, IX, do Código Tributário Nacional — CTN:

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

[...1

IX quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade essencial.

[...]

Em 07/12/2007, o Delegado da Receita Federal em Curitiba, antiga jurisdição fiscal, também declarou a nulidade dos mesmos autos de infração, através do Despacho Decisório de fls. 269.

A Procuradoria competente solicitou a nova fiscalização que resultou no lançamento fiscal ora combatido. Em nova fiscalização, a empresa, mesmo intimada, não apresentou ao fisco, extratos bancários de suas contas correntes. Foram emitidas, então, Requisições de Movimentação Financeira. Tomando por base os documentos fornecidos pelos bancos a contribuinte foi intimada a comprovar a origem dos depósitos e a identificar eventuais transferências de recursos entre contas bancárias de mesma titularidade. A empresa não atendeu as intimações.

Para o período fiscalizado, a empresa havia apresentado DIPJ, com opção de apuração dos resultados pelo lucro presumido. A receita bruta foi sempre informada como sendo "zero", inclusive nas DCTF. O atuante concluiu ter ocorrido omissão de receitas (fls. 249), assim:

*‘A falta de comprovação da origem dos depósitos bancários pela empresa, através de documentação hábil e idônea, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96, juntamente com o fato de a empresa ter declarado não ter auferido receita alguma, nos permite concluir que a KOLMAC omitiu receitas nos anos-calendário de 2002 a 2004, nos montantes de R\$ 4.058.377,51, R\$ 7.753.717,53 e R\$ 3.205.677,57...’*

A empresa teve os resultados apurados através do arbitramento do lucro com base na receita conhecida, em razão da não apresentação dos livros contábeis e fiscais de manutenção obrigatória, conforme previsto no art. 530, III, do RIR1999. Esclarece o atuante (fls. 259): "A receita bruta conhecida, por sua vez, corresponde ao montante de depósitos bancários para os quais o contribuinte não logrou comprovar a origem através de documentação hábil e idônea".

Foi aplicada multa de ofício, agravada em função do evidente intuito de fraude.

Esse intuito teria aflorado (fls. 260): "tendo em vista a magnitude da omissão de receitas verificada no curso da fiscalização; a declaração pelo contribuinte de não ter auferido receita alguma no período fiscalizado; bem como o fato de que essa conduta foi adotada pelo contribuinte de maneira sistemática, ou seja, em todos os três anos-calendários fiscalizados".

Em sua impugnação, a empresa alegou nulidade do lançamento por duplicidade face àquele feito em 2006. Alegou ainda cerceamento do direito de defesa já que o lançamento foi efetuado com base em extratos bancários devidamente contabilizados pela impugnante que não pôde encaminhar sua documentação contábil, pois foi apreendida pela Receita Federal e Polícia Federal.

No mérito defendeu a interessada que é mera administradora de jogos lotéricos a serviço do SERLOPAR — Serviço de Loteria do Estado do Paraná — a quem pertenceriam as insignificantes arrecadações na venda de cartelas. A fiscalização teria extraído receita de onde não existia, pois nesse período a empresa operava num estágio préoperacional, sem ter alcançado qualquer receita, conforme informado em suas declarações. O item 8.1 de contrato celebrado com o SERLOPAR ‘estabelece condições que mostram, indubitavelmente, que a titularidade da arrecadação é da entidade e não da empresa administradora’ (fls. 294). A cláusula é a que segue: ‘8.1 — O montante das vendas será arrecadado, semanalmente, pela CONTRATADA, junto aos revendedores lotéricos, para, após deduzidos os valores das respectivas comissões e dos prêmios pagos por estes, ser recolhido, até a data da veiculação do respectivo sorteio.’

Combateu ainda a empresa o arbitramento do lucro por duas razões: (1) a empresa é optante pelo lucro presumido e possui escrituração contábil e fiscal que se encontra apreendida; (2) mesmo admitindo o arbitramento do lucro 'por falta de escrituração', este não poderia ter sido apurado com base no disposto no art. 532 do RIR/99, por não conhecida a receita bruta (item 5.1 da Impugnação).

A empresa alegou que os depósitos bancários foram escriturados em seus livros Diários e Razão em posse da autoridade fiscal e que nele constam empréstimos e aportes de capital dos sócios e da SERLOPAR. A conta da impugnante então tem valores que são da SERLOPAR e dos sócios.

