



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

Processo nº 19647.021938/2008-51
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-000.861 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07/03/2013
Matéria Auto Infração IRPJ
Recorrente Carlos Alberto Ferreira da Silva
Recorrida 2ª Turma da DRJ em Brasília□

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003

DESCRIÇÃO DOS FATOS. PROVAS. DOCUMENTOS.
COMPROVAÇÃO DOS FATOS ALEGADOS. ANÁLISE DOS
DOCUMENTOS.

Compete a fiscalização comprovar os fatos que afirma. Não basta juntar documentos e fazer afirmações, é preciso referenciar estes documentos na descrição dos fatos e demonstrar como eles comprovam os fatos afirmados. Sem isso o lançamento é improcedente.

Assunto: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2003.

LANÇAMENTO. PROVA DOS FATOS.

O Fisco têm de comprovar os fatos que diz existirem e que sustentam o lançamento. Sem isso, o lançamento é improcedente

LANÇAMENTO. PROVA DA AUTORIA.

No lançamento, o Fisco deve provar a ocorrência dos fatos tributáveis e também a autoria. Sem comprovação da autoria o lançamento é improcedente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade e decadência e DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO – Presidente em substituição e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Benedicto Celso Benício Júnior, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, Carlos Mozart Barreto Vianna, Edeli Pereira Bessa, José Ricardo da Silva (vice-presidente), e Nara Cristina Takeda Taga.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra decisão que considerou improcedente impugnação de auto de infração.

Conforme “relatório de fiscalização” (proc. fls. 2 a 7), o presente lançamento se refere ao IRPJ e reflexos do ano de 2003. A fiscalização explica que a auditoria decorre da “Operação Zebra” da Polícia Federal, por meio da qual *“foram apreendidos diversos documentos da empresa MONTE CARLO’S LOTERIAS ON LINE, conforme AUTOS CIRCUNSTANCIADOS DE BUSCA E APREENSÃO e AUTOS DE APREENSÃO (fls. 35/114)”*. Diz que *“tais documentos foram enviados à Receita Federal onde vários demonstram que a empresa já operava desde o ano de 2001 (fls. 115/124)”*.

Informa que, *“através dos autos da Ação Penal Pública nº 2007.83.00.005687-5 (fls. 129/134) e nos documentos apreendidos, a Receita Federal verificou que a empresa ‘MONTE CARLO’S LOTERIAS ON LINE’ é de propriedade do Sr. Carlos Alberto Ferreira da Silva e que não estava inscrita no CNPJ (fls. 124/141)”*. Esclarece que *“foi então instaurado procedimento para inscrição de ofício no CNPJ através do processo administrativo nº 19647.019252/2008-09”*, sendo dispensada a intimação prevista no art. 19 da IN RFB nº 748, de 2007, *“tendo em vista que a inscrição no CNPJ efetuada pelo contribuinte opera efeitos ex nunc”*.

Explica que *“desde 31/01/2001 que a empresa é inscrita no CEI e recolhe contribuições previdenciárias decorrentes do exercício da atividade empresarial (fls. 190/200)”*. Conclui que os fatos geradores ocorreram antes da inscrição de ofício por meio do processo nº 19647.019252/2008-09, ocorrida em 05/11/2008. Argumenta que *“necessário se faz que a inscrição de ofício retroaja à data da inscrição do CEI, operando efeitos ex tunc”*.

Informa que a *“empresa alegou (fls. 155/161) que a pessoa física do Sr. Carlos Alberto Ferreira da Silva está sendo fiscalizada através do MPF Nº 0410100200801464 e que a intimação prevista no art. 19 da IN RFB nº 748/2007 é indispensável, tornando a inscrição de ofício no CNPJ nula”*. Diz que não procede a alegação da empresa, pois *“presente Mandado de procedimento Fiscal determina a fiscalização do IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IRRF sobre a empresa Monte Carlos Loterias Online cuja inscrição de ofício foi no nome de Carlos Alberto Ferreira da Silva”*.

