



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Recurso nº : 147758 DE OFFÍCIO/VOLUNTÁRIO  
Matéria : IRPJ E OUTROS EX(S):1999 E 2000  
Recorrentes : DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE PORTO ALEGRE/RS e  
JOGOS NUMÉRICOS LTDA  
Sessão de : 18 DE OUTUBRO DE 2006  
Acórdão nº : 107-08.770

IRPJ/CSLL/PIS/COFINS – Mantém-se as exigências decorrentes de omissão de receitas quando o contribuinte não traz argumentos suficientes para destruir a prova feita pela fiscalização de que a majoração da conta de despesas de terceiros reduziu a receita bruta da fiscalizada, quando esta é resultante do diferencial entre o valor arrecadado com os jogos e as destinações contratuais ou legais.

IRF – PAGAMENTO SEM CAUSA OU A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO – O art. 61 da Lei nº 8.981/95 traz uma presunção legal da existência de rendimentos, cujo fato indiciário a ser provado pelo fisco é a ocorrência de efetivo pagamento, cuja causa ou o beneficiário não é identificado. Nos casos em que a pessoa jurídica identifica beneficiário e causa, mas o fisco mostra que é falsa a indicação, também cabe a aplicação da tributação na fonte, mas não se pode, nessa modalidade de tributação, presumir o pagamento, sem que haja efetiva e individualizada saída de recursos das contas do disponível.

IRF – FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO - Constatada a omissão de rendimentos sujeitos à incidência do imposto de renda na declaração de ajuste anual, é legítima a constituição do crédito tributário na pessoa física do beneficiário, ainda que a fonte pagadora não tenha procedido à respectiva retenção (Súmula 1ºCC nº 12).

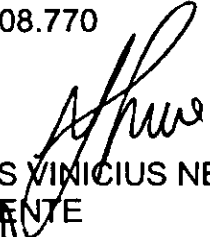
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE PORTO ALEGRE/RS e JOGOS NUMÉRICOS LTDA

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade. O Conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima, vota apenas pelas conclusões. Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da exigência de IRFonte. Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

  
MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA  
PRESIDENTE

  
LUIZ MARTINS VALERO  
RELATOR

FORMALIZADO EM: 29 NOV 2006

PARTICIPARAM, AINDA, DO PRESENTE JULGAMENTO, OS CONSELHEIROS NATANAEL MARTINS, ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, HUGO CORREIA SOTERO, RENATA SUCUPIRA DUARTE, FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ(suplente convocado) E CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

Recurso nº : 147758  
Recorrentes : 5ª TURMA/DRJ-PORTO ALEGRE/RS E JOGOS NUMÉRICOS LTDA

## RELATÓRIO

Cuida-se de Recursos interpostos por ambos os pólos do litígio administrativo. De ofício por parte da 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Porto Alegre – RS, haja vista que o valor exonerado no Acórdão DRJ/POA nº 5.755 extrapola sua alçada, e Voluntário, Fls. 1183/1238, por parte da contribuinte, haja vista sua inconformidade com a parte que restara mantida na mesma decisão.

Passo ao relato da origem e dos desdobramentos do processo.

Em 20/11/2001 foram lavrados Autos de Infração para formalização e cobrança de créditos tributários relativos diretamente ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e reflexamente a contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e Imposto de Renda na Fonte – IRF, totalizando à época o valor de R\$ 9.323.510,06, inclusos juros de mora e multa de ofício.

Em Fls. 40/62 a autoridade responsável pela lavratura de tais Autos relata pormenorizadamente o procedimento de fiscalização e a forma como chegaram ao valor acima apontado. Para melhor compreensão do caso, antes do relato das circunstâncias que justificaram a autuação, importa fazer um breve relato acerca da atividade e da forma de obtenção de receita da autuada.

A contribuinte é empresa especializada na promoção de eventos lotéricos. Contratada pela entidade desportiva denominada Esporte Clube São José, passou a ser responsável pela administração de jogos na modalidade tele-bingo. Aufere como receita a remuneração recebida a título de prestação de serviço de administração do jogo, cujo contrato define como sendo o valor residual da exploração da atividade, ou seja, a receita da autuada é obtida através da receita da venda de cartelas, deduzidos todos os encargos da contratante, lançados em conta denominada “despesas São José”. Por outro



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

lado, cabe a empresa contratante (Esporte Clube São José) a integralidade da arrecadação com a venda de cartelas, assim como lhe cabe o pagamento dos prêmios, comissões de distribuidores e revendedores de cartelas, impostos incidentes sobre a atividade, despesas operacionais e de divulgação da loteria, destinando ainda uma parcela ao fomento do desporto, nos termos da legislação regente.