Quanto às exigências de PIS e COFINS, a empresa as combate por duas razões:

(1) a pretensa omissão de receita, presumida com base em movimentação financeira, não pode ser caracterizada como base de cálculo das contribuições em tela em vista da Decisão do STF que considerou inconstitucional do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98;

(2) a receita é da SERLOPAR, conforme demonstra o contrato (Anexo III) (item 5.3 da Impugnação).

Combateu a contribuinte a aplicação das multas qualificada e agravada, concomitantemente, alegando ser ela ilegal e exacerbada, pois não é comprovada qualquer fraude e a impossibilidade de entregar determinada documentação é motivada pela comentada apreensão dos documentos e livros, o que redundou no arbitramento do lucro (item 5.4 e 5.5 da Impugnação).

A DRJ em sua decisão (fls. 513 e seguintes) manteve integralmente o lançamento, reconhecendo que o lançamento é juridicamente válido, assim como o cancelamento do lançamento anterior pela autoridade fiscal. Não houve cerceamento do direito de defesa, pois a contribuinte poderia ter solicitado cópia da documentação apreendida pela Polícia Federal e apresentado prova de sua diligência durante a ação fiscal, mas ao contrário recebeu reiteradas solicitações da autoridade fiscal e permaneceu inerte nesse momento. A não apresentação dos documentos fiscais sem justificativa ao longo da fiscalização justifica o arbitramento do lucro.

Verificada a existência de depósitos bancários não escriturados ou declarados à autoridade fiscal e sem comprovação de origem, é cabível o lançamento por omissão de receitas. Cabe à contribuinte o ônus de comprovar que esses depósitos não são receitas. No caso, a contribuinte apenas alega que os depósitos foram escriturados e que não correspondem a renda sua mas a empréstimos e valores recebidos por conta de terceiros, mas não comprova.

Por outro lado, a tributação por omissão de receitas aplicase também a PIS e COFINS.

Com relação às multas qualificada e agravada concluiu o relator da DRJ:

‘Tenho que restou evidente o intuito de fraudar da contribuinte. A autuada auferiu receitas durante os três anos-calendários analisados, mas apresentou reiteradas declarações ao Fisco informando receita ‘zero’. Os livros razão juntados com a impugnação demonstram que a empresa atuava e recebia remuneração do Serviço de Loterias do Estado do Paraná, mas mesmo essa remuneração, prevista em contrato também juntado com a Impugnação, nunca foi reconhecida pela contribuinte. Temos, com isso, que houve evidente intuito de fraude a determinar a aplicação do percentual de multa de 150% (§ 1º do art. 44, da Lei nº 9.430/1996).

Também foi acertado o aumento, em metade, do percentual da multa de ofício, previsto no § 2º, inciso I, do art. 44, da Lei nº 9.430/1996, pelo não atendimento pela contribuinte, de intimações para prestar esclarecimentos. Exemplificativamente temos a intimação fiscal de fls. 165/166 e a reintimação de fls. 178/179, que não mereceram qualquer resposta por parte do sujeito passivo.”

Após devolução da correspondência postal, ciente por edital em 24-06-2009 e pessoalmente em 16-07-2009, a interessada recorreu da decisão alegando que sofreu forte campanha da polícia federal e sociedade contra a atividade de venda da TOTO BOLA, modalidade lotérica promovida pela SERLOPAR, a qual seria administrada pela empresa contribuinte. A empresa teve sua atividade comercial encerrada bem como livros fiscais apreendidos. A empresa respondeu a todas as intimações fiscais, mas não pôde apresentar livros ou escriturações de depósitos por essa razão. O lançamento fiscal sobre depósitos bancários escriturados nessa documentação apreendida, bem como o arbitramento de lucro por não apresentação da mesma, configuram cerceamento do direito de defesa.

Nesse mérito da omissão de receita, afirmou a recorrente ainda que:

- (1) estes estão contabilizados nos livros Diário e Razão da empresa que se encontram em poder da Receita Federal e Polícia Federal que os apreenderam;
- (2) foram declarados e contabilizados pelas empresas que efetuaram os eventuais empréstimos e aportes de capital,
- (3) foram movimentados em contas abertas em nome da Litigante;
- (4) decorrem de fluxo entre a Litigante, administradora de jogo lotérico, e o SERLOPAR, titular do jogo e do dinheiro arrecadado, conforme demonstra o contrato (Anexo III).