Explica que, quanto aos fatos anteriores a 10/01/2003, *“a empresa descumpriu o disposto no art. 18 da Lei nº 3.071, de 1916 (antigo Código Civil)”* e, quanto aos fatos posteriores, *“a empresa vinha descumprindo o disposto nos arts. 967 e 969 do Código Civil”*. Diz que a sociedade só adquire personalidade com o registro de seus atos constitutivos, conforme o art. 985 do Código Civil, e que a falta do registro faz incidir os arts. 989 e 990 do CC, estabelecendo a responsabilidade solidária e ilimitada.



Alega que, “caso a receita Federal tivesse procedido à intimação a que se refere o art. 19 da IN RFB nº 748/2007 e o contribuinte tivesse efetuado o arquivamento dos atos constitutivos na JUCEPE e posteriormente se inscrito no CNPJ, a Receita Federal retroagiria a data de início de atividade a 31/10/2001, que foi a data de inscrição no CEI... portanto a intimação constante do referido dispositivo normativo seria, 'in casu' inócua e dispensável”.

Quanto à apuração de receitas e prêmios distribuídos, o Fisco diz o seguinte:

No que se refere ao ano de 2003, sobre o grande volume de material apreendido pela Polícia Federal e enviado à Receita Federal, foi feita uma amostragem e só foi encontrada receita bruta referente ao mês de janeiro/2003, gerando a tributação do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS. Também foi encontrado o total dos prêmios distribuídos no referido mês, fazendo incidir o IRRF incidente sobre pagamentos a beneficiários não identificados, uma vez que a empresa não apresentou escrituração comercial e fiscal que possibilitasse a identificação dos beneficiários (art. 674 do Decreto nº 3.000/99 e art. 61 da Lei nº 8.981/95).

No que se refere ao 2º, 3º e 4º trimestres de 2003, foi arbitrado o lucro, para efeitos de IRPJ e CSLL com base no valor mensal do aluguel de máquinas de jogos eletrônicos devido pela MONTE CARLO'S LOTERIAS ON LINE à LOMEL - LOCADORA E MONTADORA DE MÁQUINAS ELETRÔNICAS, CNPJ 69.965.333/0001-51, entregues por esta à Receita Federal cujas cópias foram obtidas através do MPF de Diligência, vinculado ao presente procedimento fiscal. Ressalte-se que com a utilização de tais máquinas, a empresa fiscalizada auferia receitas e obtém lucro. Portanto, tais máquinas são necessárias à percepção da receita e à manutenção da fonte produtora, ou seja, com elas, a MONTE CARLO'S explora a sua atividade econômica.

A fiscalização explica que “ocorrido o fato gerador, surge a obrigação tributária, independentemente da empresa estar ou não inscrita no CNPJ e se estiver, independente de sua data de efetivação”. Transcreve diversos artigos do CTN. Informa que “os documentos de fls. 162/165 foram obtidos na caixa com a indicação PE 17, Item 70” e que “os documentos de fls. 115/124 demonstram que a empresa já exercia sua atividade empresarial, mesmo sem estar inscrita no CNPJ”. Afirma que a empresa é prestadora de serviços, por se enquadrar no item 61 da Lei Complementar nº 56, de 1987, e no item 19 da Lei Complementar nº 116, de 2003. Diz que o total lançado de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins, IRRF, com multa de 75% e juros é de R\$ 5.892.985,88, conforme autos de infrações (proc. fls. 8 a 32)

No auto de infração IRPJ e da CSLL, informa que o arbitramento decorre da não apresentação dos livros e documentos. O auto de infração do PIS e o da Cofins versa apenas sobre a omissão de receitas. Descreve as infrações do seguinte modo:

001 - RECEITA OPERACIONAL OMITIDA (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA) PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS GERAIS

Omissão de receitas de prestação de serviços de jogos eletrônicos e de jogo do bicho apurada a partir de gráfico demonstrativo (fls. 165) praticados pela empresa autuada, em



janeiro de 2003, conforme documentos apreendidos pela Polícia Federal durante a Operação Zebra, constantes da caixa de papelão com as indicações PE 17, Item 70.

002 - RECEITA BRUTA NÃO CONHECIDA

ARBITRAMENTO COM BASE NO VALOR DO ALUGUEL DAS
INSTALAÇÕES

Valores arbitrado sobre o valor do aluguel das instalações devido no período-base.