Em suma foram constatadas as seguintes irregularidades.

**Omissão de receita operacional** caracterizada em duas situações distintas:

- a) pelo fato da atuada omitir receitas ao considerar despesas suas relativas a COFINS, ISSQN e PIS como sendo despesas da contratante, fato que culminou na indevida redução de receitas próprias. Valores descritos na conta denominada "despesas São José" foram deduzidos duas vezes: primeiramente a título de despesas e posteriormente como impostos da própria contribuinte (COFINS, ISSQN e PIS);
- b) pelo fato da atuada deduzir valores a título de COFINS s/ cartela como se fossem despesas do EC São José. Não houve comprovação da transferência de tais valores da administradora para a entidade desportiva, assim como não houve qualquer pagamento realizado a este título, seja pelo clube, seja pela atuada. Diante de tais fatos a fiscalização concluiu que a administradora apropriou-se do numerário, utilizando-o para outras finalidades. Em virtude desta conclusão o valor foi tributado como se fosse receita da atuada.

**Falta de retenção e recolhimento de IRRF** sobre lucros distribuídos entre os anos calendário 1998/99 – A atuada tratou como isentos os lucros distribuídos no período, sem que restassem atendidos os requisitos que a legislação estabelece. Tendo em vista que a escrituração contábil, por não observar os preceitos da legislação comercial, não serviu para comprovar a existência de lucro contábil que isentasse a distribuição, a autoridade limitara a isenção do IRRF ao lucro arbitrado (forma compulsória



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76

Acórdão nº : 107-08.770

de apuração do lucro da autuada haja vista a participação de estrangeiro em seu quadro societário) diminuído de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, efetuando o lançamento das diferenças.

**Falta de recolhimento de IRRF** sobre pagamentos sem causa ou efetuados a beneficiário não identificado – Nas verificações pertinentes a autoridade fiscal detectou existência de saldo positivo nos anos calendário 1998/1999, donde concluiu que foram realizadas aplicações de recursos sem que fossem registradas na contabilidade do período auditado.

Em 23/11/2001 a autoridade fiscal emitira comunicado de Fl. 968, onde reconhece ter extrapolado os limites do Mandado de Procedimento Fiscal no tocante ao IRRF do ano de 1998, sugerindo o cancelamento de ofício de parte viciada da exação, para que novo lançamento fosse efetuado à luz de novo MPF.

Em 28/11/2001 o sugerido cancelamento fora formalizado, sendo dada ciência a contribuinte em 29/11/2001. Emitido MPF complementar, agora englobando o ano calendário 1998, fora efetuado novo lançamento de IRRF com imediata ciência da fiscalizada, Fl. 972.

Inconformada com as exigências das quais tomara conhecimento em 23/11/2001, a contribuinte oferecera em 21/12/2001, tempestiva impugnação de Fls. 984/1040, onde, em síntese, procurou se defender com os seguintes argumentos:

- Inicialmente destacara seu ramo de atividade, pontos relevantes do contrato com o EC São José e a forma como é obtida sua receita;
- Em sede preliminar requereu fosse decretada a nulidade do Auto de Infração referente ao IRRF de 1998, alegando incompetência do agente responsável por sua lavratura;
- Aduziu que a expedição de MPF complementar se deu em 29/11/2001, momento em que o procedimento fiscal já havia sido encerrado (23/11/2001). Destarte concluiu que o lançamento



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

referente ao IRRF de 1998 fora constituído de forma irregular, uma vez que o mandado inicial já se encontrava extinto em virtude do encerramento do procedimento fiscal por ele respaldado. Fundamentou sua conclusão nos §§ 1º e 2º, do artigo 2º, do Decreto nº 3.724/2001;

- Ainda em sede preliminar arguiu preterição do direito de defesa, haja vista que houve complementação do prazo para impugnação somente quanto ao AI posteriormente lavrado, quando o correto, a seu ver, seria a devolução do prazo para todo o processo;
- Afirmou ter sido descumprido o mandamento do artigo 891 do RIR/94 que determina a intimação da fonte ou procurador a recolher o imposto devido ou prestar os esclarecimentos devidos no prazo de 20 dias. Da mesma forma entendeu descumpridos os artigos 7º e seguintes, bem como o artigo 60 do Decreto nº70.235/72, alegando que somente atos não nulos podem ser complementados;
- Finalizando as questões preliminares considera nulo o procedimento por considerar que o mesmo tivera origem em dados relativos a CPMF, estes obtidos em irregular quebra de sigilo bancário;
- No mérito contestou o lançamento alegando que a entidade desportiva não efetuara o recolhimento da COFINS sem venda de cartelas por estar em dúvida sobre a abrangência da expressão "receitas próprias". Contudo tais valores encontram-se provisionados em sua contabilidade;
- Em relação ao primeiro item relacionado a omissão de receita asseverou que tanto o não recolhimento dos impostos, assim como os recursos para seu adimplemento são de responsabilidade da entidade desportiva, e não sua como pretendeu a fiscalização. Ademais, foi a EC São José quem pagou as despesas da autuada com a verba destinada para tal finalidade;