A empresa é mera prestadora de serviços para a SERLOPAR, segundo contrato assinado em 30/04/2002, acostado à impugnação. Nos termos da Resolução 22, de 30 de abril de 2002, do Governo do Estado do Paraná, a autuada teria direito a receber 33% dos volumes arrecadados na venda de cartelas a título de comissão para operacionalização,

administração e propaganda, ainda a deduzir a participação da SERLOPAR nessa comissão e o pagamento pelo uso da marca TOTO BOLA e propaganda, fato ignorado pela fiscalização. Tanto mais no início da operação, a empresa se fez valer de recursos próprios e empréstimos e altos custos de propaganda e publicidade que reduziram em muito o ganho da empresa. Depois, com a campanha pública contrária à lotérica, o negócio foi encerrado.

Incabível portanto a aplicação de multas qualificadas ou majoradas, ou o arbitramento de base de cálculo e tributação de depósitos bancários que, por um lado, foram escriturados e, por outro lado, não correspondem a renda da contribuinte, mas valores recebidos por conta da SERLOPAR e de empréstimos.

A empresa alegou ainda que a autoridade fiscal não poderia iniciar nova fiscalização e produzir novo lançamento fiscal sem contudo antes deixar transitar em julgado o processo que anularia o lançamento anterior. Isso é relevante pois as duas autuações são sobre o mesmo objeto com as seguintes diferenças:

‘(a) a segunda autuação arbitrou o lucro, ilegalmente, enquanto a primeira manteve o lucro presumido eleito pelo contribuinte; (b) a segunda autuação aplicou, ilegalmente, a multa qualificada de 150%, enquanto a primeira aplicou a multa normal de 75%; (c) a segunda autuação aplicou, ilegalmente, a multa majorada de 50% sobre a multa qualificada de 150%, alcançando uma multa de ofício global de 225%, enquanto a primeira, corretamente, não majorou a multa; (d) com as arbitrariedades do segundo lançamento, o segundo Autuante demonstrou não ser amigo do primeiro Autuante.’ (fl. 244).

No mais a contribuinte voltou a afirmar que não pode haver cobrança de PIS e COFINS sobre os depósitos bancários, por presunção, tanto mais porque são da SERLOPAR. Não cabe aplicar multa agravada e qualificada, pois não há comprovação de fraude e ainda a empresa só não entregou documentos ao fisco por força deles terem sido antes apreendido pela Polícia.

Pede a interessada então o integral cancelamento do auto de infração.”

Em seu voto, a Conselheira Relatora assim se manifestou:

“Há neste caso alegação de nulidade do lançamento por força de alegada duplicidade com o lançamento efetuado em 2006, devidamente impugnado e julgado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento no processo 10980.001597/200671.

Ocorre que o termo final desse julgamento do lançamento anterior jamais foi levado a cabo, pois o lançamento foi cancelado pela Delegacia da Receita Federal de origem, aja vista a alegada falta grave do agente fiscal, nos termos explicados às folhas 185 e seguintes. No mesmo momento do novo lançamento fiscal aqui em comento, foi cancelado o lançamento fiscal anterior (30122007).

A ação fiscal que deu origem ao lançamento em discussão teve início com a autorização do Delegado da Receita Federal e o Mandado de Procedimento Fiscal nos termos de folhas 129 e seguintes. Alega a contribuinte que a nova fiscalização teve início antes do cancelamento ou trânsito em julgado definitivo do lançamento anterior, ferindo a segurança jurídica e cerceando seu direito de defesa. Mesmo o lançamento fiscal novo teria sido efetuado antes do trânsito em julgado do processo que discutia o lançamento anterior.

Para apreciarmos a matéria de nulidade, é portanto essencial que a autoridade preparadora, por favor, apense o inteiro teor do processo 10980.001597/200671 a este processo para apreciação. Após essa providência, solicitamos intimar expressamente a parte interessada para que se manifeste por escrito sobre o teor dos documentos e informações anexados no prazo de 30 (trinta) dias. Solicitamos reenvio do processo a este Conselho para que o julgamento seja prosseguido, após juntada da eventual manifestação da contribuinte ou atestada sua omissão.”