A ciência do auto de infração do IRPJ, PIS, Cofins e CSLL foi em 29/12/2008. Em 27/01/2008, o contribuinte apresentou impugnação (proc. fls. 236 a 270).

Diz que, em manifestação datada de 19/12/2008, se insurgiu contra a inscrição de ofício do impugnante no CNPJ, ocorrida em 14/11/2008, com efeitos retroativos a 31/01/2001, na atividade de “exploração de jogos de azar e apostas não especificados anteriormente”. Informa que apresentou razões de fato e de direito para demonstrar o equívoco do Fisco, em especial a exigência de intimação prévia prevista no art. 19 da IN RFB nº 748, de 2007, só cabendo a inscrição de ofício se o contribuinte não atender ao determinado. Diz que sua manifestação foi ignorada pela fiscalização. Conclui que a inscrição é nula e, em consequência, o auto é nulo.

Alega que a fiscalização adotou como data de início de atividade a data de inscrição no CEI. Explica que a inscrição no CEI foi feita por Celina Lúcia Bandeira de Melo, de forma que Carlos Alberto nada tem com isso. Afirma que a inscrição é nula.

Argumenta que não procede o lançamento. Diz que o fiscal arbitrou o lucro em 90% das supostas receitas, mas que não existe amparo legal para isto. Informa que não poderia ter sido feito lançado referente a 2003 em razão da decadência contada na forma do art. 150 do CTN, já que a ciência do auto de infração ocorreu em 29/12/2008. Argumenta que a multa aplicável seria de 20% e não 75%. Afirma que não cabe a aplicação da taxa Selic.

Em 21/10/2010, a 2ª Turma da DRJ em Brasília informa que o contribuinte questionou a inscrição de ofício e que não houve manifestação da Administração (proc. fls. 292 a 295). Diz que tal reclamação rege-se pela Lei nº 9.784, de 1999, e que as DRJ não têm competência para se manifestar sobre esta matéria. Explica que esta questão deve ser resolvida pela DRJ, no processo nº 19647.019252/2008-09, e que é uma questão prejudicial para o presente processo. Solicita providências para que a solução do processo nº 19647.019252/2008-09 seja trazida ao presente processo.

O processo nº 19647.019252/2008-09 é apensado a este processo (proc. fls. 297 a 318). Despacho explica que a inscrição é ato meramente instrumental para tributar os fatos da pessoa e destaca que a resposta ao contribuinte já teria sido dada no próprio relatório fiscal do processo nº 10480.722536/2009-24 (proc. fls. 319 a 321).

Em 19/08/2011, a 2ª Turma da DRJ em Brasília considera a impugnação improcedente (proc. fls. 323 a 339).

Informa que vai apreciar a reclamação do contribuinte sobre a falta de intimação prévia à inscrição de ofício. Diz que os documentos apreendidos na operação zebra



demonstram que o contribuinte estava em plena atividade desde 2001, mesmo sem estar inscrita no CNPJ, o que configura infração. Adiciona que os documentos constantes dos autos da Ação Penal Pública nº 2007.83.00.005687-5 mostram que a empresa é de propriedade de Carlos Alberto Ferreira da Silva. Conclui que não havia outra alternativa para a fiscalização senão fazer a inscrição de ofício. Explica que nos termos do art. 19 da IN RFB nº 748, de 2007, combinado com seu § 1º a inscrição seria feita de uma maneira ou outra. Conclui que a falta de intimação não causou prejuízo para a inscrição.

Diz que a decadência rege-se pelo art. 173 do CTN, em razão das circunstâncias que implicaram na multa de 150%. Explica que o fato gerador mais antigo ocorreu em 31/01/2003 e poderia ser lançado até 31/12/2008, mas como a ciência do auto ocorreu em 29/12/2008, não cabe falar em decadência. Adiciona que o Parecer PGFN/CAT nº 1.617, de 2008, determina que, se não houver pagamento, o prazo é o do inciso I do art. 173 do CTN. Destaca que não consta dos autos qualquer informação sobre pagamento efetuado pelo contribuinte espontaneamente referente ao período lançado.

