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

COPIA

Processo nº	10480.722518/2009-42
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1101-000.858 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	06/03/2013
Matéria	Auto Infração IRRF
Recorrente	MCCM Entretenimentos Ltda
Recorrida	3ª Turma da DRJ em Recife□

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007.

NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ATRASO NA DEVOLUÇÃO DE DOCUMENTOS.

Ficando demonstrado que o atraso na devolução de documentos não causou nenhum prejuízo à defesa, não cabe a alegação de nulidade.

LANÇAMENTO. PRESUNÇÃO. NEXO DE PROBABILIDADE ENTRE O FATO COMPROVADO E O PRESUMIDO.

É preciso haver uma alta probabilidade entre a ocorrência do fato comprovado e do fato presumido. Na ausência deste nexo, o lançamento não é procedente ou pode ser refutado por qualquer argumentação do contribuinte.

LANÇAMENTO. PROVA DOS FATOS.

Mesmo frente à falta de provas do contribuinte sobre os fatos que ele alega, o Fisco têm de comprovar os fatos que afirma ocorridos e que sustentam o lançamento. Sem isso, o lançamento é improcedente.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007.

PAGAMENTO SEM CAUSA.

Se o contribuinte não comprova a causa escriturada na contabilidade para os ingressos de recurso, a saída de recursos correspondente deve ser considerada como pagamento sem causa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/08/2013 por MARIA CONCEICAO RODRIGUES DE FREITAS
Impresso em 15/10/2014 por ANGELICA DOS SANTOS GOMES

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em REJEITAR a preliminar de nulidade e, por maioria de votos, em DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário, divergindo o Conselheiro Benedicto Celso Benício que dava provimento integral ao recurso voluntário.

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

COPIA

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.

Em 10/12/2009, o contribuinte é cientificado de auto de infração de IRRF (proc. fls. 3 a 16). A exigência é do IRRF sobre pagamento sem causa e pagamento para beneficiários não identificados, de agosto de 2004 a julho de 2006, com multa de 150%.

Conforme termo de verificação fiscal (proc. fls. 19 a 48), a fiscalização decorre da operação "zebra" da Polícia Federal e foi concomitante com fiscalização de outras nove empresas do grupo econômico "Sonho Real". A fiscalização informa que foram apreendidos documentos e discos de computadores (HD), no endereço sede do grupo, localizado na Av. Engenheiro Alves de Souza, nº 759, bairro da Imbiribeira, em Recife, bem como em outros endereços, conforme "autos circunstanciados de busca e apreensão", juntados aos autos, e que este material foi transferido oficialmente para a Receita.

Explica que a empresa foi intimada por via postal a apresentar livros e documentos de 2004 a 2007. Diz que a empresa respondeu fornecendo alguns elementos. Informa que a empresa tributou os anos de 2004 a 2007 na sistemática do lucro presumido e que tem por atividade serviços administrativos para terceiros, venda de bilhete de loterias, exploração do ramo de propaganda, publicidade e eventos recreativos, comércio, importação e exportação de máquinas e equipamentos eletrônicos, locação de máquinas de jogos eletrônicos, etc.

A fiscalização relata que, intimada, a empresa informou que sua receita decorria da prestação de serviços para a TIM, vendas de bilhetes de loteria, e de aluguel de máquinas e equipamentos. Adiciona que a empresa forneceu os mapas financeiros utilizados pela contabilidade para classificar as receitas e notas fiscais da TIM, relativos à parte do período fiscalizado, bem como outros documentos.

Diz que analisando os "Relatórios de Fechamento – Todos os Representantes", de 2004 e 2005, notou que só foi oferecido como receitas a diferença entre os valores consignados como "Entrada de Máquinas" e "Saídas de Máquinas". Esclarece que

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/08/2013 por MARIA CONCEICAO RODRIGUES DE FREITAS
Impresso em 15/10/2014 por ANGELICA DOS SANTOS GOMES

intimou o contribuinte a explicar a situação. Relata que o contribuinte informou que "*à época era permitido a vídeo loteria e que a entrada em máquinas era um crédito que o apostador solicitava e que a saída era a desistência desse jogador*". Adiciona que o contribuinte também respondeu que não poderia fornecer os mapas solicitados pois estes teriam sido apreendidos na operação.

Explica que intimou o contribuinte a esclarecer como eram controlados os pagamentos de prêmios das apostas e a apresentar o demonstrativo mensal dos valores de prêmios pagos, discriminando nome e CPF do ganhador e o valor e data do pagamento. Conta que o contribuinte repetiu a explicação sobre o que significava as entradas (apostas) e saídas (desistência do apostador na continuidade das apostas) e que o contribuinte disse que os valores dos prêmios eram sempre pequenos e dispensados de pagamento de imposto de renda.