Esta Turma decidiu, então, por unanimidade, converter o julgamento em diligência nos termos propostos pela Relatora.

A diligência foi cumprida, pois o PAF nº 10980.001597/200671 foi apensado aos autos e foi dada ciência da Resolução à recorrente como determinada (doc. a fls. 705), tendo ela assim se manifestado sobre os documentos anexados:

“A documentação anexada pela DRF e apresentada a esta empresa consiste em parte do processo no 10980.001597/200671, pois não há referências ao decidido pelo Conselho de Contribuintes, em função do Recurso de Ofício a que foi submetida (ou deveria ter sido submetida) a decisão de Primeiro Grau, de 27 de julho de 2007 (fls. 71 a 81), conforme determina a legislação de regência e conforme decidido no julgamento de fls. 81 do processo apresentado para ser apensado.

Requer-se, pois, que seja juntada ao processo a ser apensado em atendimento à Resolução suso referida a mencionada decisão, caso já prolatada, e que dela também seja dado ciência à Autuada, ora requerente.

Ainda, caso o CARF ainda não tenha julgado o recurso de ofício do processo no 10980.001597/2006-71, requer-se seja suspenso o julgamento do processo no 11080.008226/2007-15, objeto da Resolução em tela, para que os nobres Julgadores deste tenha conhecimento integral e final do decidido naquele.”

Com a renúncia da Conselheira Lavínia, os autos vieram, por sorteio, para a minha relatoria, quando, então, pude constatar que havia necessidade de desapensar os autos do PAF nº 10980.001597/200671, para que esta Turma analisasse as questões processuais e de mérito pendentes relativas ao recurso de ofício, por serem potencialmente prejudiciais ao julgamento deste recurso voluntário. Por meio da Resolução nº 1302-000.281, os membros desta Turma resolveram, por unanimidade, determinar que os autos do Processo nº 10980.001597/2006-71 fossem desapensados destes autos e direcionados a minha carga, para

fins de julgamento em conjunto, com o recurso voluntário objeto dos presentes autos.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior.

A recorrente, intimada do acórdão recorrido em 24/06/2009 (Edital a fls. 564), interpôs tempestivamente recurso voluntário em 23/07/2009, o qual foi subscrito por procuradora com poderes para tal, conforme procuração a fls. 566 e segs., razões pelas quais conheço do recurso.

## DO SEGUNDO EXAME.

No que tange à alegação de que a autoridade fiscal não poderia iniciar nova fiscalização e produzir novo lançamento fiscal sem antes deixar transitar em julgado o processo que anularia o lançamento anterior, cabe as seguintes considerações.

Ao se compulsar os autos do PAF nº 10980.001597/2006-71, verifica-se que, quando os autos estavam aqui para julgamento do recurso de ofício, foi comunicado ao Presidente deste Colegiado, por meio do Ofício nº 1328/DRF/POA/GAB (a fls. 83), da lavra do Delegado da Receita Federal em Porto Alegre, que:

“1. No uso das atribuições previstas no art. 238, inciso I, do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 95, de 30 de abril de 2007, e considerando os termos da Informação Fiscal para Fins de Declaração de Nulidade de Auto de Infração, comunico que foi declarada, com base no art. 149, IX, do CTN, a nulidade dos Autos de Infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica — IRPJ e Reflexos (CSLL, PIS e COFINS), relativos aos anos-calendário 2002 a 2004, lavrados pelo Auditor Fiscal José Luiz Althéia, constantes do processo administrativo nº 10980.001597/2006-71 (em tramitação no Primeiro Conselho de Contribuintes), determinando, portanto, o seu cancelamento.

2. Por oportuno, comunico ainda que, nesta mesma data, foram lavrados novos Autos de Infração, relativos aos mesmos tributos e períodos, correspondentes ao processo administrativo nº 11080.008226/2007-15, em tramitação nesta Delegacia.”.

O referido Ofício foi objeto de apreciação por parte do Presidente da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, o qual proferiu o Despacho nº 108-225/2007 (a fls. 100 do PAF apensado), assim exarado:

“Por meio do despacho decisório fl. 83 o Delegado da DRF em Porto Alegre anulou os autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e seus reflexos relativos aos anos calendários de 2002 a 2004. A fundamentação está nas fls. 84 até 97.

Assim, remeto o processo administrativo 10980.001597/2006-71 para a DRF supracitada para as providencias cabíveis.”.

