



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS**

**Processo n°** 10920.003482/2006-25  
**Recurso n°** 165.471 Especial do Contribuinte  
**Acórdão n°** **9101-001.845 – 1ª Turma**  
**Sessão de** 10 de dezembro de 2013  
**Matéria** IRRF  
**Recorrente** American Indústria e Comércio de Equipamentos Eletrônicos Ltda.  
**Interessado** Fazenda Nacional..

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

NULIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO PELA CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS. EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS.

Ato administrativo (lançamento) eivado do vício de ilegalidade deve ser anulado pela Administração, como determina o art. 53 da Lei nº 9.784, de 1999. Nulidade do ato administrativo é matéria de ordem pública, e como tal pode ser conhecida de ofício em sede de recurso especial, quando ultrapassado o conhecimento, à luz do efeito translativo dos recursos.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. ADOÇÃO DE CRITÉRIO DE APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO VEDADO POR LEI.

É nulo o lançamento que não observou a lei, no que se refere à apuração da base de cálculo.

PAGAMENTOS DE PRÊMIOS A APOSTADORES NÃO IDENTIFICADOS DE VIDEOLOTERIAS. INCIDÊNCIA ESPECÍFICA PREVISTA NO ART. 674 DO RIRI/90 (14 DA LEI Nº 4.506/64).

Os prêmios pagos por meio de máquinas caça-níquel estão enquadrados como sorteios de qualquer espécie, e sua premiação em dinheiro se sujeita à incidência do imposto sobre a renda na fonte, com alíquota de 30%, nos termos do artigo 676 do Regulamento aprovado pelo Decreto 3.000, de 1999. Incabível a classificação de pagamentos da espécie nas hipóteses prevista no *caput* no artigo 674 do mesmo Regulamento, que expressamente ressalva o disposto em normas especiais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª Turma da CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS, quanto à matéria de ordem pública alegada, por maioria dos votos, recurso conhecido. Vencidos os Conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão, Karem Jureidini Dias, Susy Gomes Hoffmann e Otacilio Dantas Cartaxo. 2) Em relação ao lançamento do IRPJ e CSLL, por maioria dos votos, DAR provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão. 3) Quanto ao Imposto de Renda Retido na Fonte objeto do recurso especial. Por maioria dos votos, recurso provido, vencido o Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão. Fizeram sustentação oral a patrona da recorrente, Dra. Mary Elbe Queiroz, OAB-PE n.º 25620 e o Procurador da Fazenda Nacional, Paulo Roberto Riscado Junior.

(documento assinado digitalmente)

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

Presidente

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo, Marco Aurélio Pereira Valadão, José Ricardo da Silva, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, Karem Jureidini Dias, Paulo Roberto Cortez (Substituto), Valmar Fonseca de Menezes, Valmir Sandri, Jorge Celso Freire da Silva e Suzy Gomes Hoffmann.

## Relatório

Em sessão plenária de 01 de setembro de 2010 a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, analisando recursos voluntário e de ofício em face de decisão da 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba, nos autos do presente processo, por unanimidade de votos, deu provimento parcial ao recurso de ofício para restabelecer a exigência de imposto de renda retido na fonte, com multa de 75%, conforme Acórdão 1301-00.378 que, quanto a esta matéria, encontra-se assim ementado:

*PAGAMENTOS DE PRÊMIOS A APOSTADORES NÃO IDENTIFICADOS DE VIDEOLOTERIAS. INAPLICABILIDADE DA INCIDÊNCIA ESPECÍFICA.*

*Correta a tributação do imposto incidente na fonte sobre pagamentos a beneficiários não identificados com base no art. 674 do RIR/99, ainda que não haja dúvidas sobre a causa dos pagamentos, consistente em prêmios pagos a apostadores em máquinas de videoloteria. O fato de haver previsão específica para essa incidência não faz com que seja aplicável se os beneficiários dos pagamentos não são identificados.*

Tempestivamente, o contribuinte ingressou com Recurso Especial, argumentando existir jurisprudência no sentido de que a distribuição de prêmios de videoloterias está sujeita a tributação exclusiva na fonte, prevista no art. 676 do RIR/1999.

Como paradigmas, indica o Acórdão nº 104-22.882, de 06/12/2007 e o Acórdão nº 102-48.066, de 09/11/2006.

Acórdão nº 104-22.882

*DISTRIBUIÇÃO DE PRÊMIOS DE VÍDEO LOTERIA REGIME DE TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA DE FONTE RESPONSÁVEL PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SUJEITO PASSIVO*

*O sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de responsável pela retenção e recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte incidente sobre a distribuição de prêmios, nas atividades de apostas em videoloteria, é a fonte pagadora.*

Acórdão nº 102-48.066

*JOGOS DE BINGO — ENQUADRAMENTO Os jogos de bingo estão enquadrados como sorteios de qualquer espécie e sua premiação em dinheiro se sujeita à incidência do imposto sobre a renda na fonte, com alíquota de 30%, nos termos do artigo 676 do RIR, de 1999. Quando a premiação se der mediante entrega de bens, há incidência do imposto sobre a renda na fonte, com alíquota de 20%, conforme previsto no artigo 677 do RIR, de 1999. Incabível reajustamento da base de cálculo que só é aplicável nas hipóteses previstas no artigo 674 do Decreto nº 3.000, de 1999.*

O recurso foi admitido ao fundamento de que a divergência restou configurada porque os acórdãos paradigmas trazem o entendimento de que a distribuição de pagamentos de prêmios de videoloterias/bingos está sujeita à tributação exclusiva de fonte prevista no art. 676 do RIR/1999, enquanto o acórdão recorrido adota o entendimento de que, não tendo sido identificados os beneficiários, deve incidir o IRRF sobre os pagamentos de prêmios de videoloterias nos moldes previstos no art. 674 do RIR/1999.

Em contrarrazões, a Procuradoria da Fazenda Nacional suscita a preliminar de não conhecimento do recurso, alegando falta de demonstração da divergência jurisprudencial.

Argumenta a Fazenda Nacional que o primeiro acórdão paradigma apresentado, de nº 104-22.882, não analisa a hipótese de pagamentos realizados a beneficiários não identificados, ponto nodal para diferenciar a aplicação dos arts. 674 e 676 do RIR. E que o segundo acórdão paradigma, de nº 102-48.066, também não serve como divergência, eis que trata de hipótese fática diversa, pois analisa a regra aplicável para cobrança de IRRF no caso de pagamentos realizados em jogos de bingo, hipótese diversa da analisada no presente feito, que trata da exigência de IRRF em relação aos prêmios de videoloteria.

Em Memorial, a Recorrente suscita, entre outras questões, a existência de ilegalidade na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL com base no lucro presumido,

quando os valores tidos como omitidos na autuação são superiores ao limite previsto no art. 13 da Lei nº 9.718/98, obrigando a apuração pelo lucro real. Pondera a Recorrente tratar-se de matéria de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz em qualquer fase processual.

É o relatório.

### Voto

Conselheiro VALMIR SANDRI, Relator.

Preliminarmente, trago a apreciação desta C. Turma matérias de ordem pública suscitadas pela Recorrente trazida em memorial, qual seja: Ilegalidade na Apuração da Base de Cálculo, Ilegitimidade Passiva e Ilegal arbitramento da Base de Cálculo, as quais não se encontram pré-questionadas no seu recurso especial em relação as exigências do IRPJ e da CSLL, ou seja, embora referidas exigências encontram-se inclusas no presente processo, o recurso especial diz respeito tão somente a exigência do Imposto de Renda Retido na Fonte.

A questão que surge é, pode essa C. Turma conhecer de ofício questões de ordem pública de matérias não ventiladas no recurso especial, aplicando-lhes os efeitos translativos?

Quanto a essa indagação, respondo afirmativamente, eis que, conhecido o recurso, mesmo que em relação a matéria diversa, fica este Tribunal Administrativo livre para apreciar as questões de ordem pública, bem como outras objeções, quando do julgamento do recurso. O que não pode ocorrer é este tribunal detectar este vício tão somente para admitir o recurso ou para decretar a ilegalidade da decisão recorrida, se ela não tivesse expressamente elencada como tal e devidamente prequestionada.

Ademais, não há qualquer dispositivo legal que impeça o conhecimento das matérias de ordem pública em sede de recursos de natureza excepcionais.

A verdade é que, questões de ordem pública que refletem a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, são imperativos que devem ser reconhecidos de ofício pelo julgador, para que se tenha a correta prestação jurisdicional por parte do Estado-juiz, pois tem como escopo a preservação e a manutenção da estabilidade do ordenamento, além de conferir segurança aos litigantes e o acesso à ordem jurídica justa.

De se registrar ainda que as chamadas matérias de ordem pública têm um regime bastante flexível, porque não se sujeitam a preclusões (podem ser alegadas a qualquer tempo ou grau de jurisdição) e podem até mesmo influenciar decisivamente na (de)formação da coisa julgada.

Assim, colocada a questão acima, voltamos à primeira questão de ordem pública suscitada pela Recorrente, qual seja, ILEGALIDADE NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

Como registrado no relatório, em memorial e em sustentação oral a Recorrente suscita a nulidade do lançamento por violação da legalidade no que diz respeito à determinação da base de cálculo. Isso porque, ao constatar que a receita auferida pelo

contribuinte é superior ao limite previsto na lei para a sujeição à tributação pelo lucro presumido, a autoridade fiscal estava obrigada a efetuar o lançamento com base no lucro real.

Assim, preliminarmente, há que se analisar a possibilidade de se conhecer esse questionamento, não suscitado nas instâncias inferiores, já em sede de recurso especial.

Inicialmente, é de se ter em conta que, conforme definido no parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional, o lançamento é atividade administrativa vinculada. Assim, na prática dessa atividade, que compreende a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido, a identificação do sujeito passivo e aplicação da penalidade cabível, a autoridade administrativa está vinculada ao que prevê a lei.

O processo administrativo fiscal tem por escopo verificar a legalidade do lançamento. Em regra, erro na determinação da base de cálculo não anula o lançamento. Se a base de cálculo foi apurada a maior, cabe ao julgador determinar seu reajuste para adequá-la à lei e aos fatos. Se foi a menor, nada pode fazer o julgador, por faltar-lhe a competência para lançar.

Entre inúmeros outros exemplos, podemos citar a aplicação de coeficiente de arbitramento de lucro inadequado. Se, ao analisar a legalidade do lançamento, como lhe compete, o julgador entende ter havido erro na apuração da base de cálculo por aplicação de coeficiente de arbitramento superior àquele previsto na lei para a atividade do contribuinte, cabe-lhe determinar o ajustamento para menor, provendo em parte o recurso. Isso porque, o lançamento só é definitivo após o julgamento em última instância no processo administrativo.

Contudo, se o julgador não tiver como adequar o lançamento em julgamento à lei, deve anulá-lo, para que outro seja feito dentro do que estabelece a lei, desde que não decaído o direito da Fazenda de procedê-lo.

Nulidade do ato administrativo é, indubitavelmente, matéria de ordem pública, e como tal que pode ser conhecida de ofício em sede de recurso especial.

Assim já decidiu esta CSRF, no Acórdão 9101-001.079, cuja ementa elucida:

*EMENTA: ADE NULO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO PELA CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS. EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS.*

*O Ato Declaratório que exclui o contribuinte do Simples, com base em existência de pendências perante a PGNF, sem especificar quais sejam, encontra-se maculado de nulidade. Matéria, esta, de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício em sede de julgamento de recurso especial.*

No voto condutor do acórdão acima mencionado, a Relatora reporta-se a entendimento do STJ, assentando:

*Neste caso, é irrelevante que a matéria tenha sido pré-questionada perante o órgão julgador a quo, bastando, nos termos do entendimento adotado pelo STJ, que se transponha*

*positivamente o juízo de admissibilidade do recurso especial. Superado o juízo de admissibilidade, o órgão julgador pode conhecer de matéria de ordem pública de ofício, ainda que não alegada pela parte.*

em negrito: E colaciona julgados do STJ, dos quais transcrevo os itens por ela destacados

*AgRg no Ag 1382247/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 26/04/2011*

(...)

*3. A hodierna jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que as matérias de ordem pública podem ser analisadas em sede de recurso especial, quando ultrapassado o conhecimento, à luz do efeito translativo dos recursos. (...)*

*EDcl no REsp 993.364/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 10.2.2009, DJe 25.3.2009.*

(...)

*4. "Quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, o regular processamento da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC, reconhecendo-se o efeito translativo como inerente também ao recurso especial. Inteligência da Súmula 456 do STF e do art. 257 do RISTJ."*

Conforme se depreende dos autos, a questão ora discutida diz respeito ao lançamento de ofício para tributar a omissão de receitas apurada pela fiscalização em relação ao período fiscalizado (anos-calendário de 2001, 2002 e 2003), nos seguintes montantes:

2001	2002	2003
R\$ 64.798.385,23	R\$ 58.336.297,04	R\$ 48.909.834,13

Para esses períodos, a empresa optara pelo lucro presumido, e a fiscalização tributou a receita omitida segundo essa sistemática, observando o que prescreve o art. 24 da Lei nº 9.249/1995, a seguir transcrito:

*Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.*

Por seu turno, alega a interessada que, para a receita apurada pela fiscalização, a lei veda a tributação com base no lucro presumido porque ultrapassado o limite global das receitas por esta forma de tributação, sendo obrigatória a determinação com base no lucro real.

Para os períodos em questão, a legislação que rege a possibilidade de opção pelo lucro presumido (Lei nº 9.718/98, art. 13) tinha a seguinte redação:

**Anos-calendário de 2001 e 2002:**

*Art.13. A pessoa jurídica, cuja receita bruta total, no ano-calendário anterior, tenha sido igual ou inferior a R\$ 24.000.000,00 (vinte e quatro milhões de reais), ou a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) multiplicado pelo número de meses de atividade do ano-calendário anterior, quando inferior a doze meses, poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido.*

*§1º A opção pela tributação com base no lucro presumido será definitiva em relação a todo o ano-calendário.*

(...)

*Art.14. Estão obrigadas à apuração do lucro real as pessoas jurídicas:*

*I- cuja receita total, no ano-calendário anterior, seja superior ao limite de R\$ 24.000.000,00 (vinte e quatro milhões de reais), ou proporcional ao número de meses do período, quando inferior a doze meses;*

Ano-calendário de 2003: Lei nº 10.637/2002, art. 46.

*Art. 46. O art. 13, caput, e o art. 14, I, da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, passam a vigorar com a seguinte redação: Produção de efeito*

*"Art. 13. A pessoa jurídica cuja receita bruta total, no ano-calendário anterior, tenha sido igual ou inferior a R\$ 48.000.000,00 (quarenta e oito milhões de reais), ou a R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) multiplicado pelo número de meses de atividade do ano-calendário anterior, quando inferior a 12 (doze) meses, poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido.*

....."(NR)

*"Art. 14. ....*

*I - cuja receita total, no ano-calendário anterior seja superior ao limite de R\$ 48.000.000,00 (quarenta e oito milhões de reais), ou proporcional ao número de meses do período, quando inferior a 12 (doze) meses;*

....."(NR)

Como não há indicação nos autos da receita bruta auferida no ano-calendário de 2000, não há como invalidar a opção exercida pelo contribuinte para o ano-calendário de 2001, e neste caso não haveria reparo a fazer no lançamento caso os tributos ali exigidos já não tivesse sido fulminado pela decadência.

Isto porque, quando do julgamento do recurso voluntário a Câmara recorrida afastou a qualificação da multa e, em decorrência, reconheceu a decadência do direito de a Fazenda Nacional de constituir créditos tributários de IRPJ e CSLL por fatos geradores ocorridos até, inclusive, o primeiro trimestre de 2002, não havendo, portanto, o que se falar nas referidas exigências para este período (2001).

Para os anos calendário de 2002 e 2003, tendo a receita bruta dos anos-calendário anteriores (2001 e 2002) ultrapassado os limites legais de, respectivamente, R\$ 24.000.000,00 e R\$ 48.000.000,00, a lei veda a tributação com base no lucro presumido, sendo obrigatória a determinação com base no lucro real (ou, na impossibilidade de apuração do lucro real, pelo arbitramento). Portanto, o lançamento com base no lucro presumido está em desacordo com a lei, cabendo seu cancelamento de ofício como determina o art. 53 da Lei n. 9.784, de 1999.

Pelas razões expostas, declaro nulos os lançamentos relativos ao IRPJ e à CSLL relativos aos anos calendário de 2002 e 2003, por estarem em desacordo com a lei.

Passo a analisar o recurso especial, que diz respeito a exigência de imposto de renda na fonte sobre valores pagos a terceiros, que a fiscalização tributou com base no art. 674 do RIR/99 (tributação exclusiva na fonte, à alíquota de 35%, sobre pagamentos efetuados a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais).

O Termo de Verificação Fiscal registra que o contribuinte explora jogos de azar e paga uma quantia, uma comissão, para seus clientes colocarem as máquinas em seus estabelecimentos, e que não registra em sua contabilidade os gastos dos apostadores, o valor dos prêmios distribuídos e o respectivo imposto de renda na fonte sobre os prêmios distribuídos, bem como não identifica os beneficiários dos prêmios distribuídos e sequer efetua o recolhimento do imposto de renda que deveria reter na fonte sobre os referidos prêmios.

A 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba cancelou o lançamento ao fundamento de que “os prêmios pagos por meio de máquinas caça-níquel estão enquadrados como sorteios de qualquer espécie, e sua premiação em dinheiro se sujeita à incidência do imposto de renda na fonte, com alíquota de 30%, nos termos do artigo 676 do RIR, de 1999. Incabível a classificação de pagamentos em espécie nas hipóteses previstas no artigo 674 do Decreto nº 3.000, de 1999.”

Ponderou o Julgador que prolatou o voto condutor da decisão que “existindo certeza absoluta de que o fato gerador do tributo consiste no recebimento de lucros decorrentes de prêmios em dinheiro obtidos em sorteios de qualquer espécie – aí incluídas as máquinas caça-níqueis, e estando essa hipótese sujeita à tributação prevista no art. 676 do RIR/99, a mera circunstância de não terem sido identificados os beneficiários carece do condão de submeter esse fato à tributação encartada no art. 674 do RIR/99, até pela ressalva insculpida no final do artigo, relativamente ao disposto em normas especiais.”

Dado o elevado valor, foi interposto recurso de ofício.

A 1ª Turma de Julgamento da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento deu provimento parcial ao recurso de ofício, restaurando a exigência do Imposto de Renda Retido na Fonte, limitada a multa ao percentual de 75%, com o reconhecimento da decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2001.

A particularidade do caso que orientou a decisão do CARF no sentido de não ser aplicável o art. 676 consistiu na não identificação do beneficiário, como pode ser constatado pelas considerações abaixo, tecidas pelo Relator:

*“ O fato gerador tributário considerado na autuação não foi o recebimento de prêmios pelos clientes apostadores, mas sim o*

*pagamento de prêmios pela pessoa jurídica que explora as máquinas de videoloterias. Isto ficou bastante claro, tanto pelo enquadramento legal da autuação quanto, principalmente, pela descrição dos fatos. À primeira vista, a diferença pode parecer irrelevante, mas não o é.*

*O recebimento de prêmios se situa na ótica do recebedor, do cliente apostador. O valor do prêmio recebido é de tributação exclusiva na fonte, sendo responsável pela retenção e recolhimento a entidade que explorar a loteria. No entanto, o próprio fato de a ótica ser a do recebedor implica a necessidade de que esse recebedor esteja claramente identificado. Inexiste disposição legal que dispense essa identificação. A identificação faz com que o mesmo fato (a transferência de valores do pagador para o recebedor) seja apreciado sob a ótica do recebedor, beneficiário dos recursos e que deve sofrer a retenção do imposto na fonte, de acordo com a norma específica de incidência, variável conforme a causa do pagamento (por exemplo, salários, remuneração por serviços prestados, lucros, prêmios de loteria, ...).*

*Por outra vertente, o pagamento feito se situa na ótica do pagador. Se esse pagamento é feito a beneficiário não identificado, deve se sujeitar à disciplina do art. 674, não cabendo o deslocamento da apreciação para a ótica do recebedor, conforme acima exposto.*

*Lembro, ainda, que o texto legal especifica todo pagamento, sendo irrelevante a causa que possa ter.*

*Acerca da ressalva contida na parte final do caput do art. 674 (... ressalvado o disposto em normas especiais), tenho que se refere não a normas especiais de incidência em função da causa do pagamento, como concluiu a Turma Julgadora em primeira instância, mas sim a normas que permitam, em situações especiais, o pagamento sem a identificação do beneficiário. O caput do artigo não trata em nenhum momento da causa do pagamento, o que somente veio a ser ventilado no parágrafo primeiro. Além disso, aquela linha de raciocínio conduziria à conclusão, errônea, a meu ver, de que sempre que a causa do pagamento estivesse perfeitamente configurada e para ela houvesse previsão específica de incidência do imposto de renda na fonte, se aplicaria a incidência específica, ainda que não identificado o beneficiário.”*

Como é de sabença de todos, o recurso especial não constitui uma terceira instância de julgamento, tendo por escopo a uniformização de divergência na interpretação da legislação tributária. Assim, o recurso só poderá ser conhecido se comprovado que outro colegiado assumiu a interpretação de que os pagamentos em dinheiro de prêmio de sorteios de qualquer espécie sujeitam-se à tributação prevista no art. 676 do RIR/99, ainda que os beneficiários não sejam identificados.

O primeiro paradigma trazido pela Recorrente é o Acórdão nº 104-22.282, cuja ementa reza:

*DISTRIBUIÇÃO DE PRÊMIOS DE VÍDEO LOTERIA REGIME DE TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA DE FONTE RESPONSÁVEL PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SUJEITO PASSIVO*

*O sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de responsável pela retenção e recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte incidente sobre a distribuição de prêmios, nas atividades de apostas em videoloteria, é a fonte pagadora.*

Segundo se depreende do relatório que o integra, a situação de fato nele analisada é a mesma tratada no presente processo. A conferir:

*“A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização externa, onde a autoridade fiscal lançadora entendeu haver falta de recolhimento do imposto de renda na fonte sobre prêmios e sorteios em geral (em dinheiro), resultado de apostas em máquinas de vídeo-loteria. **O contribuinte não manteve o controle de cada pagamento efetuado, nem tampouco efetuou a retenção e recolhimento do IRRF. Sendo que o lançamento foi efetuado com base em documentos apreendidos no estabelecimento do contribuinte, onde eram registrados os totais diários de ingressos, pagamento de prêmios e o resultado apurado. Infração ao artigo 676 do RIR/99.**” (destaquei).*

Se não havia controle dos pagamentos, obviamente, não havia identificação dos beneficiários.

Do voto condutor consta:

*No mérito, está em discussão neste julgamento a falta de retenção e recolhimento de imposto de renda na fonte referente à tributação exclusiva de fonte sobre pagamentos de prêmios distribuídos em dinheiro, resultado de apostas em máquinas de videoloteria.*

*(...).*

*Da análise dos autos, constata-se que a autoridade lançadora formou a sua convicção, de que houve falta de retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte incidente sobre prêmios pagos em dinheiro, resultado de apostas em máquinas de videoloteria.*

*(...)*

*Diz legislação que rege o assunto:*

*Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 1999:*

*"Art. 676. Estão sujeitos à incidência do imposto, à alíquota de trinta por cento, exclusivamente na fonte:*

*I - os lucros decorrentes de prêmios em dinheiro obtidos em loterias, inclusive as instantâneas, mesmo as de finalidade*

*assistencial, ainda que explorada diretamente pelo Estado, concursos desportivos em geral, compreendidos os de turfe e sorteios de qualquer espécie, exclusive os de antecipação nos títulos de capitalização e os de amortização e resgate das ações das sociedades anônimas (Lei n.º. 4.506, de 1964, art. 14)."*

*Da análise da legislação, que rege a matéria em discussão, conclui-se, sem margem de dúvidas, de que o contribuinte do imposto de renda na fonte é o jogador, o cidadão que vai até a casa de jogo apostar e, ganhando o prêmio, recebe-o já descontado do imposto. A responsável pela retenção e o recolhimento deste imposto é a fonte pagadora (a casa de apostas).*

Portanto, como visto, em situação idêntica à presente (pagamento de prêmios de videoloterias sem controle do pagamento, retenção e recolhimento do imposto) a 4ª Câmara do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes entendeu que a fonte era responsável pela retenção e recolhimento do imposto à alíquota de 30%, conforme previsto no art. 676 do RIR/99.

Da mesma forma o segundo paradigma, Acórdão nº 102-48.066, cuja ementa, no que interessa ao presente Recurso Especial, assenta:

*JOGOS DE BINGO — ENQUADRAMENTO - Os jogos de bingo estão enquadrados como sorteios de qualquer espécie e sua premiação em dinheiro se sujeita à incidência do imposto sobre a renda na fonte, com alíquota de 30%, nos termos do artigo 676 do RIR, de 1999. Quando a premiação se der mediante entrega de bens, há incidência do imposto sobre a renda na fonte, com alíquota de 20%, conforme previsto no artigo 677 do RIR, de 1999. Incabível reajustamento da base de cálculo que só é aplicável nas hipóteses previstas no artigo 674 do Decreto n.º 3.000, de 1999.*

*VALIDADE DO LANÇAMENTO — REQUISITOS.*

*(...)*

*- Sempre que o agente fiscal descrever um fato e aplicar norma que não incide sobre o fato descrito, o lançamento assim realizado é nulo, pois a norma legal que sustentaria a validade do lançamento não teve incidência sobre o fato tributável.*

*- No caso dos autos, quanto ao item 001, a fiscalização descreveu a atividade de bingo e pretendeu realizar a tributação com base no artigo 674 do RIR, que não tem incidência sobre tal atividade, o que resulta na nulidade do lançamento em relação a este ponto.*

Do relatório correspondente a esse Acórdão da 2ª Câmara do Primeiro Conselho consta:

*“- o lançamento se decompõe em duas parcelas, sendo: (i) (...omissis...) e (ii) lançamento relativo a rendimentos pagos a beneficiários não identificados, cujo IRRF não teria sido retido e*

*pago, conforme demonstrativo espelhado às fls. 622. Esta parcela se refere aos rendimentos que teriam sido pagos, conforme registram as contas: "2101004001 – Prêmio Bingo total" e "21010040002— Prêmio Linha Total";*

*considerando que os valores dos rendimentos cujos pagamentos se encontram escriturados nessas duas últimas contas não tiveram seus beneficiários devidamente identificados, e que não houve escrituração, declaração ou recolhimento do correspondente imposto, efetuou-se o lançamento de ofício. Por força do art. 674, capta e § 3º, do RIR199, foi reajustada a base de cálculo, nos termos do demonstrativo de fls. 615-616;*

Portanto, ambos os paradigmas juntados prestam-se à caracterização da divergência jurisprudencial. Assim, não acolho a preliminar de não conhecimento suscitada pela Fazenda Nacional em contrarrazões, e conheço do recurso.

Quanto ao mérito, por ocasião do julgamento do recurso de ofício, acompanhei o voto do Relator que conduziu o acórdão embargado, mas peço vênha para rever meu entendimento, pelas razões que passo a expor.

Os dispositivos legais envolvidos na questão a ser dirimida são os seguintes:

Lei nº 4.506/64.

*Art. 14. Ficam sujeitos ao imposto de 30% (trinta por cento), mediante desconto na fonte pagadora, os lucros decorrentes de prêmios em dinheiro obtidos em loterias, mesmo as de finalidade assistencial, inclusive as exploradas diretamente pelo Estado, concursos desportivos em geral, compreendidos os de turfe e sorteios de qualquer espécie, exclusive os de antecipação nos títulos de capitalização e os de amortização e resgate das ações das sociedades anônimas.*

Lei nº 8.981/95

*Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.*

*§ 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991.*

(...)

*§ 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.*

(...)

*Art. 63. Os prêmios distribuídos sob a forma de bens e serviços, através de concursos e sorteios de qualquer espécie, estão sujeitos à incidência do imposto, à alíquota de vinte por cento, exclusivamente na fonte. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995).*

*§ 1º O imposto de que trata este artigo incidirá sobre o valor de mercado do prêmio, na data da distribuição. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005).*

*§ 2º Compete à pessoa jurídica que proceder à distribuição de prêmios, efetuar o pagamento do imposto correspondente, não se aplicando o reajustamento da base de cálculo.*

*§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos prêmios em dinheiro, que continuam sujeitos à tributação na forma do art. 14 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964.”.*

O art. 14 da Lei nº 4.506/64, ao sujeitar ao imposto de 30% (trinta por cento), mediante desconto na fonte pagadora, os prêmios em dinheiro obtidos em loterias, não traz nenhuma condição quanto à identificação do beneficiário. Assim, o dispositivo legal de que se trata criou, para o pagador, a obrigação de descontar do prêmio pago o valor de 30%, e recolhê-lo ao Tesouro Nacional. A identificação do beneficiário, a meu ver, configura direito desse, para justificar acréscimo patrimonial, mas não altera a norma de incidência.

O art. 61 da Lei nº 8.981/95, ao instituir uma tributação mais onerosa para os pagamentos a beneficiários não identificados (35% do valor pago, considerado líquido), ressalvou a aplicação de normas especiais. E para os prêmios de loteria pagos em dinheiro há a norma especial prevista no art. 14 da Lei nº 4.506/64.

Inclusive, a própria Lei nº 8.981/95 ratifica essa norma especial quando, no seu art. 63, ao instituir tributação sobre os prêmios obtidos através de concursos e sorteios de qualquer espécie pagos sob forma de bens ou serviços, dispôs, no § 1º, que os prêmios em dinheiro *continuam sujeitos à tributação na forma do art. 14 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964.*

O relator do acórdão embargado justificou sua posição a respeito da ressalva ao disposto em normas especiais, por entender que a ressalva se refere “*não a normas especiais de incidência em função da causa do pagamento*”, “*mas sim a normas que permitam, em situações especiais, o pagamento sem a identificação do beneficiário*”.

Pondero, contudo, que essa compreensão do Conselheiro Relator, que reputo entre os maiores conhecedores de Imposto de Renda deste Conselho, não me parece razoável, pois não se afigura lógico supor a existência de norma que institua uma tributação na fonte sobre determinados rendimentos e expressamente dispense a identificação do beneficiário. Disposições desse tipo existiram para a tributação de rendimentos decorrentes de títulos ao portador, em que o beneficiário poderia optar pela não identificação. Contudo, desde 1990 a emissão de títulos ao portador está proibida. A partir da vigência da Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990, ficou vedado o pagamento ou resgate de qualquer título ou aplicação, bem como de seus rendimentos ou ganhos, a beneficiário não identificado, e a Lei nº 8.088, de 31 de outubro de 1990, exigiu que todos os títulos fossem emitidos sempre sob a forma nominativa, sendo transmissíveis apenas por endosso em preto.

---

Portanto, não é razoável entender que nos idos de 1995, quando foi editada a Lei nº 8.981, a ressalva constante do caput do art. 61 se referisse a normas que permitam o pagamento sem a identificação do beneficiário.

Pelas razões expostas, declaro, de ofício, a nulidade dos lançamentos de IRPJ e CSLL relativos aos anos calendário de 2002 e 2003, e quanto ao IRRF, dou provimento ao recurso especial do contribuinte para reformar o acórdão recorrido, negando provimento ao recurso de ofício.

É como voto.

Sala das Sessões, em 10 de dezembro de 2013.

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri, Relator.