Afirma que foi correta a adoção do sistema do lucro arbitrado, já que o contribuinte não apresentou livros ou documentos. Informa que o sistema do lucro arbitrado pode ser aplicado quando se conhece a receita bruta e quando não se conhece a receita bruta.

Diz que o Fisco identificou a receita de janeiro de 2003 e, para o 1º trimestre de 2003, aplicou o coeficiente correto, pois a empresa era prestadora de serviços. Enfatiza que não houve presunção de omissão de receitas, mas sim prova direta desta omissão, por meio dos elementos apreendidos na “operação zebra”.

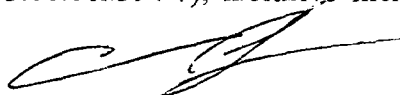
Informa que no 2º, 3º e 4º trimestres de 2003, o Fisco valeu-se do inciso VIII do art. 535 do RIR/1999. Explica que o dispositivo permite considerar como lucro arbitrado 90% do aluguel devido. Diz que a fiscalização considerou os alugueis de máquinas de jogos eletrônicos, informados pelo próprio contribuinte em atendimento à diligência (proc. fls. 173 a 190).

Diz que a multa de 75% e os juros Selic têm previsão legal.

Em 31/10/2011, o contribuinte é cientificado do acórdão (proc. fl. 343). Em 29/11/2011, o contribuinte apresenta recurso voluntário, onde repete parte de seus argumentos (proc. fls. 344 a 382).

Adiciona que na época dos fatos a atividade de jogo eletrônico, loteria e de bicho era lícita e normatizada pela União e Estados, sendo que o Estado de Pernambuco fiscalizava e acompanhava diversos tipos de jogos. Diz que a fiscalização tratou como fato gerador o que eram meras projeções administrativas. Enfatiza que a fiscalização utilizou os controles administrativos sem aprofundar a análise dos mesmos, o que levou a diversos equívocos. Alega que os documentos internos usados pelo Fisco para a quantificação dos fatos geradores poderiam no máximo ser considerados como meros indícios, insuficientes por si só para o lançamento. Diz que a fiscalização deveria ter aprofundado o exame, mas não o fez e usou exclusivamente os documentos internos apreendidos.

Alega que houve quebra de sigilo fiscal sem autorização judicial e que isso anula as autuações. Diz que a fiscalização teve acesso a dois processos penais (proc. nº 2007.83.00.005687-85 e proc. nº 2004.83.00.002394-7), inclusive mencionados no relatório



fiscal para fundamentar a autuação, mas não juntou cópia desses processos nos autos. Diz que isto caracteriza cerceamento de defesa.

Informa que a fiscalização adotou valores tirados de gráficos para quantificar as receitas da empresa. Afirma que a perícia é fundamental para elucidar a situação e a DRJ não poderia tê-la considerado desnecessária.

Argumenta que o Fisco usou simples projeções para presumir receitas. Diz que a autuação não poderia se basear apenas em anotações internas e gráficos. Alega que a fiscalização tem poderes de investigação mas não conseguiu nenhuma prova fática do faturamento ou dos prêmios, e mesmo da existência da empresa.

Explica que existe erro na identificação do sujeito passivo, pois o lançamento foi feito em uma pessoa jurídica criada de ofício. Lembra que os documentos internos apreendidos faziam menção à “Monte Carlo’s Loterias On Line” e que havia um CEI registrado por Celina Lúcia, designando o nome empresarial de “Monte Carlo’s Loterias On Line”, mas a fiscalização entendeu que a titularidade das atividades seria de Carlos Alberto como empresário individual. Afirma que o Fisco deixou de tributar uma empresa ativa e regular para autuar uma pessoa jurídica criada de ofício.

Informa que houve autuação em duplicidade porque outra equipe autuou a Lomel. Afirma que o Fisco deixou de tributar uma empresa ativa e regular para autuar uma pessoa jurídica criada de ofício. Informa que até 2010 a inscrição de ofício só podia ser feita após intimação ao contribuinte, sendo que apenas a partir da IN nº 205, de 2010, é que surgiu a possibilidade de inscrição de ofício no interesse da administração.