Como se nota, trata-se de um despacho sem qualquer fundamentação, ou seja, não há carga decisória no despacho acima e nem tinha o Presidente da 8ª Câmara competência para negar seguimento a recurso de ofício que atendia aos pressupostos de admissibilidade impostos – sucumbência da Fazenda Nacional na primeira instância e limite de alçada.

Com efeito, causa espécie que, estando o recurso de ofício pendente de julgamento neste CARF, possa a autoridade lançadora exercer a autotutela do lançamento tributário. Não se discute que a Administração tenha o poder-dever de anular seus atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, consoante preceitua a vetusta Súmula 473 do STF. Todavia, esse poder-dever de autotutela deverá ser exercido com observância ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88), mormente quando, segundo a norma adjetiva, a competência para fazer o controle de legalidade, após a instauração da fase litigiosa, passa a ser não mais da autoridade lançadora, mas dos órgãos julgadores definidos na legislação federal (Delegacias de Julgamento e Conselho Federal de Recursos Fiscais).

Assim, no âmbito federal, a norma do art. 145, III, do CTN deve ser interpretada em conformidade com as normas do Decreto nº 70235/72, para se concluir que a competência da autoridade lançadora para anular de ofício o lançamento viciado se exaure com a instauração da fase litigiosa do procedimento administrativo fiscal, o que, nos termos do art. 14 do Decreto nº 70.235/72, dá-se pela apresentação da impugnação do sujeito passivo.

Ora, trata-se assim de regra de competência, mesmo porque a autotutela dos lançamentos tributários não é um poder-dever exclusivo da autoridade lançadora, mas um poder-dever da Administração Tributária, o qual deve ser exercido pelas autoridades lançadoras e julgadoras de acordo com a distribuição de competência dada pela legislação tributária federal em cada fase do procedimento administrativo fiscal. Assim é que, por exemplo, não poderia a autoridade lançadora anular de ofício o lançamento cujo crédito já está inscrito em dívida ativa, pois, nesta fase, o controle da legalidade é da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Diante do exposto, concluo que são nulos os despachos que declararam a nulidade do lançamento objeto do PAF nº 10980.001597/2006-71, por incompetência do agente, razão pela qual deve este Colegiado seguir no julgamento do recurso de ofício, inclusive com a análise dos fatos narrados na Informação Fiscal a fls. 85 e segs. desse outro PAF.

Por outro lado, embora faltasse competência à autoridade lançadora para anular o lançamento anterior naquela fase do procedimento fiscal, havia previsão legal para que realizasse um segundo exame, conforme bem aponta a decisão recorrida (art. 906 do RIR/99, cuja base legal está na Lei 2.354, de 1954, art. 7, § 2º, e Lei 3.470, de 1958, art. 34). Logo, se havia base legal para realização de um segundo exame, está perfeita a conclusão do Relator do acórdão recorrido, quando sustenta que:

“Ora, não haveria sentido em nova fiscalização se essa não pudesse apontar e sancionar eventuais infrações. No caso das exigências em comento, ainda abstraindo a existência de dolo do agente do fisco no primeiro lançamento, o que seria vedado no segundo lançamento, seria repetir a primeira autuação, ou seja, voltar a lançar omissão de receitas com base em passivo fictício, tomando as mesmas bases de cálculo e relativo aos mesmos fatos geradores, já lançados.”.

De fato, se a lei autoriza um segundo exame da autoridade lançadora, é lógico que está autorizada a efetuar lançamentos se, eventualmente, apurar outras infrações não desvendadas na auditoria anterior.

Ocorre, porém, que, *in casu*, os dois valores lançados não poderão ser cumulados, pois ao se calcular o IR sobre o lucro arbitrado, tal valor é o total devido pelo contribuinte no período lançado, razão pela qual se deve abater eventual IR pago ou devido anteriormente sobre o lucro real ou presumido. Verifica-se, assim, que o julgamento do recurso de ofício (objeto do outro PAF) era questão a ser considerada na execução da decisão a ser proferida no julgamento deste recurso voluntário, razão pela qual, foram trazidos para julgamento em conjunto.