Informa que intimou a empresa a esclarecer sua atividade em 2006 e 2007, pois não foi apresentado nenhum mapa de controle de máquina para este período. Informa que constatou na documentação da empresa notas fiscais de compra relativas a aquisição de "kits diversão eletrônica montados" e o pagamento relativo a serviço de manutenção em "loteriawireless". Relata que a empresa respondeu não ter os relatórios e que estes e os HD teriam sido apreendidos pela polícia, o que impossibilitava a recuperação dos relatórios.

A partir destes fatos, a fiscalização fundamenta o lançamento de IRRF incidente sobre prêmios pagos, com a seguinte explicação:

> *Conforme detalhado no item anterior, a fiscalizada afirmou ser sua receita decorrente da exploração da atividade de vídeo loteria e que as entradas de máquinas correspondiam aos créditos dos apostadores e as saídas às desistências dos apostadores. Intimada a informar como eram controlados os prêmios decorrentes das apostas realizadas e o correspondente imposto de renda na fonte sobre os mesmos, informou que não houve o registro de pagamento de premiação que ensejasse o controle e pagamento do imposto de renda em virtude de tratar-se de valores de pequena monta.*
>
> *Analisando os valores movimentados pela atividade no ano de 2004, extraídos dos relatórios de controle de máquinas apresentados pela empresa, verificamos que a fiscalizada movimentou no período de agosto a dezembro de 2004 o montante de R$ 2.836.977,77, correspondentes às apostas efetuadas e que as saídas de máquinas corresponderam a mais de 70% das apostas realizadas no período, perfazendo um total de R$ 1.993.776,00. No ano de 2005, a fiscalizada movimentou no período de janeiro a dezembro de 2005 o montante de R$ 5.171.926,66, correspondentes às apostas efetuadas e que as saídas de máquinas corresponderam a mais de 60% das apostas realizadas no período, perfazendo um total de R$ 3.152.284,40, o que demonstra que os valores envolvidos não são de pequena monta como afirmou a fiscalizada.*
>
> *Embora alegasse que as saídas de máquinas corresponderam, às desistências dos apostadores não foi apresentado qualquer documento que comprovasse tal alegação. Por outro lado, também não apresentou qualquer documento ou controle sobre*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/08/2013 por MARIA CONCEICAO RODRIGUES DE FREITAS
Impresso em 15/10/2014 por ANGELICA DOS SANTOS GOMES

os pagamentos dos prêmios decorrentes das apostas. Ressalte-se ainda que nenhuma dessas operações encontra-se espelhada nos registros contábeis da fiscalizada.

Considerando que a atividade de exploração de jogos eletrônicos se mantém através das apostas realizadas e que as saídas de máquinas corresponderam a mais de 70% dessas apostas em 2004 e mais de 60% em 2005, não se sustenta o argumento de que todo o percentual decorra de desistência dos apostadores, sem qualquer elemento de prova que o suporte. Não se sustenta também o argumento de que os valores dos prêmios eram de pequena monta para que houvesse seu controle, pois a própria atividade é baseada em apostas das quais decorra o pagamento de prêmios, sem os quais a própria atividade perderia todo o seu sentido. Assim, concluímos que as ditas saídas de máquinas nada mais são do que pagamentos dos prêmios decorrentes das apostas realizadas no período.

Sobre os prêmios decorrentes de apostas efetuadas através de jogos eletrônicos incide o Imposto de Renda na Fonte, os quais não foram recolhidos aos cofres do tesouro nacional.

Os valores dos prêmios pagos em espécie aos apostadores estão sujeitos a incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, a alíquota de 30%. Tendo em vista que os valores dos prêmios distribuídos foram levantados tomando-se por base as "saídas de máquinas", constantes dos Relatórios de Controle de Máquinas apresentados pela empresa e que a mesma, apesar de intimada alegou não possuir controle dos mesmos, não foi possível a identificação dos beneficiários dos prêmios, caracterizando-se a hipótese de pagamento a beneficiário não identificado.

Para a apuração do Imposto de Renda Retido na Fonte devido, os valores pagos a beneficiários não identificados foram considerados líquidos, tendo sido efetuado o reajustamento da respectiva base de cálculo. Sobre a base reajustada foi aplicada a alíquota de 35%, exclusivamente na fonte, na forma ..., conforme demonstrativo "levantamento do IRFONTE sobre Pagamento a Beneficiário não Identificado".