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

- No tocante ao segundo item relacionado com a suposta omissão de receitas, sustentou que o lançamento nestes moldes não encontra amparo legal, podendo, quando muito, a glosa das respectivas despesas operacionais da COFINS, ISSQN e PIS. Ainda, inexistente norma que imponha aumento de receita a beneficiário que não sofrera retenção pelo fato da fonte pagadora ter assumido o ônus;
- No que tange a infração apontada como falta de retenção e recolhimento de IRRF sobre lucros distribuídos, protestou inicialmente pela revisão dos cálculos haja vista que o lucro arbitrado é apurado trimestralmente e não anualmente como considerou o autuante;
- Sustentou que distribuía lucros superiores ao percentual arbitrado de 38,4% respaldado pela sua regular escrituração contábil, fato que lhe asseguraria a isenção. Salientou que optara pelo lucro arbitrado por não ser possível a opção pelo lucro presumido, haja vista a participação de estrangeiro em seu quadro societário;
- Citou o conteúdo de Fl. 47 para afirmar que o próprio agente fiscal atestara a coincidência entre os valores distribuídos e os constantes de sua contabilidade;
- Contestou a desclassificação da escrita por parte do autuante, ressaltando que este não considerou os registros constantes no livro Diário Auxiliar da entidade esportiva (EC São José);
- Classificou como contraditório o fato da fiscalização ter considerado a escrita imprestável para justificar a distribuição do lucro em percentual maior ao arbitrado, e posteriormente ter usado a mesma escrita para obter valores que entendeu como pagamentos sem causa;



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

- Procurou afastar a acusação de possuir movimentação financeira não contabilizada afirmando que toda fora registrada na contabilidade auxiliar do EC São José;
- Justificou as diferenças entre os valores relativos a prestação de serviços informando que o faturamento de novembro e dezembro ficaram fora dos registros. Parte da diferença apurada decorreu do oferecimento a tributação da reversão de provisões contabilizadas em 1999;
- Divergências constatadas tanto nos valores da distribuição de lucros quanto no faturamento de 1997 – inferior ao saldo inicial de caixa no ano calendário 1998 – a defendente atribuiu a equívocos no preenchimento das declarações, equívocos estes que não podem justificar a desclassificação de toda a escrituração;
- Da mesma forma, ou seja, invocando erro no preenchimento das declarações, contestou as divergências apontadas no ano calendário 1999 entre a movimentação de contas bancárias e a contabilidade;
- No tocante a falta de escrituração da conta no Banco Meridional, defendeu-se alegando que tais movimentações foram contabilizadas a título de conta caixa, sendo que tal lançamento é de regularização. Neste sentido apresenta extrato consolidado, afirmando que tudo não passara de mero erro formal que fora corrigido em momento anterior à fiscalização. Ainda em relação ao mesmo banco, asseverou que o valor de R\$ 684.845,66 que a fiscalização considerou não contabilizado encontra-se no saldo contábil de R\$ 697.144,31, registrado regularmente na escrita, Fl. 477;
- Em relação a existência de conta no Bradesco somente a partir de abril de 1999, afirma que tal movimentação era controlada na escrita auxiliar do EC São José até outubro de 1998; de outubro/98 até fevereiro/99 tal movimentação constara do caixa, e; de março/99 em



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

diante houve regularização entre as contas caixa e bancos, não existindo mais movimentação na referida conta. Para comprovar juntou extratos de Fls. 626/628;