Assim, nesta mesma assentada (sessão de 24/09/2014), foi negado provimento ao Recurso de Ofício objeto do PAF nº 10980.001597/2006-71 (Acórdão nº 1302-001.515), razão pela qual, caso não haja recurso especial da Fazenda Nacional, sequer a questão acima aventada existirá na execução da decisão a ser proferida nestes autos.

## CERCEAMENTO DIREITO DE DEFESA

A recorrente alega que o lançamento deve ser considerado nulo por cerceamento de defesa, porque todos os documentos e livros contábeis e fiscais da empresa estavam apreendidos pela (Anexo I), sem que fossem fornecidas cópias, ou tivesse sido possibilitada vista a esta documentação, o que impediu, no decorrer da fiscalização, qualquer manifestação para justificar os depósitos bancários, cujos, por essa razão, foram erigidos à condição de receita omitida por presunção.

O acórdão recorrido discordou de tal entendimento, por sustentar que: a) a recorrente não apresentou documentos de sua escrituração, nem durante a ação fiscal, nem por ocasião da impugnação; b) não demonstrou, durante todo o período, que tenha envidado algum esforço ou para reconstituir a escrituração, naquilo que fosse possível, ou, principalmente, para obter a documentação apreendida ou cópia dela; c) os documentos foram apreendidos, em cumprimento de mandado judicial, pela Polícia Federal, conforme documentos juntados pela própria impugnante e, em situações assim e frente às solicitações do Fisco, é usual os contribuintes requererem acesso aos documentos apreendidos ao órgão que os retém, no caso, a Polícia Federal, ou junto ao Poder Judiciário; e d) que o que há não é cerceamento do direito de defesa, mas falta de ação da contribuinte.

Em resposta ao Termo de Início de Fiscalização de 20/08/2007, a recorrente informou à RFB, por meio do documento a fls. 171, que: *“Quanto aos extratos bancários e Livros, informamos que estamos buscando reunir a documentação junto ao antigo escritório de contabilidade, situado em Belo Horizonte e junto à documentação apreendida pela Polícia Federal, que se encontra em poder da Justiça Federal”*. Ora, será possível que, em 23/07/2009, quando foi interposto o recurso voluntário, a recorrente ainda não havia conseguido ter acesso aos documentos em tela?

Ademais, ao se compulsar os autos, não encontrei cópia de qualquer petição apresentada pela recorrente à Justiça Federal, com o objetivo de ter acesso aos documentos que, segundo alega, poderiam desconstituir a presunção de omissão de receita em tela. Com efeito, o cerceamento do direito de defesa só poderia se configurar, *in casu*, com a prova de uma recusa da Justiça Federal ou da Polícia Federal em disponibilizar os documentos e livros à recorrente. Aliás, não há prova nos autos de que sequer tais órgãos tenha sido demandados pela recorrente nesse sentido.

Assim, sustento correta a conclusão do acórdão recorrido de que, pelos elementos dos autos, o que se constata não é cerceamento do direito de defesa, mas uma tentativa da recorrente de se valer da sua própria inação, para questionar o procedimento fiscal.

## DO ARBITRAMENTO.

A inteligência do art. 3º do CTN impõe uma verdade, qual seja, que o IRPJ sobre o lucro arbitrado não é uma sanção, logo, o arbitramento do lucro é apenas uma modalidade de apuração de tal imposto, quando inviável a apuração pela modalidade a que estava sujeita a recorrente, por imposição ou opção legal. No caso em tela, a não disponibilização ao Fisco dos livros e documentos contábeis e fiscais impunha necessariamente a adoção do lucro arbitrado.

Por sua vez, equivoca-se a recorrente quando afirma que a receita bruta não era conhecida, pois tal racioncínio implicaria em negar vigência ao art. 42 da Lei 9.430/96. Esse dispositivo dispõe sobre um meio de prova indireta da omissão de receita bruta, logicamente que se trata de uma presunção relativa, a qual se tornou irrefutável, *in casu*, pela não apresentação de prova em contrário pela recorrente.