A fiscalização também lança IRRF sobre outra situação. Diz que a fiscalizada não comprovou a entrega de recursos relativos a suprimento de numerário em 2004, lançados no seu livro caixa. Conclui que, frente à não comprovação da origem desses recursos, os lançamentos contábeis que registram o pagamento desses suprimentos configuram pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado. Ainda informa que foram contabilizadas diversas entradas de numerário tendo por origem empréstimos feitos por empresas ligadas ou por sócios. Explica que, como essas operações não foram comprovadas, os pagamentos desses empréstimos, registrados em 2005, 2006 e 2007, eles são considerados pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado. Diz juntar tabela onde discrimina a cobrança do IRRF decorrente, denominada de "Levantamento do IR incidente sobre Pagamentos Sem Causa/Operações não Comprovadas".

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/08/2013 por MARIA CONCEICAO RODRIGUES DE FREITAS
Impresso em 15/10/2014 por ANGELICA DOS SANTOS GOMES

A fiscalização explica que as infrações acima descritas foram verificadas com base na auditoria de livros e documentos do contribuinte. Lembra que diversos livros e documentos, apesar de solicitados, não foram apresentados pela empresa. Diz que recebeu diversos documentos apreendidos pela polícia na operação "zebra" e que analisou este material.

Informa que o contrato social da autuada registra como sócios: Marcelo Calado França e Cleber Coutinho Maranhão. Diz que estas pessoas não compõem o quadro social das outras empresas do grupo "Sonho Real". Explica que material apreendido pela polícia informa que a MCCM faz parte do grupo e que Marcelo e Cleber são identificados nos documentos apreendidos como "gerentes de rua". Lembra que, conforme a contabilidade da MCCM, Marcelo e Cleber teriam suprido a empresa de elevadas quantias, cuja comprovação a empresa não conseguiu demonstrar. Adiciona que as declarações de pessoas físicas deles não registram estes empréstimos e que a contabilidade da MCCM registra diversos empréstimos que teriam feitos por outras empresas do grupo. Conclui que, apesar do aspecto formal do contrato social, a MCCM faz parte do grupo "Sonho Real", havendo indícios de interposição de pessoas.

Diz que nos termos lavrados pela polícia foram relacionadas diversas máquinas de jogo (vídeo poker, vídeo bingo, new fruit), máquinas eletrônicas de cartão para rede wireless, máquinas modelo super bola, modelo SB, modelo NF, modelo gold poker e mini bingo. Informa que, dentre os documentos apreendidos, consta uma pasta denominada "comissões VEGAS". Diz existirem nessa pasta relatórios de controle de máquinas "*denominados de 'Entrada Dados Máquinas', onde se encontram demonstrados os valores das 'Entradas de Máquinas', das 'Saídas de Máquinas', e os 'Resultados', sendo calculadas em separado (fita de máquinas) as Comissões pagas a 'VEGAS'*". Afirma que as comissões correspondem a 4% da coluna "Resultado", que é a diferença entre as colunas "Entradas de Máquinas" e "Saídas de Máquinas". Explica que esta relação percentual entre as comissões pagas a "Vegas" e o resultado ocorre nas outras empresas do grupo e que quem recebe as comissões é a empresa Rio Claro Tecnologia. Afirma que encontrou notas fiscais da empresa VWG Tecnologia Ltda em valores correspondentes às comissões pagas pela MCCM, mas que os cheques e comprovantes de transferência bancária mostram que os pagamentos foram para a Rio Claro Tecnologia. Esclarece que de janeiro a julho de 2006 as comissões foram pagas pela MCCM e que depois passaram a serem pagas pela SRM Sistemas Recifense de Máquinas Ltda. Informa que o cálculo das comissões estão demonstrados nas planilhas "Levantamento das Comissões Calculadas (VEGAS)" e as comissões pagas estão na planilha "Levantamento das Comissões Pagas a VEGAS".

Explica que, como já descrito, "*as 'Entradas de Máquinas' correspondem às apostas realizadas e nada mais são do que a receita da exploração da atividade de vídeo loteria pela fiscalizada e as 'Saídas de Máquinas'' correspondem aos pagamentos dos prêmios decorrentes das apostas bem sucedidas*". Diz que "*as saídas de máquinas assim entendidas como pagamentos dos prêmios decorrentes das apostas bem sucedidas não foram submetidas ao pagamento do imposto de renda na fonte conforme determina a legislação vigente*". Diz que como os valores de saídas de máquinas, para o ano de 2006, foram levantados a partir dos relatórios de Controle de Máquinas apreendidos na operação zebra, não foi possível a identificação dos beneficiários, caracterizando o pagamento para beneficiário não identificado. Informa que fez a recomposição da base de cálculo e que aplicou a alíquota de 35%, conforme demonstrativo "Levantamento do IRFONTE sobre Pagamento a Beneficiário não Identificado".

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/08/2013 por MARIA CONCEICAO RODRIGUES DE FREITAS
Impresso em 15/10/2014 por ANGELICA DOS SANTOS GOMES

A fiscalização explica que a empresa deixou de recolher IRF sobre o pagamento das premiações decorrentes de apostas e sobre os pagamentos contabilizados sem comprovação da operação que deu causa. Lembra que existem fortes indícios de intermediação de pessoas no quadro social. Conclui que os fatos podem configurar crime contra a ordem tributária e que cabe a aplicação da penalidade prevista no art. 957, inciso II, do RIR/1999. As planilhas mencionadas são juntadas (proc. fls. 71 a 76 e 80 a 83).

Em 10/01/2010, o contribuinte apresenta impugnação (proc. fls. 1233 a 1278). Explica que "*foram consideradas como receitas próprias da impugnante a movimentação aferida junto às máquinas de vídeoloteria exploradas pelo grupo 'Sonho Real', bem como as comissões auferidas diretamente pela impugnante por meio da venda de bilhetes lotéricos*".

Alega que a autuação é nula porque a fiscalização foi encerrada em 11/12/2009, mas não foram devolvidos os documentos exigidos pelo Fisco e os documentos apreendidos pela polícia, apesar das diversas solicitações feitas à Delegacia da Receita Federal para a liberação ou fornecimento de cópia. Informa que apenas em 17/12/2009 a Receita forneceu os documentos. Diz que solicitou reabertura do prazo de impugnação a contar do dia da devolução, mas o pedido foi denegado. Afirma que isso caracteriza cerceamento de defesa e junta jurisprudência administrativa que diz ser favorável ao seu argumento.

Explica que a fiscalização cobrou IRF sobre os valores das "Saídas de Máquinas", por entender que se tratava de prêmios pagos em dinheiro pelas máquinas. Diz que a base legal citada pelo Fisco (art. 674 do RIR/1999) não é aplicável ao caso e que, pela tese da fiscalização, deveriam ter sido aplicados os arts. 676 e 677 do RIR/1999, que são específicos para pagamento de prêmios. Informa que os arts. 676 e 677 do RIR/1999 prevêem alíquotas de 30% e 20% e não a considerada pela fiscalização. Cita jurisprudência administrativa que diz anular lançamentos semelhantes e diz que o Parecer Cosit nº 2, de 30 de março de 2001, informa que o jogo de bingo se enquadra como sorteio de qualquer espécie e sujeita-se aos arts. 676 e 677 do RIR/1999, o que demonstra que os dois artigos valem para a videoloteria. .

Diz que "*os valores integrantes da listagem 'Saídas de Máquinas' não constituem, em sua integralidade, pagamento de prêmio em dinheiro ao apostador, já que significante parcela da referida movimentação financeira refere-se a apostas bem sucedidas transformadas em créditos para novos jogos nas máquinas de videoloteria*". Esclarece que "*os dados que compõem as 'Saídas de Máquinas' não podem ser caracterizados exclusivamente com pagamento em dinheiro, já que variados prêmios (=saídas) são pagos por meio de bens e serviços (créditos outorgados aos apostadores bem sucedidos para novos jogos)*".

Alega que a base reajustada, utilizada pelo Fisco para cálculo do IRF, é maior que os ingressos ('Entradas de Máquinas'), o que implicaria em supor que as máquinas distribuem mais prêmios do que arrecada. Afirma que "*sendo óbvio que parcela dos prêmios distribuídos pelas máquinas de videoloteria é em forma de créditos, deve-se admitir a premissa de que as 'Saídas de Máquinas' não são representativas, apenas, de pagamento de prêmio em dinheiro*". Informa que a incidência do art. 674 do RIR/1999 pressupõe que o pagamento do tenha sido em dinheiro, mas que no caso concreto ficou demonstrado que a premiação não era necessariamente em dinheiro. Cita jurisprudência administrativa que entende favorável ao seu ponto de vista e afirma que não era possível o reajustamento da base de cálculo.

Destaca que o §1° do art. 676 prevê que só há a incidência do dispositivo para premiações pagas em dinheiro e superiores a R$ 11,10. Diz que a fiscalização adotou como

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/08/2013 por MARIA CONCEICAO RODRIGUES DE FREITAS
Impresso em 15/10/2014 por ANGELICA DOS SANTOS GOMES

base de incidência, referente ao IRF sobre premiação, a totalidade dos valores informados no relatório 'Saída de Máquina'. Diz que é possível extrair relatório individualizado de cada máquina indicando o valor de cada premiação. Alerta que o valor da aposta nas máquinas são de R$ 0,10 ou R$ 0,25 e que o prêmio pode ser de 1, 4, 100, ou 1000 vezes o valor da aposta. Informa que as máquinas de videoloteria foram periciadas pelo INEP e outro instituto, constando o seguinte:

> *... 66,2642% das jogadas são objeto de premiação, sendo 25,3274% das jogadas (16,7830% do total de jogadas) na primeira faixa de premiação (1 vez o valor da aposta); 72,4373 das jogadas (48% do total de jogadas) na segunda faixa de premiação (4 vezes o valor da aposta); 2,2238% das jogadas (1,4736% do total de jogadas) na terceira faixa de premiação (100 vezes o valor da aposta); e, finalmente, 0,0115% das jogadas (0,0076% do total de jogadas) na quarta e última faixa de premiação (1000 vezes o valor da aposta)*

Alega que é absurdo tributar a totalidade de premiações, quando estatisticamente apenas 2,2353% das apostas premiadas estariam sujeitas à incidência do IRF, pois superiores a R$ 11,10. Informa que as máquinas estavam apreendidas, em poder da polícia, devendo serem levadas à perícia para comprovar as conclusões do laudo do citado e indica assistente técnico.

Quanto ao IRF sobre pagamentos sem causa ou operações não comprovadas, diz que é "*contraditória a postura adotada pela Fiscalização, pois considera o caso subsumido ao § 1º do art 674 do RIR/99 justamente porque não há prova da entrega dos recursos aos terceiros*". Explica que, "*se a própria Autuação não reconhece a existência da entrega dos recursos decorrentes dos empréstimos em tela, não há espaço para o lançamento do IRRF na forma determinada pelo § 1º do art. 674 do RIR/99, vez que ausente o requisito material (existência de pagamento/entrega do recurso) exigido pela hipótese normativa*". Esclarece que "*se a operação é questionada justamente ante a ausência de prova da efetiva entrega do valor do empréstimo, não há como considerar que houve pagamento a beneficiário não identificado*". Adiciona que os beneficiários são identificados e foram apresentados os contratos de mútuo. Transcreve jurisprudência administrativa que diz ser favorável ao seu argumento.

Afirma que não cabe a multa de 150%, pois não há prova da intenção de fraudar a Fazenda. Explica que o simples descumprimento de obrigação não é o suficiente para tipificação penal. Diz que não foi demonstrado o elemento subjetivo da multa. Cita jurisprudência administrativa.

Em 09/12/2010, a 3ª Turma da RDJ em Recife rejeita a preliminar de nulidade e considera improcedente a impugnação (proc. fls. 1313 a 1323).

Quanto à alegação de nulidade, diz não haver prova nos autos das alegações do contribuinte de ter solicitado os documentos e destes não terem sido entregues. Adiciona que a apresentação de prova deve ser feita na entrega da impugnação e por isso não haveria prejuízo ao contribuinte. Complementa dizendo que a defesa foi completa e minuciosa, o que demonstra não ter havido prejuízo ao contribuinte. Esclarece que os livros Razão e Diário foram devolvidos antes da lavratura dos autos. Diz que se algum documento apreendido pela

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/08/2013 por MARIA CONCEICAO RODRIGUES DE FREITAS
Impresso em 15/10/2014 por ANGELICA DOS SANTOS GOMES

polícia, por hipótese, não devolvido, isto não afetou a defesa. Argumenta que o prazo do art. 15 do Decreto nº 70.235, de 1972, é peremptório.

Quanto ao IRF por pagamento para beneficiários não identificados, informa que "*para que uma norma pudesse ser considerada como especial, portanto, nos termos da ressalva da parte final do art. 674 do RIR, de 1999, deveria, necessariamente, tratar de pagamento a beneficiário não identificado efetuado por pessoa jurídica, que é a regra geral de incidência do IRRF prevista no dispositivo*". Explica que os arts. 675 e 677. apesar de tratarem de IRF sobre prêmios de vídeo loteria, não são regras especiais nos termos do art. 674, pois não se trata de pagamento a beneficiário não identificado. Diz que, desta forma, não procede a alegação de erro na base legal e nem a alegação da isenção prevista no § 1º do art. 676 do RIR/1999.

Alega que o contribuinte não comprovou que parte dos valores relativos às 'Saídas de Máquinas' correspondem a créditos dos apostadores ou de que trata-se de desistência. Conclui que prevalece o entendimento da fiscalização de que a totalidade dos valores das saídas de máquinas corresponde a pagamentos de prêmios. Diz que se parte dos valores de saída correspondesse a créditos convertidos em novas apostas, isso apenas mostraria o pagamento de prêmio em fase anterior.

Diz que a administração não pode fazer juízo de constitucionalidade de lei, de modo que não pode afastar a incidência da lei por considerar prejudicado o princípio da capacidade contributiva. Explica que a perícia pedida pelo contribuinte é desnecessária para a solução da lide e por ser improvável que o exame das máquinas possa identificar os ganhadores dos prêmios ou apontar desistências ou reaproveitamento dos créditos.

Quanto ao IRF por pagamento sem causa, diz que o argumento da defesa não procede. Informa que "*o lançamento não se deu à conta de não ter havido 'prova de entrega de recurso a terceiros'*", mas sim pela não comprovação das causas ou operações registradas. Explica que os pagamentos que suscitaram o lançamento de IRF estão registrados na contabilidade e que o fato da causa do ingresso do numerário não ter sido comprovada pelo contribuinte não refuta os registros de saída da conta caixa.

Quanto a multa de 150%, diz que a fiscalização demonstrou "*a intenção deliberada do contribuinte no sentido de ocultar do fisco a ocorrência do fato gerador do tributo em discussão*".

O acórdão foi cientificado por via postal em 08/06/2011 (proc. fl. 1328). Em 1/07/2011, o contribuinte apresenta recurso voluntário (proc. fls. 1329 a 1376), onde repete seus argumentos. Adiciona que o indeferimento do pedido de perícia implica em cerceamento do direito de defesa, pois pela perícia o contribuinte pretendia comprovar o percentual de prêmios fora da faixa de isenção.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/08/2013 por MARIA CONCEICAO RODRIGUES DE FREITAS
Impresso em 15/10/2014 por ANGELICA DOS SANTOS GOMES

Voto

CÓPIA

Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro.

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Preliminarmente, cabe analisar se o auto de infração é nulo, como sustenta o contribuinte.

No que tange à alegação de nulidade por redução do prazo de defesa, em razão do auto de infração ter sido cientificado no dia 10/12/2009 e dos documentos só terem sidos disponibilizados em 17/12/2009, cabe algumas ponderações relativas ao caso em concreto.

Inicialmente é preciso considerar que parte da autuação foi feita com documentos e livros fornecidos pelo contribuinte, e que os fatos tributáveis foram descritos em detalhes no auto de infração. Portanto, a indisponibilidade de tais documentos não causa prejuízo para a defesa nesta parcela da autuação.

Já quanto àquela parte da autuação que tomou por base os mapas apreendidos, denominados de "*Entrada Dados Máquinas*", em que pese que o contrato social da autuada não demonstre a conexão entre ela e as empresas do grupo "Sonho Real", os fatos levantados pela fiscalização comprovam a forte ligação entre a empresa e o grupo. Deste modo, também quanto a estes documentos, não cabe a alegação de que são desconhecidos do contribuinte. Ademais, os dados destes documentos, tomados pela fiscalização para formular a autuação, foram transcritos no termo de verificação. Assim, também aqui não há dano para a defesa.

Além destes aspectos, já suficientes para afastar a nulidade, apesar do contribuinte afirmar que solicitou insistentemente a devolução dos documentos (o que demonstraria que considerava importante a posse dos documentos para efetuar sua defesa), ele não apresenta nenhum elemento destes pedidos ou da negativa de atendimento.

Isso sem falar que o contribuinte não informa se os documentos, cuja indisponibilidade entre o dia 11 e o dia 17 de dezembro o teria prejudicado, estão ou não nos autos, bem como não comprova que também os autos ficaram indisponíveis até o dia 17 de dezembro.

Ainda, se percebe no caso em concreto que a impugnação do contribuinte logrou fazer uma defesa bastante completa, quer nos aspectos fáticos, quer nos aspectos jurídicos. Isso demonstra que o lapso da fiscalização na devolução dos documentos não trouxe prejuízo para a defesa.

Por último, não passa em branco que a defesa do contribuinte apresentada na impugnação e apresentada no recurso voluntário tocam exatamente os mesmos pontos, o que demonstra que não houve qualquer prejuízo na devolução dos documentos após o encerramento da fiscalização.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/08/2013 por MARIA CONCEICAO RODRIGUES DE FREITAS
Impresso em 15/10/2014 por ANGELICA DOS SANTOS GOMES

Assim, frente às características do caso em concreto, a devolução dos documentos 6 dias após a ciência da autuação, não implica em nulidade.

No que tange à alegação de nulidade por denegação do pedido de perícia, também não tem razão o contribuinte. Conforme o art. 29 do Decreto nº 70.235, de 1972, a autoridade julgadora é livre para formular seu juízo de convicção. Portanto, o fato da turma julgadora decidir que a perícia não é necessária, não implica em nulidade.

Assim, voto por rejeitar a preliminar de nulidade.

Quanto ao mérito, o lançamento se divide na cobrança de IRF por duas situações: 1º) IRF por pagamento para beneficiários não identificados, lançados sobre o que a fiscalização entendeu ser o montante de prêmios pagos; e 2º) IRF por pagamentos sem causa ou cuja a operação não foi comprovada, lançado sobre a devolução de empréstimos e suprimentos registrados na contabilidade, cujas operações a fiscalização considerou que o contribuinte não comprovou.

Iniciando a análise pelo lançamento de IRF por pagamento a beneficiários não identificados, cabe destacar que estão alcançados tanto os prêmios apurados com base em documentos fornecidos à fiscalização pelo contribuinte, como os prêmios apurados com base em documentos apreendidos pela polícia. Em ambos os casos, a apuração é feita a partir de mapas de controle de máquinas de jogo e a tese da fiscalização é a mesma.

A fiscalização rejeita as explicações do contribuinte de que os valores indicados nos mapas como "saídas de máquinas" consignam a desistência dos apostadores e refuta a informação de que os prêmios seriam em valores de pequena monta, argumentando que: 1) o contribuinte não provou que as "saídas de máquinas" registravam desistências; 2) o total anual registrado como "saídas de máquinas" é um valor expressivo; 3) o contribuinte não apresentou documento de controle de pagamento de prêmios; 4) os pagamentos de prêmios não estão registrados na contabilidade. A partir deste ponto, a fiscalização sustenta que as "saídas de máquinas" registram os prêmios pagos e que, como a empresa não consegue identificar os beneficiários, cabe a cobrança de IRF sobre pagamento para beneficiários não identificados incidente sobre o valor total das "saídas de máquinas" reajustado.

Fica evidente que o lançamento do IRF sobre pagamento a beneficiários não identificados está baseado em uma inferência da fiscalização. Esta inferência tem como ponto de partida os mapas e pretende se sustentar pela desconsideração da explicação dada pelo contribuinte para os valores de saídas. Resta então verificar qual a força da conexão entre o fato verificado (informações dos mapas) e o fato presumido (que o total dos valores de saídas correspondem aos prêmios pagos). Ou seja, saber o grau de probabilidade do fato presumido ocorrer frente ao fato comprovado. Dependendo da probabilidade de relação entre os fatos, a refutação da presunção precisará de um argumento mais ou menos forte do que a explicação apresentada pelo contribuinte e desconsiderada pelo Fisco.

Como visto, os mapas indicam, por máquina, os valores de entrada, de saída, e a diferença, totalizando cada coluna ao final do mês (proc. fls. 553 a 664). Porém, apenas com base nessas informações não se pode concluir com um mínimo de segurança que as "saídas de máquinas" representam os prêmios pagos. Isso porque, dependendo do funcionamento das máquinas, os valores registrados como saídas de máquinas podem ou não corresponder aos prêmios pagos.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/08/2013 por MARIA CONCEICAO RODRIGUES DE FREITAS
Impresso em 15/10/2014 por ANGELICA DOS SANTOS GOMES

Por exemplo, se as máquinas funcionassem com moedas ou fichas, e para cada aposta fosse necessário inserir uma moeda (entrada), seria presumível que as saídas refletissem os prêmios pagos. Mesmo assim, não seria possível dizer o montante de cada prêmio, já que os valores de saída de cada máquina indicados nos mapas são mensais e não por aposta.

Já se as máquinas funcionassem com créditos comprados, e para cada aposta fosse usada uma parcela do crédito, não há como dizer o quanto dos valores de saídas correspondem à desistência dos apostadores e o quanto correspondem a premiação.

Para tentar fazer qualquer inferência sobre o significado das "saídas de máquinas" seria preciso conhecer o mecanismo/funcionamento das máquinas. Sem esta informação qualquer juízo sobre a premiação, a partir dos mapas, é um mero palpite.

Por isso, a interpretação adotada pela fiscalização foi precipitada. O Fisco deveria ter entendido o funcionamento das máquinas para verificar se este funcionamento era compatível com a afirmação de que as saídas representam os prêmios. Mas, a fiscalização não fez este trabalho e a relação entre o fato que presumiu e o fato que demonstrou é quase que inexistente. Inclusive, vale registrar que a pesquisa sobre as máquinas não foi feita por decisão da fiscalização, já que constam do processo laudos sobre o funcionamento das máquinas, juntados pela própria fiscalização (proc. fls. 1288 e seguintes), mas não considerados no relatório fiscal.

Enfim, a fiscalização deveria ter aprofundado sua investigação, antes de optar por uma tese que não encontra fundamento nos fatos comprovados. Assim, nos termos da auditoria efetuada, não há como afirmar qual seja o valor total dos eventuais prêmios e muito menos o valor individual. Portanto, o lançamento é improcedente.

De outra banda, o contribuinte informou que as saídas registravam as desistências ou, ao menos, em parte, registravam as desistências. Esta explicação foi afastada pela fiscalização com o argumento de que o contribuinte não apresentou provas do que afirmou. Mas, enganou-se a fiscalização ao supor que a falta de comprovação da versão do contribuinte libera o Fisco de comprovar sua própria versão sobre os fatos tributáveis. Mesmo frente a falta de provas do contribuinte sobre os fatos que alega, o Fisco têm de comprovar os fatos que diz existirem e que sustentam o lançamento. Sem isso, o lançamento é improcedente.

Ainda cabe registrar outro juízo inadequado feito pela fiscalização, para efetuar o lançamento. O contribuinte explicou que os prêmios eram em valores pequenos e a fiscalização desconsiderou a explicação com a simples alegação de que a soma mensal da saída de todas as máquinas de todos os mapas era significativa. Ora, é evidente a falta de sentido no discurso da fiscalização e um lançamento não pode se manter com base em tal tipo de argumentação.

Finalmente, cabe destacar que a autoridade fiscal sequer indica a localização dos documentos mencionados nos autos, apesar de ter juntado mais de 1200 folhas ao processo. Além disso, a fiscalização adota como sendo da empresa mapas que indicam pertencerem a outras pessoas (Terceirizados, Sonho Real, a Loja Guararap), sem qualquer explicação para imputar estes fatos à empresa. Isso sem falar que os mapas apreendidos são atribuídos ao contribuinte sem apresentação de qualquer justificativa que corroborasse a titularidade. Estas circunstância todas tornam mais frágil ainda o lançamento que, pela razões anteriores, já seria improcedente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/08/2013 por MARIA CONCEICAO RODRIGUES DE FREITAS
Impresso em 15/10/2014 por ANGELICA DOS SANTOS GOMES

Por todas estas razões, voto por considerar procedente o recurso voluntário quanto a esta parte do lançamento.

Quanto ao IRF por pagamentos sem causa ou cuja operação não foi comprovada, está correta a fiscalização.

De fato, restou demonstrado que existem suprimentos e empréstimos registrados na contabilidade que implicam em ingressos de recursos na empresa. Intimado a comprovar estas operações, o contribuinte apenas apresentou cópia dos livros das empresas que teriam feito os empréstimos, sem comprovar a efetiva movimentação financeira. Ou seja, não houve a demonstração de saída de recursos da conta bancária das pessoas que aportaram o dinheiro e nem a comprovação de ingresso na conta bancária da autuada, ou outra qualquer demonstração das operações. Por isso, a fiscalização considerou as operações não comprovadas e entendeu que se tratavam de receitas omitidas.

Na seqüência, a fiscalização observou na contabilidade da empresa que os suprimentos e empréstimos eram quitados e, considerando que a operação original não foi comprovada, afirmou que tais pagamentos eram pagamentos sem causa. Já o contribuinte, para se defender, apenas alega não haver lógica no raciocínio da fiscalização, deixando de comprovar a causa .

Nessas circunstâncias, tem-se que a contabilidade registra uma saída de numerário da empresa, mas que a causa apontada não é comprovada. Portanto, correta a fiscalização em efetuar a exigência do IRF.

Assim, voto pela improcedência do recurso voluntário quanto a esta parcela da lide.

Em resumo, voto por rejeitar a preliminar de nulidade para dar provimento parcial ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, 6 de março de 2013.

Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 29/08/2013 por MARIA CONCEICAO RODRIGUES DE FREITAS
Impresso em 15/10/2014 por ANGELICA DOS SANTOS GOMES