- Sobre as contas no Banrisul sustentou que inexistem quaisquer movimentações, pois os valores encontrados em uma decorrem de juros relativos a depósito judicial, e a outra não teve movimentação a partir de outubro de 1998;
- No que respeita a diferença verificada no valor contabilizado como lucros distribuídos ao sócio Mário Charles, juntou em Fl. 400 declaração do contador onde este informa que houve erro ao serem considerados todos os lucros distribuídos ao referido sócio, inclusive de outra pessoa jurídica da qual faz parte;
- Insistiu que os efeitos das irregularidades apontadas jamais poderiam superdimensionar o resultado e aumentar os lucros distribuídos, mesmo porque não existem depósitos de origem não comprovada, tampouco saques sem a correspondente contrapartida. Ademais, o resultado contábil fora tido como satisfatório pela fiscalização;
- Teceu diversas comparações entre a regularidade da escrita e a correta quantificação dos lucros, apresentando evolução histórica da legislação que rege a matéria. Para reforçar seus argumentos colacionou julgados prolatados pelas esferas judicial e administrativa;
- Quanto a infração apontada como pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado, reforçou o argumento inicialmente dispensado, pelo qual é incoerente a desclassificação da escrita para justificar a distribuição isenta de lucros por um lado, e por outro, a utilização da mesma escrita para justificar a ocorrência da infração;



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

- Em Fl. 1059 elaborou demonstrativo com o qual pretendeu esclarecer que os lucros distribuídos são inferiores aos apurados, razão pela qual é inconsistente a pretensão fiscal;
- Aduziu que a soma dos lucros efetivamente distribuídos aos sócios, os lucros distribuídos por omissão de receita e os valores dos pagamentos sem causa resultaria em 129,15% da receita bruta;
- Ressaltou existirem equívocos na apuração de valores identificados como sendo resultantes de omissão de receitas;
- Sobre a diferença de mais de R\$ 2.400.000,00 entre a receita contabilizada e a oferecida a tributação, justificou que esta decorre da reversão de provisões sobre comissões da CEF e sobre impostos estaduais constituídas na contabilidade da contratante em 1998 e revertidas em favor da contratada em 1999;
- Frisou a existência de pequenos outros equívocos que reduziriam a diferença global verificada em 1999 dos R\$ 34.456,67 apontados para os reais R\$ 1.950,82;
- Invocou o disposto no artigo 10 da Lei nº 9.249/95 assim como a jurisprudência administrativa para aduzir que os lucros e dividendos calculados passaram a ser isentos de tributação na fonte;
- Outrossim é inaplicável a tributação na fonte de forma exclusiva, pois esta pressupõe pagamento a beneficiário não identificado, inexistindo normas especiais a tributar tal rendimento;
- Aduziu que no caso vertente a fiscalização não efetuara a comprovação de nenhum pagamento, sendo que a conclusão fiscal trata-se de resultado de presunções, sem oportunidade de prévia manifestação do sujeito passivo;



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

- Requereu a realização de perícia contábil, indicando profissional habilitado e formulando quesitos a serem respondidos;
- Por derradeiro, persistindo o valor exigido, requereu a adequação dos juros de mora ao percentual estabelecido na Constituição Federal, considerando que o indexador utilizado (SELIC) é imprestável para tal finalidade.

Apreciada pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Porto Alegre – RS em sessão de 25/05/2005, a impugnação acima resumida obteve êxito parcial. A referida Turma formalizara seu entendimento no Acórdão DRJ/POA nº 5.755. Eis seu principais aspectos:

- Inicialmente optaram por afastar todas as preliminares. Entenderam que os supostos vícios apontados pela impugnante no MPF não tem o condão de eivar de nulidade todo o procedimento. Destacaram que o MPF trata-se de requisito administrativo e não interfere na competência estabelecida pelo artigo 142 do CTN. Ademais, inexistindo as hipóteses de nulidade previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade do trabalho fiscal;
- Afirmando que não houvera inovação na matéria do lançamento, declaram prescindível a intimação da fonte pagadora nos termos do artigo 891 do RIR/94, razão pela qual a preliminar arguida a este respeito também restara afastada;
- Ainda preliminarmente afirmaram não ter havido ofensa ao artigo 7º e seguintes do Decreto nº 70.235/72;
- Os dados obtidos junto a instituições financeiras, por serem prestados mediante requisição judicial, não eivam de nulidade a fiscalização. Diante desta assertiva, corroborada com julgados do STJ e desta Casa Administrativa, a Turma Julgadora houve por bem afastar mais esta preliminar;