Da mesma forma, não procede a alegação de que não apurou receita no período abrangido pelo procedimento, seja porque tal afirmativa carece de provas que justifiquem os ingressos em suas contas bancárias, seja porque, como bem apontado pela decisão recorrida:

“A alegação que os valores seriam recebidos do SERLOPAR para reembolso de despesas não encontra apoio em documentos. Muitos são os créditos com o histórico RECEBIMENTO DA SERLOPAR CONF. DEPÓSITO - R\$ 503.933,67 (fls. 417) ou "DEPÓSITO DA SERLOPAR REF. SORTEIOS: 34/35/36/37 E 38- R\$ 222.640,18", daí não se podendo extrair nenhum indicativo de que não representam receita da empresa. Ao contrário, o contrato entre a impugnante e a SERLOPAR prevê o recebimento semana de suas comissões contra a apresentação de nota fiscal (contrato às fls. 374/390, cláusulas 5.6 e 6.9). E o razão analítico juntado pela insurgente traz periódicos depósitos com o histórico "recebimento do SERLOPAR cfe NE.." — seguindo-se a especificação da nota fiscal - ou seja, demonstrando claramente a atuação da empresa e o auferimento de receitas.”.

Observo que as alegações da recorrente de que os elevados valores recebidos da SERLOPAR não seriam receitas suas, mas reembolsos de gastos com mídia, prêmios etc., carecem, como todo o resto, de provas.

Por último, ressalto que o Relatório da Atividade Fiscal a fls. 266 informa que:

“Apesar da KOLMAC não ter identificando as eventuais transferências de recursos entre contas bancárias de mesma titularidade, eliminamos aquelas por nós identificadas, conforme consta da planilha "Transferências entre Contas Correntes da KOLMAC" (fl. 263).”.

Por todas essas razões, sustento que não há reparos a fazer no arbitramento do lucro ora *sub examine*.

## DA COFINS E DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS

Mais uma vez, a recorrente sustenta posição de toda desprovida de base legal, ao afirmar que as receitas omitidas provadas por meio da presunção legal do art. 42 da Lei

9.430/96 não seriam receitas brutas e assim não poderiam ser tributadas pela Cofins e PIS, tendo em vista a jurisprudência do STF com relação ao § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. Ora, as presunções de omissão de receitas sempre provam a existência de receitas brutas, ou seja, decorrentes da exploração do objeto social do contribuinte. É lógico que, até com relação a isso, poderia a recorrente apresentar prova em contrário, de forma a demonstrar que não se tratava ali de receitas brutas. Assim, não logrando a recorrente provar que os ingressos em sua conta bancária não eram receitas; que eram receitas de terceiros; ou que não eram receitas brutas, há que se ter tais ingressos como receita brutas da exploração do seu objeto social.

#### MULTA AGRAVADA

O Relatório de Atividade Fiscal, no item 3.1 (fls. 261 e segs.), informa que:

“No dia 20/08/2007, com base no MPF-F no 10.1.01.00-2007-00547-0, lavramos Termo de Início de Fiscalização contra a KOLMAC, solicitando a apresentaçãodos seguintes elementos:...

O Termo de Início de Fiscalização foi encaminhado por via postal para o endereço constante dos cadastros da RFB. No entanto, a correspondência não foi entregue pelos correios, em virtude de mudança de endereço (fl. 136 e 137).

Por esse motivo, enviamos cópia do Termo de Início de Fiscalização para os endereços dos sócios-gerentes da empresa, MÁRIO ALBERTO CHARLES e JANINE DA SILVA THIESEN, constantes da base dados da RFB.

A correspondência enviada para MÁRIO ALBERTO CHARLES também não foi entregue pelo mesmo motivo de mudança de endereço. Já a enviada para JANINE DA SILVA THIESEN foi por ela recebida em 23/08/07.

Paralelamente ao envio dos termos pelos correios, comparecemos, em 21/08/07, aproximadamente às 15:15h, ao endereço da empresa para dar ciência ao contribuinte do Termo de Início de Fiscalização, bem como do MPF-F.

No entanto, conforme consta do Termo de Constatação Fiscal, lavrado no mesmo dia 21/08/07, às 17:15h (fl. .21), não fomos atendidos por ninguém, tendo em vista que o estabelecimento encontrava-se fechado e não havia portaria.

Em virtude de ter restado frustrada a tentativa de ciência pessoal, providenciamos a ciência por Edital (nº 110/07/DRF/P0A/Sefis, de 21/08/07) (fl...), nos termos do § 1º do art. 23 do Decreto nº 70.235/72, sem prejuízo da tentativa de ciência por via postal (que já havia sido providenciada e estava em andamento), bem como de eventuais tentativas posteriores de ciência pessoal ou postal.

Após contato telefônico, a procuradora da empresa, ELAINE BEATRIZ MULLER, CPF 540.710.200-59 (fl. 141 a 144), compareceu a esta Delegacia da Receita Federal do Brasil e tomou ciência do Termo de Início de Fiscalização e do MPF-F (fl. 134 e 135).

Em resposta datada de 28/08/07, a KOLMAC informou, resumidamente, o que segue:...

No dia 29/08/07, concedemos prorrogação tão somente para os itens 1 e 2 do Termo de Início de Fiscalização (fl. L16).

No dia 17/09/07, a KOLMAC apresentou cópia dos atos constitutivos e alterações posteriores (fl. 160 a 164), informando que, quanto aos extratos bancários e livros, estaria buscando reunir a documentação junto ao antigo escritório de contabilidade, situado em Belo Horizonte/MG e junto à documentação apreendida pela Polícia Federal, que se encontra em poder da Justiça Federal (fl. 159).

Em virtude do não atendimento à intimação fiscal para apresentar extratos bancários de suas contas correntes de depósitos e de investimentos, bem como pelo fato de a KOLMAC apresentar movimentação financeira significativamente superior à receita declarada, foram emitidas, nos termos da Lei Complementar nº 105/2001, as seguintes Requisições de Movimentação Financeira (fl. 02 e 03 do Anexo 1): a) nº 10.1.01.00- 2007-00056-8, para o Banco do Brasil S/A (fl. 04 e 05 do Anexo 1); e b) 10.1.01.00- 2007-00057-6, para o Banco Santander Banespa S/A (fl. 54 e 55 do Anexo 1).

Com base nos documentos enviados pelas instituições financeiras (fl. 06 a 53 e 56 a 145 do Anexo 1), intimamos a KOLMAC em 02/10/07, a (fl. 165 a 177):...

Embora desnecessária, haja vista que o contribuinte já havia sido notificado pessoalmente e fez vários contatos com esta fiscalização, solicitando, inclusive, prorrogações de prazo para atendimento, lavramos uma reintimação, em 29/10/2007 (fl. 178 e 179), para que a KOLMAC apresentasse os mesmos elementos solicitados no Termo de Início de Fiscalização, lavrado em 20/08/07, e da Intimação Fiscal, lavrada em 02/10/07, as quais não haviam sido integralmente atendidas pela empresa.

No entanto, como o destinatário encontrava-se ausente em todas as tentativas efetuadas pelos Correios, a correspondência ficou aguardando retirada até a data e desde o dia 05/11/2007, sem que fosse retirada pelo contribuinte (fl. 180 e 181)

Ante o exposto, embora regularmente intimada e mesmo tendo solicitado prorrogação no prazo para atendimento das intimações fiscais, a KOLMAC não atendeu integralmente às intimações lavradas por esta fiscalização.”

Ao analisar os fatos descritos acima, concluo que: primeiro, o agravamento da multa não pode decorrer da dificuldade de se encontrar o representante legal da recorrente; segundo, quando encontrada a representante legal, ela respondeu à intimação; terceiro, o agravamento da multa também não pode decorrer do fato de que a resposta dada não foi satisfatória, razão pela qual não justifica o agravamento o não atendimento integral às intimações; quarto, o não atendimento à intimação para comprovar a origem dos ingressos bancários não enseja o agravamento da multa, mas o lançamento da omissão de receitas. Por essas razões, voto por cancelar o agravamento da multa.

## MULTA QUALIFICADA

Com relação à qualificação da multa de ofício, o Relatório de Atividade Fiscal (fl. 276) assim a justifica: *“a declaração pelo contribuinte de não ter auferido receita alguma no período fiscalizado; bem como o fato de que essa conduta foi adotada pelo contribuinte de maneira sistemática, ou seja, em todos os três anos-calendário fiscalizados, restou caracterizado o evidente intuito de fraude”*.

Ora, o contribuinte que declara não ter receita a oferecer à tributação, quando provado que as auferiu, na verdade induz o Fisco a acreditar em uma situação fática que não existe, logo, retarda o conhecimento do fato gerador da obrigação tributária pela Administração Tributária, razão pela qual voto por manter a qualificação da multa de ofício.

Em face do exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário, apenas para reduzir o percentual de multa de ofício de 225% para 150%.

Alberto Pinto Souza Junior - Relator