Enfatiza que a fiscalização quantificou a omissão de receita com base apenas em um gráfico demonstrativo, sem juntar qualquer outra comprovação. Diz que o arbitramento feito com base em alugueis de instalações, está equivocado porque deveria ter sido investigada a empresa que ocupava o local. Além disso, a fiscalização poderia ter feito o arbitramento com base no recolhimento do INSS. Argumenta que o inciso VIII do art. 535 fala em aluguel de imóvel, por isso tem um percentual tão alto. Por isso, não se poderia utilizar os valores de aluguel de máquinas. Lembra que os mapas que foram usados para identificar são meras projeções

Afirma que os valores de entradas não podem ser considerados como receitas, pois também são registrados como entradas os valores de teste diário das máquinas. Diz que os prêmios dos clientes também são computados como entradas. Conclui que os dados consignados como “entrada” são imprestáveis para quantificar as receitas da máquina de jogo.

Diz que a própria fiscalização disse que nos relatórios existiam os campos “final” e “líquido” e afirma que *“se fosse para considerar uma base de cálculo, poderia ter sido usado o campo ‘líquido’, que pelo menos evitaria a distorção citada”*. Informa que *“a ‘entrada’ tem um registro eletrônico e mecânico, para mal funcionamento de um ou outro, ficando também afetado a eleição única de um valor, sem proporcionalizar os dois registros”*. Informa que a pessoa que, de fato, explorava a atividade já havia tributado os valores.



Voto

Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro.

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Sobre pedido de perícia, cabe destacar que a perícia é desnecessária, pois o processo contém todos os elementos para solução da lide.

Quanto a preliminar de nulidade, em razão da inscrição no CNPJ ter sido feita sem a prévia intimação ao contribuinte, não tem razão o recorrente. A inscrição no CNPJ não é requisito da autuação, mas mera providência administrativa de registro. A autuação depende e decorre apenas da equiparação da empresa individual às pessoas jurídicas, para fins de tributação, nos termos dos arts. 150, 158, 161 do RIR/1999.

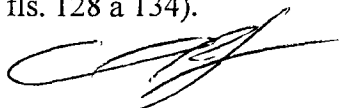
O que precisa ser analisado, no que tange à imputação ser feita a Carlos Alberto, é se a fiscalização demonstrou ou não que Carlos Alberto, em nome individual, explorou habitual e profissionalmente atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim de lucro, mediante a venda de serviços, e se comprovou que os fatos geradores indicados podem ser imputados a esta empresa individual. Mas, isso é questão de mérito.

Quanto a alegação de decadência do ano de 2003, em razão da ciência do auto ter ocorrido em 29/12/2008, a matéria depende apenas da definição do artigo do CTN que se aplica ao caso. Como não houve qualquer pagamento, pela autuada, em relação aos fatos lançados, cabe a aplicação do art. 173. Conforme este dispositivo, até 31/12/2008 poderia ser lançado qualquer período de 2003. Assim, não cabe falar em decadência.

Quanto à alegação de erro na identificação do sujeito passivo, na verdade a questão coloca-se como uma questão de mérito que consiste em saber se o Fisco comprovou ou não que o titular da “empresa” é Carlos Alberto e à ela pode-se imputar os fatos tributáveis indicados pela fiscalização. O mesmo vale para a alegação de que haveriam diversas outras empresas no local explorando o jogo.

Quanto à alegação de nulidade em razão de quebra de sigilo fiscal, o contribuinte não comprova suas afirmações. Além disso, conforme o inciso II do art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 1993, que dispõe sobre as atribuições do Ministério Público da União, o MPF pode *requeritar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta*. Portanto, eventual informação prestada pela Receita em atendimento de requisição do MPF está amparada em lei e não é ilícita. Ademais, não é possível em processo administrativo fazer juízo de legalidade ou de constitucionalidade da Lei Complementar nº 75, de 1993.

Quanto a alegação de que a fiscalização teria tido acesso a duas ações penais, cujas informações teriam fundamentado a autuação, mas que não teriam sido disponibilizadas, não procede a queixa. Nos autos se encontram juntados elementos da ação penal mencionada pela fiscalização no seu relatório (proc. fls. 128 a 134).



Afastadas as questões preliminares apresentadas pelo contribuinte, cabe analisar a lide.