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

- Embora o requerimento de perícia deduzido pelo sujeito passivo tenha observado as formalidades legais, restara também indeferido. Entendeu o Colegiado ser prescindível tal diligência, uma vez que os elementos constantes dos autos são suficientes para formar a convicção da autoridade julgadora;
- No mérito analisaram os argumentos relacionados a "omissão de receitas COFINS s/ cartelas", rechaçando-os. Concluíram que de acordo com as declarações da empresa e as planilhas elaboradas, a atuada efetuara pagamentos de R\$ 1.044.661,30 entre os meses de janeiro e outubro de 1998. Ainda, não consta nos autos qualquer elemento que comprove a existência de provisão contabilizada por parte da atuada, assim como inexistem recursos nas contas caixa e bancos suficientes para sustentar tais provisões. Da mesma forma inexistem guias de recolhimento de COFINS a este título (s/ cartelas).
- Outrossim, a impugnante não lograra êxito em comprovar que tais valores foram transferidos para o EC São José. Tiradas estas conclusões, mantiveram, neste ponto, as exigências originais;
- Da mesma forma restara mantida a exigência consubstanciada na "omissão de receitas PIS, COFINS e ISSQN", pois entenderam os julgadores que os fatos demonstram que os numerários foram destinados a operação alheia ao pagamento dos comprovantes informados em duplicidade. Aqui também não ficara comprovada a transferência dos valores ao EC São José;
- Em extensa aferição dos argumentos com os quais a impugnante pretendeu ver reconhecida a validade de sua escrita, e via de consequência justificada a distribuição de lucros isentos acima do percentual arbitrado, a Turma julgadora optou por reafirmar as conclusões da autoridade fiscal, ou seja, manteve a imprestabilidade da escrituração para o fim de caracterizar o lucro líquido, fato que



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

consequentemente gera a descaracterização da isenção dos lucros distribuídos, justificando a tributação incidente sobre as diferenças;

- Em Fls. 1166/1167 elaboraram demonstrativo onde, acolhendo o argumento pelo qual a receita omitida deve compor o cálculo dos lucros a serem distribuídos pela sistemática do arbitramento, reduziram o valor do IRRF correspondente dos R\$ 174.479,34 iniciais para R\$ 17.393,37;
- No tocante ao lançamento calcado na constatação de pagamentos sem causa ou a beneficiário não identificado no ano calendário 1998, o método adotado pelo fiscal mereceu reforma, haja vista ter intimado a fiscalizada de forma genérica, fragilizando assim a certeza que o procedimento de fiscalização objetiva alcançar. Destarte não foi produzida prova cabal da existência dos pagamentos, carecendo a infração de suporte fático Diante disso fora efetuado o reajuste na base de cálculo do tributo, fato que culminou na redução da exação em mais de R\$ 1.300.000,00, razão pela qual a autoridade julgadora, de ofício, remeteu seu *decisum* para o necessário reexame;
- Entendimento idêntico fora adotado para os pagamentos efetuados em 1999. Devidamente reajustada a base de cálculo, fora determinado o cancelamento do lançamento relativo a este tópico, no valor de R\$ 18.499,75;
- Mantiveram a correção dos juros com base na Taxa Selic sob o argumento de tratar-se de determinação de norma vigente, e afastar sua aplicação demandaria exame de legalidade/constitucionalidade, atribuição alheia a competência de órgãos administrativos;
- Estenderam aos lançamentos decorrentes a mesma argumentação dispensada ao principal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

Irresignada com o resultado do julgamento de 1ª instância, do qual toma conhecimento em 13/06/2005, a contribuinte interpôs em 12/07/2005 Recurso Voluntário de Fls. 1183/1238, garantido pelo arrolamento de Fls. 1290/1294. Pretende reformar a decisão *a quo* com as seguintes razões, em suma:

- Inicialmente suscita as mesmas questões preliminares arguidas na impugnação, razão pela qual prescinde novo relato;
- Insiste na inconsistência da acusação fiscal de omissão de receitas, atribuindo tal conclusão a meras presunções dos autuantes. Junta cópias do que seria a contabilidade do E.C. São José na tentativa de mostrar que o valor da COFINS, tomado como receita omitida, está contabilizado como provisão no Clube. Assim sendo são inconsistentes também os Autos de Infração consubstanciados na aludida infração;
- Reitera que os lucros distribuídos acima do limite estabelecido para o lucro arbitrado gozam de isenção. Neste sentido, rebate a exemplo da impugnação, todas as constatações feitas pela fiscalização que culminaram na imprestabilidade de sua escrituração. Tece vários comentários acerca de sua contabilidade, considerando-a irretocável. Elabora extensa argumentação onde pretende justificar as irregularidades apontadas pelo autuante;
- Reprisa ser inexigível o IRRF nos casos em que a fiscalização não logra êxito em comprovar qualquer pagamento a beneficiário não identificado de forma a justificar a incidência do tributo em questão. Entende que tal inexigibilidade ainda é mais latente quando os valores supostamente pagos também foram tributados como sendo omissão de receitas. Nesta esteira colaciona julgados deste 1º Conselho com os quais objetiva reforçar sua tese defensiva;



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

- Requer seja o presente recurso recebido, processado e no mérito provido, determinando-se a reforma integral do Acórdão a quo, e o conseqüente cancelamento das exigências mantidas pela DRJ;
- Subsidiariamente requer a decretação da nulidade do procedimento fiscal, consoante a argumentação dispensada em sede preliminar. Insurge-se ainda contra a utilização da Taxa Selic, haja vista sua inaplicabilidade para fins tributários;
- Por derradeiro, para o caso de persistirem dúvidas quanto ao desate da questão, requer seja determinada perícia. Para tanto indica profissional habilitado, bem como apresenta quesitos a serem respondidos na aludida diligência.

É o Relatório.



Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

## VOTO

Conselheiro LUIZ MARTINS VALERO, Relator

Recurso tempestivo e que atende os demais requisitos legais. Dele conheço.

### **Preliminares de nulidade**

Quanto à função do Mandado de Procedimento Fiscal, tenho posição firmada neste colegiado no sentido de que o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, apesar de sumamente importante para o controle da execução da fiscalização, não integra o rol dos atos e termos vinculados ao lançamento de ofício, que são privativos do agente fiscal encarregado da auditoria, nos estritos termos do art. 6º da Lei nº 10.593/2002, decorrente da conversão em Lei da Medida Provisória nº 46/2002, que convalidou a Medida Provisória nº 2.175/2001.

Portanto, questões ligadas ao descumprimento do escopo do MPF, inclusive do prazo, das prorrogações e complementos, devem ser resolvidas no âmbito do processo administrativo disciplinar.

Não há como anular eventual lançamento tributário consumado, se este atender os requisitos do art. 142 do CTN e não presentes as hipóteses do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal.

Por isso, afasto a preliminar de nulidade ligada ao Mandado de Procedimento Fiscal.

Quanto às demais preliminares de nulidade levantadas no recurso, ancoradas nos mesmos argumentos da impugnação, afasto-as, pois:



Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

a) não houve segundo exame de um mesmo período já fiscalizado. Houve apenas cancelamento de ofício de parte do Auto de Infração do Imposto de Renda na Fonte e a lavratura de outro com as exigências relativas ao ano-calendário de 1998. os fatos já estavam apurados. A questão foi meramente administrativa como visto no início deste voto;

b) não houve preterição do direito de defesa, pois a antecipação da impugnação para o segundo Auto de Infração foi uma decisão da fiscalizada e não uma imposição da fiscalização. Não era impossível impugnar os Autos separadamente, pois tratavam de período de apuração distintos;

c) a lavratura de Auto de Infração não pressupõe, obrigatoriamente, procedimentos fiscais preparatórios, se a fiscalização já dispõe de todos os elementos necessários á formulação da exigência nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional;

d) não houve quebra de sigilo bancário por parte da Receita Federal. O sigilo lhe foi legalmente transferido pelo Ministério Público. Lícitas as provas assim obtidas.

Passo à análise do mérito das exigências.

## 1. Omissão de Receita

Ao aumentar ficticiamente as despesas feitas por conta do Esporte Clube São José a fiscalizada acabou por diminuir suas receitas operacionais. Esse fato é inconteste e decorre. No caso do PIS, houve dupla consideração do valor. No caso da COFINS não há prova do seu pagamento, nem mesmo da sua transferência para o E.C.São José. Não há como aceitar agora a provisão contábil feita pelo Clube pela singela razão de que, repita-se, não ficou provado a transferência dos recursos para o mesmo.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76

Acórdão nº : 107-08.770

### 3. Imposto de Renda na Fonte

Considerando-se os dois Autos de Infração para exigência de imposto de renda na fonte (um deles teve as parcelas do ano-calendário de 1998 canceladas de ofício pela própria DRF, com a lavratura de outro para consignar as exigências desse ano), as parcelas exigidas antes e após a Decisão DRJ são as seguintes:

MÊS/ANO	IR sobre Lucros			Pagamento		Excluído DRJ	Remanescente
	Mario	Oscar	Total	sem causa	Total		
abr/98	167.465,67	7.013,67	174.479,34		174.479,34	157.085,97	17.393,37
mai/98	144.716,24	5.996,46	150.712,70		150.712,70		150.712,70
jun/98	324.379,58	14.029,88	338.409,46		338.409,46		338.409,46
jul/98	231.285,46	9.867,29	241.152,75		241.152,75		241.152,75
ago/98	213.409,01	9.067,97	222.476,98		222.476,98		222.476,98
set/98	20.445,91	439,86	20.885,77		20.885,77		20.885,77
out/98	10.380,02	67,44	10.447,46		10.447,46		10.447,46
nov/98	46.992,46	1.626,86	48.619,32		48.619,32		48.619,32
dez/98	44.573,62	1.518,71	46.092,33	2.234.896,59	2.280.988,92	1.318.056,00	962.932,92
<b>SOMA</b>	<b>1.203.647,97</b>	<b>49.628,14</b>	<b>1.253.276,11</b>	<b>2.234.896,59</b>	<b>3.488.172,70</b>	<b>1.475.141,97</b>	<b>2.013.030,73</b>
mai/99	79.259,90	3.701,16	82.961,06		82.961,06		82.961,06
jun/99	79.860,34	3.732,76	83.593,10		83.593,10		83.593,10
jun/99	17.880,69	811,72	18.692,41		18.692,41		18.692,41
set/99	17.430,60	446,98	17.877,58		17.877,58		17.877,58
set/99	39.297,06	1.938,90	41.235,96		41.235,96		41.235,96
nov/99	71.320,17	3.283,28	74.603,45		74.603,45		74.603,45
dez/99	28.875,52	1.049,35	29.924,87	18.499,74	48.424,61	18.499,74	29.924,87
<b>SOMA</b>	<b>333.924,28</b>	<b>14.964,15</b>	<b>348.888,43</b>	<b>18.499,74</b>	<b>367.388,17</b>	<b>0,00</b>	<b>348.888,43</b>
<b>TOTAL</b>	<b>1.537.572,25</b>	<b>64.592,29</b>	<b>1.602.164,54</b>	<b>2.253.396,33</b>	<b>3.855.560,87</b>	<b>1.493.641,71</b>	<b>2.361.919,16</b>

#### 3.1 Pagamento se causa ou a beneficiário não identificado

Para encontrar a base de cálculo das exigências derivadas da infração "pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado" a fiscalização, como se vê às fls. 59, levou em conta de forma global todos os ingressos (origem) e todas as (aplicações) chegando a valores que chamou de "recursos com destinação desconhecida" registrada. Foram considerados como "origem" os valores atuados como receitas omitidas, no montante de R\$ 1.702.740,92.

Como se vê às fls. 1173, o julgamento de primeiro fez restrições à metodologia empregada pela fiscalização para apuração dos "pagamentos sem causa ou a beneficiário não identificado", cancelando parte das exigências.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

Entendeu a maioria da Turma que o conceito de pagamento estabelecido no art. 61 da Lei nº 8.981/95 deve ser interpretado restritivamente, significando que a fiscalização tem o ônus de comprovar, especificar e individualizar as saídas para que a fiscalizada tenha a oportunidade de fazer a comprovação do beneficiário e da causa do pagamento. Este entendimento da maioria da Turma Julgadora foi ancorado nos Acórdãos 104-19178 – Relator Nelson Mallmann e 107-07902 em que fui Relator.

Coerente com essa linha, os julgadores de primeiro grau mantiveram as exigências a esse título em relação ao valor de R\$ 1.702.740,92 decorrente da infração “omissão de receitas”, pois entenderam que, quanto a esse valor a empresa sustenta que se trata de pagamento ou provisão de PIS e COFINS devidos pela entidade desportiva para a qual administrava o Bingo, cuja alegação não foi provada desde o procedimento fiscal, como visto antes.

Concordo com o julgamento de primeiro grau quanto à interpretação que fez do art. 61 da Lei nº 8.981/95, já deixei claro em julgamentos anteriores nessa Câmara que o referido artigo veicula uma presunção legal e como tal assentada em prova indiciária. Na prova indiciária, o fato índice (no caso o efetivo pagamento) deve ser provado diretamente. Em outras palavras, o fisco deve fazer prova direta de que houve um pagamento a terceiro não identificado ou sem causa. Não se pode aceitar a presunção de que houve um pagamento.

Mas discordo da interpretação dada para a manutenção da exigência de imposto de renda na fonte de que trata o art. 61 da Lei nº 8.981/95 quanto à receita tida como omitida, não só porque já tributada pelo IRPJ e pela CSLL mas porque não há prova de que tal valor foi, efetivamente pago a terceiro. Não basta sustentar que o valor não foi distribuído aos sócios para, a partir disso, presumir que foi pago a terceiro.

