



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

Processo nº 19647.021939/2008-04
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-000.862 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07/03/2013
Matéria Auto Infração IRRF
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 foi DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

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

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Benedito 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.

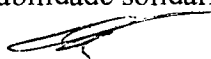
Conforme “relatório de fiscalização” (proc. fls. 2 a 7), o presente lançamento se refere ao IRRF do ano de 2003. A fiscalização explica que a auditoria decorre da “Operação Zebra” da Polícia Federal, por meio da qual “*foram apreendidos diversos documentos da empresa MONTE CARLO’S LOTERIAS ON LINE, conforme AUTOS CIRCUNSTANCIADOS DE BUSCA E APREENSÃO e AUTOS DE APREENSÃO (fls. 16/95)*”. Diz que “*tais documentos foram enviados à Receita Federal onde vários demonstram que a empresa já operava desde o ano de 2001 (fls 96/105)*”.

Informa que, “*através dos autos da Ação Penal Pública nº 2007.83.00.005687-5 (fls. 110/115) 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. 106/122)*”. 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. 171/181)*”. 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. 136/142) 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 CEL.. 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. 143/146 foram obtidos na caixa com a indicação PE 17, Item 70” e que “os documentos de fls. 96/105 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 auto de infração (proc. fls. 8 a 13).

No auto de infração de IRRF, descreve as infrações do seguinte modo:

001 - OUTROS RENDIMENTOS - BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO

Valor apurado a partir da discriminação dos prêmios pagos constante da planilha MONTE CARLO'S LOTERIAS ON LINE - JOGO DO BICHO (fl. 146) encontrada nos documentos



apreendidos pela Polícia Federal através da Operação Zebra. Os documentos das fls. 143 a 146 foram obtidos numa caixa com a identificação PE 17, Item 70. Como a empresa não apresentou escrituração (Livros Diário e Razão), não restou identificados os respectivos beneficiários dos prêmios pagos, razão pela qual incide o art. 674 do Decreto nº 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda/99 - RIR/99) e o art. 61 da Lei nº 8.981/95...

A ciência do auto de infração do IRRF foi em 24/12/2008.

Em 28/04/2009, a PGFN determina o prosseguimento da cobrança e inscrição do débito (proc. fl. 195).

O processo nº 19647.011201/2009-10, referente a pedido de revisão de débito inscrito em dívida ativa da União, é juntado ao presente processo, alegando que a impugnação foi apresentada com o nº 19647.001108/2009-99 (proc. fls. 196 a 237), mas não foi juntada ao processo. A DRF admite a impugnação e solicita o cancelamento da inscrição em dívida ativa (proc. fl. 248).

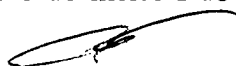
Em 21/10/2010, a 2ª Turma da DRJ em Brasília informa que o contribuinte questionou a inscrição de ofício e que não houve manifestação da Administração (proc. fls. 258 a 260). Diz que tal reclamação rege-se pela Lei nº 9.784, de 1999, e que as DRJ não têm competência para se manifestar sobre esta matéria. 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. 261 a 265). 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. 284 a 286).

Em 21/09/2011, a 2ª Turma da DRJ em Brasília considera a impugnação improcedente (proc. fls. 288 a 299).

Explica que a impugnação foi protocolada em 28/01/2009, sendo tempestiva. Informa que vai apreciar a reclamação do contribuinte sobre a falta de intimação prévia à inscrição de ofício, constante da impugnação. 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 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.

Quanto ao mérito, diz que a defesa não questiona a razão do lançamento, que foi a não retenção e recolhimento de IRRF relativo aos prêmios pagos. Esclarece que a multa de 75% e os juros Selic têm previsão legal.

Em 28/11/2011, o contribuinte é cientificado do acórdão (proc. fl. 303). Em 27/12/2011, o contribuinte apresenta recurso voluntário (proc. fls. 308 a 347).

Diz 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. Alega 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. Argumenta 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.

Afirma que a fiscalização utilizou um mero indício (um gráfico) como prova, desacompanhado de qualquer outro elemento de convicção, e fez o lançamento na pessoa



indevida. Além disso, foi aplicada a base legal indevida, pois a base legal para prêmios é outra. Isso sem falar que a fonte pagadora seria responsável subsidiária e não contribuinte. Adiciona que no lançamento feito a fiscalização deveria ter comprovado o efetivo pagamento. Explica que os prêmios já haviam sido tributados em outra empresa.

Reafirma que a multa é confiscatória e que não cabia a aplicação da Selic.

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 24/12/2008, 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 *requisitar 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 á 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 na descrição dos fatos 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 171 a 181. 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 atribuisse ao último os fatos da primeira ou alguma outra explicação. Porém, não existe no processo nenhum esclarecimento sobre este ponto.

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 autuação.



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. 16 a 95). Mas, sem a identificação do local de apreensão e da vinculação destes endereços à tese da fiscalização, 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 aos prêmios pagos para beneficiários não identificados, em janeiro de 2003, a prova que a fiscalização indica é o gráfico na folha 146, 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 alguns 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.

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