Quanto à autoria, o Fisco simplesmente afirma que Carlos Alberto é o titular da empresa individual. A fiscalização não se preocupa em explicar e comprovar que a exploração das atividades era feita por Carlos Alberto, por meio de uma empresa individual.

O único esforço probatório do Fisco consiste em dizer que, por meio dos autos da ação penal pública nº 2007.83.00.005687-5 e dos documentos apreendidos, a Receita Federal teria verificado que a empresa Monte Carlo's Loterias On Line seria de Carlos Alberto. Mas, sem uma explicação e sem a devida comprovação, é impossível atribuir a exploração ao autuado, mesmo existindo indícios nos autos.

Destaque-se que a fiscalização não especifica quais documentos fariam a prova do que afirma e nem explica como eles fazem esta prova. Enfim, a fiscalização faz uma afirmação genérica de que documentos confirmariam sua tese, sem no entanto explicar como isso se daria. Mas, nestes termos, não há como aceitar como comprovada pela fiscalização a titularidade imputada.

Também, cabe enfatizar que a fiscalização, ao invés de dizer que verificou que a titularidade da Monte Carlo's era de Carlos Alberto, diz que tal verificação foi feita pela Receita Federal. Ou seja, o Fisco não assume como sua a imputação e não indica em que processo esta imputação estaria demonstrada. Se por acaso a fiscalização estivesse se referindo ao processo administrativo nº 19647.019252/2008-09, relativo à inscrição de ofício, estaria incidindo em grave erro. Afinal, não é possível que se pretenda que a autoria de fatos tributáveis lançados e controlados em um processo esteja demonstrada em outro processo. Inclusive, a inscrição de ofício não se presta a comprovar a titularidade de fatos tributáveis.

Além disso, a própria fiscalização informa que, desde 2001, a empresa é inscrita no CEI e indica como prova os documentos localizados nas folhas 190 a 200. Nesses documentos, se constata que, de 2001 a 2007, a empresa é de Celina Lúcia e se denomina Monte C. Lot. On Line. Assim, esta informação, longe de evidenciar que Carlos Alberto era quem explorava a empresa Monte Carlo's, conflita com as próprias conclusões do Fisco. Para que essa informação trabalhasse a favor da tese do Fisco, seria preciso haver alguma demonstração da vinculação entre Celina e Carlos Alberto que atribuísse ao último os fatos da primeira ou alguma outra explicação. Porém, não existe no processo nenhum esclarecimento sobre este ponto.

Não fosse pouco, os recibos de pagamento de alugueis das máquinas de jogo, que a fiscalização imputa a empresa individual Carlos Alberto, para quantificar o arbitramento dos 2º, 3º e 4º trimestre de 2003, são em nome de Celina (proc. fls. 167 a 189). Assim, a fiscalização está usando na quantificação elementos que conflitam com a autoria imputada, sem qualquer explicação para isto.

Examinando os documentos que o Fisco diz comprovar que a titularidade da empresa é de Carlos Alberto (proc. fls. 124 a 141), se constata uma representação onde se informa que, perante a Justiça, Celina teria declarado que *“as bancas de bicho Monte Carlos On Line pertenciam a seu cunhado Carlos Alberto”* e que Carlos Alberto teria declarado que *“todas as bancas de bicho Monte Carlos que funcionavam em Pernambuco seriam suas”* (proc. fls. 126 e 127). Também se constata nos autos cópia de depoimentos (não assinados), feitos no processo judicial mencionado na representação, contendo as declarações de Celina e Carlos



Alberto (proc. fls. 129 a 134). Inclusive se verifica contrato entre Celina e Carlos Alberto, assinado em 2004, onde a primeira transfere para o segundo a Monte Carlo's (proc. fls. 139).

No entanto, a fiscalização não menciona especificamente nenhum destes documentos e não analisa o conteúdo de nenhum destes documentos. Porém, a menção e análise destes documentos é indispensável. Sem ela, a acusação não está fundamentada. Mesmo porque, nesses mesmos documentos, existem afirmações de Celina e Carlos Alberto divergentes da tese da fiscalização.