### **3.2 Tributação do excedente de lucros distribuídos em 1998 e 1999**

Quanto à imprestabilidade da escrituração contábil apresentada pelo contribuinte para respaldar lucros isentos distribuídos a sócios no ano-calendário de 1998, não fossem os motivos apontados pela fiscalização e explicitados pelo Relator do Acórdão recorrido (fls. 1159 a 1167) há o fato inegável de que a utilização pelo



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

contribuinte das regras do lucro arbitrado o obriga a adotar o regime por inteiro, não só na parte que eventualmente lhe interesse. Em outras palavras, adotado o lucro arbitrado como forma de tributação, o lucro passível de distribuição aos sócios com isenção do imposto de renda das pessoas físicas é aquele que foi apurado por arbitramento, diminuídos dos tributos sobre ele incidentes e das contribuições devidas sobre a receita bruta.

Com efeito, discordo frontalmente daqueles que defendem que o lucro arbitrado é uma forma de apuração à disposição do contribuinte, que pode ser utilizada, ainda que a escrituração contábil e fiscal seja apta a demonstrar o lucro sujeito ao imposto de renda e à contribuição social.

Dispõe os arts. 529 a 531 do Regulamento do Imposto de Renda:

**Art. 529.** A tributação com base no lucro arbitrado obedecerá as disposições previstas neste Subtítulo.

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

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

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou conter vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

b) determinar o lucro real;

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior (art. 398);

VI - o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76  
Acórdão nº : 107-08.770

Arbitramento Pelo Contribuinte

**Art. 531.** Quando conhecida a receita bruta (art. 279 e parágrafo único) e desde que ocorridas as hipóteses do artigo anterior, o contribuinte poderá efetuar o pagamento do imposto correspondente com base no lucro arbitrado, observadas as seguintes regras (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, §§ 1º e 2º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I - a apuração com base no lucro arbitrado abrangerá todo o ano-calendário, assegurada, ainda, a tributação com base no lucro real relativa aos trimestres não submetidos ao arbitramento, se a pessoa jurídica dispuser de escrituração exigida pela legislação comercial e fiscal que demonstre o lucro real dos períodos não abrangidos por aquela modalidade de tributação;

II - o imposto apurado na forma do inciso anterior, terá por vencimento o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento de cada período de apuração.

Ao registrar como condição para o auto arbitramento a ocorrência das hipóteses do art. 530, o art. 531 faz uma correta interpretação integrada da legislação, pois a apuração do imposto de renda devido dá-se, como regra, pelo lucro real. Só se justifica o abandono da regra na ocorrência de uma das hipóteses do art. 530.

Adotando o lucro arbitrado como forma de apuração é o próprio contribuinte que está dizendo que, por exemplo, sua contabilidade é imprestável para apuração do lucro real, logo o resultado contábil e jamais poderá servir de base para a distribuição de lucros aos sócios sem tributação.

O fato de a recorrente ter tido em 1998 sócio residente no exterior não a obrigava ao arbitramento dos lucros, estava vedada apenas a forma presumida de apuração, mas jamais a adoção da regra que é o lucro real.

Quanto ao ano-calendário de 1999, a opção pelo lucro presumido exigia que a pessoa jurídica mantivesse escrituração contábil nos termos da legislação comercial ou livro Caixa completo.

Como visto e relatado à exaustão pelo Relator do Acórdão recorrido, fls. 1167 a 1169, a contabilidade apresentada, inclusive a conta caixa, contem irregularidades e incoerências de tal monta que a tornam imprestável para apuração de lucro contábil nos



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 11080.012899/2001-76

Acórdão nº : 107-08.770

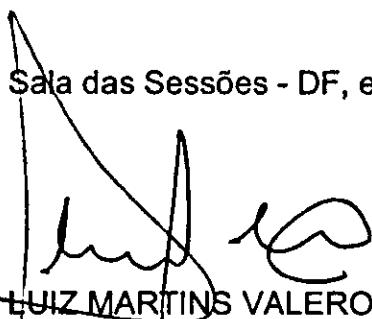
termos da legislação comercial, os lucros isentos distribuídos estão limitados ao lucro presumido, diminuídos dos tributos e contribuições.

Entretanto, nos termos da Súmula 12 deste Primeiro Conselho, se a fonte pagadora não fez as retenções devidas e o fisco constata o fato após a entrega da Declaração de Ajuste Anual pelo beneficiário do rendimento é este o sujeito passivo da obrigação tributária e não a fonte pagadora.

Isto posto, meu voto, portanto, é por REJEITAR a preliminar de nulidade e DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir as exigências de IR/Fonte, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Ao Recurso de Ofício nego provimento pois, como dito, a presunção legal de pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado não pode ser tomada a partir de cálculos globais de origem e aplicação de recursos. Há que se apontar o efetivo pagamento e não presumi-lo, eis que este é o fato indiciário cuja prova cabe ao fisco.

Sala das Sessões - DF, em 18 de outubro de 2006.



LUIZ MARTINS VALERO