Assim, as afirmações do Fisco, embora aparentemente referendadas por documentos, não estão fundamentadas, pois não existe uma análise dos documentos e uma explicação do porque o conteúdo de um documento leva a determinada conclusão. Nessas circunstâncias, não é possível que o julgador venha analisar os documentos, para formar um juízo sobre a questão, pois isto consistiria em substituir a fiscalização na fundamentação da atuação.

Não fosse pouco, o fiscal não faz qualquer referência ao endereço em que foi apreendido cada documento e como estes endereços se relacionam com a tese que sustenta. Apenas diz que os documentos usados na determinação dos fatos foram apreendidos pela Polícia Federal, conforme autos de apreensão (proc. fls. 35 a 114). Mas, sem a identificação do local de apreensão, esses documentos perdem muito de seu valor probante.

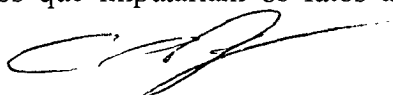
As deficiências da descrição e comprovação dos fatos, não terminam com as falhas acima apontadas, que já são suficientes para dar provimento ao recurso voluntário, por falta de comprovação da titularidade da empresa. Também a identificação e quantificação da matéria tributável imputada à empresa foi feita sem a comprovação necessária, como se percebe na análise abaixo.

Quanto às receitas omitidas em janeiro de 2003, a prova que a fiscalização indica é o gráfico na folha 165, que tem por título a denominação "Monte Carlo's Loterias on line – Jogo do Bicho Janeiro de 2003". Porém, sem informar o local da apreensão do documento, sem comprovar que Carlos Alberto ou que a Monte Carlo's Loterias On Line exploravam o jogo do bicho, sem juntar qualquer outro elemento que ratifique a dimensão econômica do jogo, não é razoável tomar tal gráfico como prova de informações sobre a empresa.

Além disso, o contribuinte refuta a acusação dizendo que tal gráfico seria mera projeção administrativa. Como o único elemento apresentado pelo Fisco é o gráfico, a defesa do contribuinte não pode ser ignorada.

Assim, embora a fiscalização tenha disposto de indício sobre o montante tributável, não logrou fazer uma demonstração convincente. De fato, constata-se nos autos diversos indícios convergentes com a tese da fiscalização. Mas, estes indícios não foram trabalhados pelo fisco. Nestas circunstâncias, não é possível ter como comprovado a base tributável, ainda mais quando existem dúvidas sobre a própria autoria.

Quanto aos alugueis de máquinas usados para arbitrar o lucro do 2º, 3º e 4º trimestre de 2003, cabe algumas considerações. Constata-se nos documentos (proc. fls. 167 a 189), que o recibo é da Lomel e que o pagamento foi feito por Celina. Mas, se a fiscalização está imputando os fatos tributáveis da Monte Carlo's ao Carlos Alberto, como pretender quantificar esses fatos com documentos que imputariam os fatos à Celina? Além disso, a

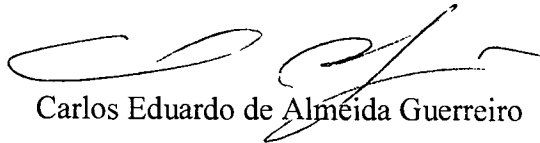


fiscalização não indica o local de apreensão, e nem demonstra que o acusado tinha como atividade a exploração de máquinas de jogos.

Se abstraindo da deficiência probatória e da insuficiência da descrição dos fatos, no que tange a possibilidade de arbitrar o lucro com base nos valores de alugueis prevista no inciso VIII do art. 535 do RIR/1999, o Fisco também está equivocado. O dispositivo de fato fala em alugueis. Mas, aluguel deve ser entendido como o aluguel do imóvel utilizado na empresa, não como alugueis de equipamentos e máquinas diretamente ligados à atividade. As razões para tal interpretação estão na proporção de um e outro. Além disso, o dispositivo indica uma série de outros elementos para arbitrar o lucro e deve haver por parte da fiscalização uma demonstração do resultado de cada uma dessas diferentes formas de arbitrar, para mostrar a razoabilidade da opção adotada.

Por estas razões, voto por rejeitar as preliminares de nulidade para dar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, 7 de março de 2013.



Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro