



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA**

**Processo nº** : 10820.001085/00-07  
**Recurso nº** : 124.660  
**Sessão de** : 27 de abril de 2006  
**Recorrente** : FLAMINGO ARAÇÁ BAR E EVENTOS LTDA.  
**Recorrida** : DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

**R E S O L U Ç Ã O Nº 303-01.145**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator.

  
ANELISE DAUDT PRIETO  
Presidente

  
ZENALDO LOIBMAN  
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nanci Gama, Sérgio de Castro Neves, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Nilton Luiz Bartoli, Marciel Eder Costa e Tarásio Campelo Borges.

Processo nº : 10820.001085/00-07  
Resolução nº : 303-01.145

## RELATÓRIO

Trata o presente processo da exclusão da interessada do Sistema SIMPLES, mediante ato declaratório do Delegado da DRF/ Araçatuba/SP. A razão invocada para a exclusão, com base no artigo 14,V, da Lei 9.317/96, foi a prática reiterada de infração à legislação tributária, com efeitos da exclusão a partir de 01/01/1997, conforme Ato Declaratório nº 0017/2000 (fls. 142)

Com base no que consta às fls. 01/13, a fiscalização constatou que a empresa teria incorrido nas seguintes irregularidades com relação ao período entre abril/1996 e dezembro/2000:

1) Realizou jogo de bingo, e esta atividade é exclusiva de entidade desportiva credenciada pela Secretaria dos Negócios da Fazenda do Estado. A empresa em causa não tinha autorização de nenhuma entidade desportiva credenciada para administrar o evento.

2) Informou à SRF atividade econômica diversa daquela que predominantemente explorava.

3) Omitiu receita relativa à exploração do bingo, deixando de recolher o imposto sobre a renda da pessoa jurídica (IRPJ), a contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e a contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS). Também deixou de recolher o imposto sobre a renda retido na fonte (IRRF) , incidente sobre a distribuição de prêmios.

Em decorrência de tais infrações, além da formalização deste processo, foram efetuados os lançamentos para exigir IRRF e, IRPJ, PIS, CSLL e COFINS, nos processos de nº 10820.001.218/00-09 e nº 10820.001.217/00-38 respectivamente.

Inicialmente, conforme despacho de fls. 203 a DRJ determinou que fosse aberta ao interessado vista dos autos a fim de que tivesse pleno conhecimento das irregularidades que lhe foram apontadas, e que fosse aberto novo prazo, a partir da ciência, para apresentação da competente impugnação.(ATO SANEADOR QUE AFASTOU O CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA).

A ciência dos autos do processo por consequência da intimação ao contribuinte, determinada pela DRJ, ocorreu em 08/12/2000 (fls. 211), e em 09/01/2001 a interessada apresentou,tempestivamente, sua manifestação de inconformidade, nos termos dispostos às fls. 213/245, que aqui se consideram transcritos.

Processo nº : 10820.001085/00-07  
Resolução nº : 303-01.145

Em resumo, argüiu, em preliminar, a nulidade da decisão de exclusão, aduzindo que em que pese a medida saneadora determinada pela DRJ, a DRF não poderia ter realizado a exclusão da empresa do SIMPLES com base em meras conjecturas, suposições acerca de irregularidades que nem sequer existiram. O Ato Declaratório limita-se a dizer: "...por incurso no inciso V do art. 14 da referida Lei". A exclusão se deu sem a oitiva do contribuinte, com a intenção de impor tributação mais onerosa, o que levou à lavratura do auto de infração que resultou nos processos 10820.001.218/00-09, relativo ao IRRF, e nº 10820.001.217/00-38, relativo a exigência de IRPJ e reflexos. O autuante, em 24/08/2000, portanto antes da intimação sobre as razões da exclusão (em dezembro/2000), desconsiderou a condição da contribuinte, de optante do SIMPLES.

A impugnante afirma também que o fisco teria cometido engano, pois nenhuma das irregularidades apontadas lhe poderia ser imputada. Diz que realizou os jogos de bingo em nome da Prefeitura Municipal de Araçatuba, na qualidade de administrador do evento, conforme previsto no Decreto Municipal nº 7.642/96. Que a Lei nº 4.592/95 (Lei Municipal), art. 3º, prevê que a renda líquida apurada em cada concurso, obrigatoriamente, será destinada à seguridade do município.

O auditor autuante entendeu que a Lei Federal sobre bingo prevalece sobre a municipal, e que haveria incompetência do município para instituir essa atividade. Então deveria exigir imposto na pessoa que instituiu o bingo e dele fruiu os benefícios, ainda que seja pessoa jurídica de direito público. Ao atribuir à impugnante a titularidade da receita de exploração do bingo, o fisco teria forçado a preponderância da receita dessa atividade sobre a de bar, criando um motivo para excluir a empresa do SIMPLES.

Sem duvidar das boas intenções do fisco, este cometeu equívoco na interpretação das normas. Ressalta que no momento em que a Secretaria da Fazenda cassou a autorização concedida ao Esporte Clube Corinthians de Araçatuba, a contribuinte para não se ver no ilegal exercício dessa atividade, rompeu o contrato.

Refutou que não tivesse amparo legal a autorização concedida pela Prefeitura de Araçatuba para que a interessada administrasse as atividades de bingo instituídas por lei do mesmo município. Tanto a lei federal quanto a municipal estão em pé de igualdade, havendo competências diversas para as diferentes pessoas jurídicas de direito público.

Portanto, estaria amparada em lei, apenas prestando serviços para o titular da exploração do jogo, a Prefeitura Municipal de Araçatuba, descabendo o entendimento de que a receita da atividade de bingo pertencia inteiramente à declarante.

Afirma que os tributos que competiam à empresa pagar, incidentes sobre a própria receita, foram pagos. Quanto ao IRRF, teria repassado o valor ao município, por força do disposto no Decreto Municipal. Ressaltou que não existe

Processo nº : 10820.001085/00-07  
Resolução nº : 303-01.145

hierarquia entre os níveis de governo, mas competências a serem observadas. Tendo o autuante entendido que não poderia fazer lançamento contra o poder público, por imunidade, voltou-se contra quem não auferiu a receita.

Todavia, a imunidade do ente público não se aplica quando relacionada com atividade econômica regida por regime de direito privado. Refuta a citação dos artigos 118 e 126, do CTN, como fundamento da autuação.

Juntou os documentos de fls. 246/256, procuração, tabela de códigos de atividade, cópia de processo judicial, cópia de decisão da 1ª Vara da Justiça Federal em Araçatuba na qual o MP propôs ADIN contra a lei municipal referida.

A DRJ/Ribeirão Preto/SP decidiu indeferir a solicitação da impugnante, mantendo a decisão de exclusão exarada pela DRF/Araçatuba.

As principais razões que fundamentaram a decisão do julgador de primeira instância foram:

1. Com base no art. 22, XX, da CF/88, é de competência privativa da União legislar sobre consórcios e sorteios.

2. Para o período de 04/04/1996 até 23/03/1998 as normas que regem o bingo estão contidas na Lei 8.672/93 ("Lei Zico"), regulamentada, em nível federal, pelo Decreto 981/93. O art. 57 da referida Lei tornou possível a exploração de jogos de bingo **exclusivamente por parte de entidades de direção e prática desportiva autorizadas pela Secretaria de Fazenda da respectiva unidade da federação.**

3. O Decreto 981/93 regulamentou, nos arts. 40 e 41, que a realização dos sorteios dependeria de prévia autorização da Secretaria da Fazenda e somente poderia ser concedida às pessoas jurídicas de natureza desportiva, previamente credenciadas, que comprovassem estar quites com os tributos federais e com a seguridade social. A entidade desportiva autorizada poderia utilizar os serviços de sociedade comercial para administrar a realização do sorteio mediante contrato registrado na Secretaria de Fazenda.

Posteriormente veio a "Lei Pelé", Lei 9.615/98, que veio a ser regulamentada pelo Decreto 2.574/98.

Estabeleceu que os jogos de bingo seriam permitidos em todo o território nacional nos termos desta lei. Que as entidades de administração e prática desportiva poderiam credenciar-se junto à União para exploração permanente ou eventual do jogo de bingo para angariar recursos para o fomento do esporte. O Decreto esclareceu que caberia ao INDESP expedir normas para o credenciamento, autorização e fiscalização. E no art. 76 do referido Decreto se estabeleceu que os bingos funcionariam **sob a responsabilidade exclusiva das entidades desportivas, mesmo que a administração da sala seja entregue a empresa comercial idônea,**

Processo nº : 10820.001085/00-07  
Resolução nº : 303-01.145

respeitada a legislação civil e tributária, no que diz respeito à solidariedade na responsabilidade dos atos.

4. Dos autos se constata que o Esporte Clube Corinthians de Araçatuba contratara a atuada em 31/01/1994, mediante instrumento particular de contrato de prestação de serviços, com o objetivo de esta administrar sorteios na modalidade de bingo permanente. Ambas obtiveram os respectivos credenciamentos junto à Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 29/30). Todavia, em 16/02/1996, foi cassada a autorização concedida ao Esporte Clube Corinthians de Araçatuba (fls. 31/34). Por decorrência disso a atuada não mais poderia explorar essa atividade em nome daquela entidade desportiva e, evidentemente, nem tampouco em nome próprio.

5. No entanto mesmo sem fundamento em lei federal, a interessada além de prosseguir irregularmente realizando sorteios na modalidade "Bingo Permanente", sem estar devidamente contratada por qualquer entidade de direção ou administração de prática desportiva autorizada, ainda passou a explorar, promover e realizar essa atividade, no período de 02/04/1996 a 31/12/1999, de forma continuada, assumindo faculdade que a lei somente previu para as entidades desportivas.

6. Não há amparo legal para nenhum pacto efetuado com pessoa jurídica que não se reveste da condição de entidade desportiva credenciada, e, portanto, incorreu na infração prevista no art. 75, da Lei 9.615/98. No período de abril/1996 a dezembro/1999, a atuada explorou atividade desautorizada, e com isso assumiu a responsabilidade por todas as obrigações tributárias advindas da referida atividade.

7. O art. 123, do CTN, estabelece que as convenções particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos não podem ser opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

8. Ressalta-se que até 15/05/1995 a contribuinte informara à SRF que exercia como atividade econômica serviços de diversão não especificados ou não classificados. Todavia, informou o código de atividade referente a bares e botequins e cafés para o período de 16/05/1995 a 03/04/1997 e, a partir de 04/04/1997, passou a utilizar como código nacional de atividade o referente a lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares.

9. Quando descredenciada explorou a realização de bingos, sendo que essa atividade representou quase a totalidade de seu faturamento, conforme demonstrativo de fls. 68/139, sendo ínfimo o faturamento relativo à atividade informada à SRF, conforme demonstrado às fls. 07.

10. Informações inexatas apresentadas à SRF, sem dúvida, dificultam a ação do fisco. Além disso, a Lei 9.317/96, art. 9º, XIII, determina que

Processo n° : 10820.001085/00-07  
Resolução n° : 303-01.145

**não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica que preste serviço profissional de corretor, representante comercial, e de acordo com a decisão SRRF/6ªRF/DISIT n° 179/1999, são atividades assemelhadas às praticadas pela autuada. De forma que ainda que tivesse agido de acordo com as normas legais que regem a realização de bingo, a empresa não poderia ser optante do SIMPLES.**

11. Por tudo isso, inclusive ter inserido elementos inexatos e omitido rendimentos nos documentos entregues à SRF (declarações IRPJ e do IRRF-DIRF), com a intenção de se exonerar do pagamento de tributos, cabe invocar o art.14, V, da Lei 9.317/96 para excluir de ofício a empresa do Programa SIMPLES.A exclusão surte efeito a partir de janeiro/1997.

O recurso voluntário foi apresentado tempestivamente em 15/10/2001, conforme documentos constantes às fls. 269/300, que aqui se consideram transcritos. Basicamente rearticula as mesmas razões desenvolvidas por ocasião da impugnação, cabendo, entretanto explicitar as ênfases do recurso:

A. Questões preliminares:

A1) Nulidade da decisão recorrida. Esta não enfrentou os fundamentos da impugnação. Cita Theotônio Negrão, com referência ao RJTERGS 162/317, cuja ementa assevera que não cabe ao juiz apenas aderir a alguma das teses esposadas, simplesmente reproduzindo argumentos das partes, ou adotando trabalho jurídico do MP ou dos demandantes, como forma de decidir. Diz que o caso dos autos é mais grave que o referido pelo eminente dotrinador porque a medida questionada refere-se a constituição de crédito tributário, caso único de ato em que se inicia a constituição de título de crédito sem a participação do devedor; essa participação é assegurada depois na forma de impugnação ao lançamento, e se nesse processo que visa à formação de título executivo extrajudicial não for assegurado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o procedimento será nulo.

A2) Nulidade do Ato Declaratório. Já na impugnação se disse que o ADE continuava nulo apesar de o julgador singular haver determinado a abertura de vista do processo ao autuado e assinado novo prazo de impugnação. É que não poderia o Delegado das DRF ter procedido à exclusão com base em meras conjecturas, suposições acerca de irregularidades, que de resto nem sequer existiram. A exclusão foi determinada sem a oitiva da interessada, somente para impor tributação mais onerosa. Na autuação a fiscalização desconsiderou a condição da empresa de ser optante do SIMPLES. Assim, o auto de infração sobre IRRF, processo 10820.001.218/00-09 e o outro, sobre Imposto de Renda e reflexos, processo 10820.000.217/00-38, notificados à interessada em 24/08/2000, precederam em 4 meses a data em que a autoridade competente deu a conhecer ao contribuinte a razão pela qual fora expedido o Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES. Assim foram nulos os autos de infração que desconhecem a condição de ainda optante do SIMPLES e imprecudente a exclusão.

A respeito dessa nulidade o julgador singular se limitou a dizer que a exclusão se justificava dada a atividade de bingo ser assemelhada a serviço de corretor, representante comercial, e além disso porque havia prestado declaração inexata com omissão de rendimentos.

Processo nº : 10820.001085/00-07  
Resolução nº : 303-01.145

Sem querer, por ora, discutir a procedência ou não de tais fundamentos, o que se quer neste passo é reafirmar a nulidade do ato de exclusão do SIMPLES (ADE), e dessa nulidade resulta também a da tributação que se alicerçou na exclusão viciada. A atitude correta da autoridade julgadora teria sido pronunciar a nulidade do ADE e determinar à DRF/Araçatuba que expedisse um novo ato legalmente fundamentado. Teria também de ter anulado os lançamentos tributários efetuados com base na exclusão inválida. Ora, ao determinar vista à interessada assinando novo prazo de defesa, **convalidou ato que reconheceu como inválido, mas ato nulo não se convalida**. O STF decide reiteradamente no sentido de que somente a nulidade relativa é passível de convalidação.

B. No mérito são improcedentes os fundamentos da exclusão. Primeiramente, como já disse, o fato de não ter a DRJ enfrentado as razões de impugnação demonstra que a autoridade julgadora se teria convencido delas.

C. A fiscalização afirmou que a partir de 02/04/1996 a empresa passou a operar a atividade de bingo em nome do Município de Araçatuba, incorrendo em irregularidade. Que daquela data até 1999 houve prevalência da recita de bingo sobre a de bar. Que de 15/05/95 a 03/04/97 utilizou código CAE indevido referente a bares, botequins e cafés, quando o correto seria referente a serviços e diversão não especificados, o mesmo ocorrendo para o período de 03/04/97 a 31/12/1999, para o qual utilizou o CAE referente a lanchonetes, casas de chá, sucos e similares, em lugar do referente a exploração de bingo. Sobre isso disse na impugnação e agora repete que é incorreta a afirmação de que as receitas de bingo tenham sido indicadas no relatório fiscal referente a 1996, 1997, 1998 e 1999. Explicou que explorou atividade de bingo, mas simplesmente prestou serviço da espécie ao Município de Araçatuba, que este é quem exerceu a exploração de bingo, autorizado pela Lei Municipal 4.592/95, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 7.642/96.

D. Portanto foi mera executora dos serviços cuja renda não lhe pertencia, apenas administrou a atividade que constituía um serviço público municipal aprovado pelo Poder legislativo, com a renda revertida para a seguridade social do Município. Apenas recebeu permissão para administração dos sorteios, e que a Câmara Municipal aprovou e o Sr. Prefeito promulgou a Lei 4.592/95, cujo art.1º previa a criação de Concurso de Prognósticos Numéricos a ser explorado por empresa privada nos termos da lei e da legislação aplicável, para funcionar como serviço público municipal.

E. O art. 2º da Lei Municipal referida determinava a competência do Município de Araçatuba para a aprovação dos planos de realização dos concursos de prognósticos desenvolvido pela empresa executora dos serviços, e o art. 3º define co todas as letras que a renda líquida apurada em cada concurso, obrigatoriamente, será destinada à Seguridade do Município.

F. O § 2º, do art.3º, ignorado pela fiscalização, é claro ao estabelecer que a renda destinada à Seguridade, o ISS e o IRRF sobre os prêmios pagos deverão semanalmente ser transferidos à Prefeitura Municipal na forma que dispuser o contrato de execução.

G. A ora recorrente recebeu a permissão para executar o serviço municipal de bingo, por conta do Município, com a obrigação de transferir à Prefeitura semanalmente a renda líquida e o IRRF (dos ganhadores), sob pena de multa, e de imediata suspensão da PERMISSÃO quando o atraso for superior a 10 (dez) dias.

Processo nº : 10820.001085/00-07  
Resolução nº : 303-01.145

H. A fiscalização não poderia ter atribuído toda a receita da atividade à empresa, pois a receita não lhe pertencia. Bastaria ter confirmado isto perante os registros da Prefeitura, ou seja, que a receita de bingo e o imposto de renda retido na fonte lhe foi repassado.

I. Certamente a fiscalização federal desconhecia ter o poder de lançar tributo contra o Poder Público Municipal, posto que a imunidade não se aplica ao patrimônio, renda e serviços dos entes federativos quando relacionados com atividade econômica sob regime de direito privado. Se a fiscalização entende que a Lei Federal sobre bingo prevalece sobre a Municipal, deveria ter entendido também não haver imunidade para o Município neste caso.

J. Ao lhe atribuir a titularidade da receita de exploração do bingo, a fiscalização forçou a preponderância dessa atividade sobre a de bar, assim procurou criar uma situação que ensejasse a sua exclusão do SIMPLES.

L. Apesar de apresentar todas essas razões, foi o mesmo que nada dizer, porque o julgamento de primeira instância não se referiu a esses argumentos, limitou-se apenas a repetir a motivação apresentada pelos fiscais autuantes. Entende que a explicação é que os argumentos pareceram irresponsáveis à autoridade julgadora *a quo*.

M. Por outro lado a decisão recorrida afirmou que essa atividade de bingo não é civil, não enseja opção pelo SIMPLES, e incidiu em novo erro. Alega-se que a exclusão do SIMPLES se deveu a sua condição de sociedade comercial equiparada a pessoa jurídica que presta serviços profissionais de corretor ou de representante comercial. Na impugnação já afirmara que a fiscalização interpretou mal a sua natureza jurídica. A interessada demonstrou sua condição de empresa comercial apoiada em doutrinadores de nomeada como Rubens Requião, João Eunápio Borges, Fábio Ulhoa Coelho, e em disposições legais. Explicou que a natureza comercial é exigência imposta tanto pela Lei Pelé como pela Lei Zico. Acrescentou que pessoa jurídica que administra bingo não pode ter natureza civil, nem ser integrada por sócios que exerçam profissão regulamentada em lei, e a DRF/Araçatuba determinou sua exclusão do SIMPLES por ignorar a razão jurídica dessa impossibilidade.

N. Questionou na impugnação, e agora repete, em que uma pessoa jurídica que administre jogos de bingo pode se assemelhar a uma sociedade de médicos, de corretores ou de representantes comerciais, para os efeitos do artigo 9º da Lei 9.317/96, sabendo-se que o traço comum nessas sociedades de que trata tal dispositivo é o fato dos sócios que as integram exercerem uma mesma profissão dependente de habilitação exigida em lei. A resposta é, em nada.

O. Não existe lei que exija habilitação para administrar jogos de bingo, e das pessoas que se associem para constituir uma sociedade com esse objetivo não se exige habilitação alguma. A única exigência é aquela genérica, dirigida ao titular de firma individual e ao administrador de qualquer sociedade comercial, ou seja, a declaração, sob as penas da lei, de não estar impedido de exercer o comércio ou a administração de sociedade mercantil, em razão de condenação criminal, tanto que os sócios da recorrente são qualificados apenas como comerciantes.

P. A invocação da Portaria MF 142/82 e da Resolução 482/78, do BACEN, é impertinente ao tema versado nos autos. Nem uma nem outra tem o poder de

Processo nº : 10820.001085/00-07  
Resolução nº : 303-01.145

transformar empresa comercial em civil, nem modificar a forma de apuração de resultado para efeito de outros tributos.

Q. A questão do código de atividade errado. Acusou a fiscalização o uso indevido de códigos de atividade, ora o cadastramento é tarefa do escritório de contabilidade contratado pela empresa, não é da responsabilidade de seus dirigentes, estes nem sequer sabiam qual o código registrado no cadastro da SRF. Pondera que a imprecisão do CNAE adotado serviu como adminículo(?) no agravamento da multa aplicada nas imposições tributárias praticadas após a exclusão do SIMPLES e também para justificar argumentos expendidos na representação pelo crime definido no art. 75 da Lei 9.615/98 (manter, facilitar ou realizar jogo de bingo sem a autorização prevista).

M. Mas há explicações para o erro, e não se podem admitir as drásticas conseqüências impostas com base na presunção fiscal de imprecisão no uso do CNAE. Primeiro porque da tabela de códigos utilizada para o formulário de registro utilizado até 15/05/1995, não constava o código 5429, que só pode ter sido inserido pela repartição fiscal. Na verdade o código 5122, indicado e utilizado pelo contribuinte, e não contestado pelo órgão fiscal no período de 15/05/1995 a 03/04/1997, estava errado. Tal código corresponde a "*Comércio atacadista de animais vivos*", atividade que deveria chamar a atenção, principalmente para uma pequena empresa. O código apontado pela fiscalização como adequado para atividade de bingo, segundo ela utilizável a partir de 03/04/1997, o 9262-2-01, somente foi introduzido pela IN 70/98 (DOU de 23/07/98), e por isso não poderia ser indicado. Depois dessa data a recorrente não esteve obrigada a se recadastrar.

N. Na impugnação a ora recorrente asseverou que o uso de tais códigos é de somenos importância, e a fiscalização a ela se apegou por falta de infração mais substancial cometida pelo contribuinte, mas a decisão recorrida quanto a este argumento também o ignorou, para simplesmente adotar cegamente os fundamentos constantes do relatório fiscal.

O. A autorização concedida pela Prefeitura de Araçatuba para que a empresa administrasse as atividades de bingo no mesmo município, tem por base a Lei Municipal nº 4.592/95, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 7.642/96. As leis municipais e estaduais não são hierarquicamente inferiores às leis federais, estão constitucionalmente em pé de igualdade, havendo apenas competências diversas para as diferentes pessoas jurídicas de direito público. Reitera, conforme alegado na impugnação, que rompeu com o Esporte Clube Corinthians de Araçatuba para não ficar em situação irregular. Ademais, se lei federal, estadual ou municipal dispuser sobre matéria da competência de outro ente federativo, ela não será ilegal (não existe lei ilegal), será inconstitucional, mas inconstitucionalidade de lei somente pode se declarada pelo Poder Judiciário, cabendo ao Poder Legislativo, com base na declaração de inconstitucionalidade, afastar a aplicação. A solução para o caso é dada pela Constituição do Estado de São Paulo (CE-SP), no seu art. 74 (transcrita na impugnação).

P. A fiscalização poderia autuar o Município, fundado no art. 150, § 3º, da CF/88. Previamente deveria obter declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal supracitada, em seguida se afastada a sua aplicação pela Câmara Municipal, poderia efetuar o lançamento contra o Município. O mesmo equívoco da fiscalização da SRF foi cometido pelo MPF em Araçatuba, que impetrou M.S em razão do disposto na Lei Municipal 7.642/96, indeferido por não ser este o tipo de ação cabível, conforme cópia da sentença. Na fundamentação o douto Juiz consignou que a ação cabível seria a ADIN.

Processo nº : 10820.001085/00-07  
Resolução nº : 303-01.145

Q. Afirma que o IRRF sobre os valores pagos aos ganhadores do jogo de bingo foi inteiramente repassado ao Município, como comprovou a fiscalização. A conclusão, conforme fez na impugnação, é de que é sem fundamento a acusação de irregularidade da atividade exercida pela recorrente no período de abril/96 a dezembro/99. A empresa estava amparada em lei, apenas prestando serviços para o titular da exploração do jogo.

R. A Lei Municipal aprovada pela Câmara Municipal, autorizando o Poder Municipal a explorar o jogo de bingo em favor da seguridade social de seus servidores, não é convenção entre particulares, e ainda que assim pudesse ser classificada, nela não teria tomado parte a ora recorrente, e se não tomou parte, não pode ser responsabilizada. É o Município de Araçatuba, mercê da Lei Municipal, que passou a ser o sujeito passivo das atividades desenvolvidas com base na lei aprovada. Portanto, quem incidiu na proibição do art. 123, do CTN, foi a fiscalização e a autoridade julgadora, que com sua interpretação está modificando a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

S. A fiscalização no pressuposto de que as recitas do bingo pertenciam inteiramente à interessada, entendeu que houve a omissão de 65% do seu valor, ou seja, exatamente a parte que cabia ao dono do empreendimento, o Município de Araçatuba. O mesmo ocorreu quanto ao IRRF, repassado ao Município por força do Decreto Municipal, mediante o qual a interessada fora autorizada a gerir a atividade em nome do Município. Os tributos que cabiam à interessada, ou seja, os incidentes sobre a sua receita de 35% da atividade de bingo exercida pelo Município, a empresa os pagou.

T. A invocação do art. 118, do CTN para imputar como inválidos os atos jurídicos praticados com relação à atividade de bingo, é improcedente, posto que tais atos baseados na Lei Municipal, existiram e produziram seus efeitos, isto enquanto a Lei não for expungida do universo jurídico. Houve decisão judicial, com cópia anexa, que barrou a pretensão do MPF de obter a suspensão de dispositivos da Lei Municipal em foco por alegada invasão de competência privativa da União. Como já se disse a decisão judicial apontou que o instrumento próprio seria ação de inconstitucionalidade, e não M.S, tal decisão expressa, de antemão, qual seria a decisão do Judiciário quanto à responsabilização da recorrente pela atividade exercida pelo Município, se acaso a questão lhe fosse submetida.

U. No processo 10820.001.217/00-38, no qual se exige IRPJ e reflexos, a interessada apresentou os argumentos para demonstrar qual a sua atividade, o que a fiscalização reconhece, é a prestação de serviços de bingo. Foi mera executora dos serviços, cuja renda não lhe pertencia, e sim à Seguridade Social do Município de Araçatuba. Executou o serviço em nome do Município, com a obrigação de transferir à Prefeitura semanalmente, a renda líquida e o IRRF retido dos ganhadores. No entanto a fiscalização federal insistiu em tributar a interessada como se ela tivesse explorado a atividade por sua conta, e não satisfeita, ainda impôs uma multa de 150% sobre os tributos, penalidade dirigida a atos configuradores de crime fiscal. A fiscalização fez vista grossa ao fato de haver Decreto Municipal, fundado em Lei Municipal, nomeando a interessada como Permissionária.

V. O Decreto fala que a permissão não exime, por óbvio, a permissionária de suas obrigações tributárias, mas se refere às obrigações da espécie que só ela é obrigada a cumprir, e só as que ela é obrigada a cumprir. Apesar da redundância da mensagem legal, a fiscalização pretendeu responsabilizar a interessada por tributos que incidem sobre a renda do município e pelo IRRF pelo município apropriado, além de lavrar representação criminal contra os dirigentes da permissionária por suposto crime contra a

Processo nº : 10820.001085/00-07  
Resolução nº : 303-01.145

ordem tributária, o que é absurdo. Sobre isso nada disse a decisão recorrida, e por isso deve ser anulada.

Pede ao Conselho de Contribuintes que :

1) Analise as razões do recurso em conjunto com as razões da impugnação;

2) Que, sendo as questões versadas nos autos deste processo, prejudiciais em relação às tratadas nos processos 10820.001.217/00-38 (IRPJ) e 10820.001.218/00-09 (IRRF), determine a reunião dos autos dos três processos para efeito de apreciação e julgamento;

3) Determine o cancelamento do Ato Declaratório de Exclusão nº 17/2000 por nulidade na sua constituição e, pela absoluta improcedência dos motivos invocados, bem como pela impossibilidade desta empresa responder pelos efeitos tributários decorrentes da atividade empresarial desenvolvida pelo Município de Araçatuba;

4) Se mantido o ato impugnado, que se reconheça a impossibilidade de ele retroagir os seus efeitos para o período anterior ao de sua lavratura; entendendo os nobres julgadores que não podem cancelar o Ato declaratório, o que se admite só pelo p. da eventualidade, pede que se anule a decisão recorrida pelas omissões em que incorreu a autoridade *a quo*.

É o relatório.



Processo nº : 10820.001085/00-07  
Resolução nº : 303-01.145

## VOTO

Conselheiro Zenaldo Loibman, Relator

Embora o presente processo trate de matéria da competência do Terceiro Conselho de Contribuintes, qual seja a exclusão de empresa do SIMPLES, ocorre que se trata aqui de processo reflexo, ou seja, a ocorrência de eventual exclusão do SIMPLES e sua análise, depende do julgamento a ser proferido em processos matrizes referentes a IRPJ e IRRF, cuja competência é do Primeiro Conselho, pendentes de julgamento. Senão vejamos:

- a) **A medida saneadora da DRJ, de determinar nova intimação ao contribuinte para que tivesse conhecimento dos autos e tomasse ciência das infrações que lhe eram apontadas como motivadoras do ADE, reabrindo o prazo legal para impugnação, surtiu o efeito de permitir o contraditório e a ampla defesa. Ficou descaracterizado o cerceamento ao direito de defesa.**
- b) A motivação da exclusão, exposta no ADE foi a prática reiterada de infração à legislação tributária, conforme previsto no art.14, V, da Lei 9.317/96.
- c) As infrações apontadas em representação fiscal (fls. 01/13) e acolhidas pela decisão recorrida foram: (1) informação errada à SRF quanto à atividade econômica explorada predominantemente, (2) omissão de receita relativa a exploração do bingo (o que motivou a lavratura de auto de infração relativo a IRPJ e seus reflexos), (3) falta de recolhimento do IRRF incidente sobre a distribuição de prêmios, (4) No período de abril/96 a dezembro/1999 explorou a atividade de bingo sem autorização e (5) a Lei 9.317/96, art. 9º, XIII, determina a vedação de opção pelo SIMPLES a pessoa jurídica que preste serviço profissional de corretor/representante comercial, de forma que ainda que a interessada tivesse agido conforme a legislação que disciplina a atividade de bingo, com essa atividade similar a corretor/representante comercial, não poderia ter optado pelo SIMPLES.
- d) Ora, da causa (1) enumerada no item anterior deve ser dito que informação equivocada quanto à atividade preponderante não tem como consequência a exclusão do SIMPLES. Sobre as causas (2) e

Processo nº : 10820.001085/00-07  
Resolução nº : 303-01.145

(3): a apontada omissão de receita, e a questão referente ao IRRF, estão pendentes de decisão administrativa do Primeiro Conselho. Há, por outro lado, a alegação da interessada de que 65% das receitas de bingo, bem como o IRRF, retido dos ganhadores, foram repassados à Prefeitura de Araçatuba, conforme determinação expressa em Decreto Municipal sob pena de multa à interessada. Neste processo haverá de se analisar, tão somente, o ato de exclusão do SIMPLES, e estando entre as infrações apontadas como motivadoras da exclusão tais omissões quanto ao IRRF, IRPJ e reflexos, de certa forma este processo tornou-se, em parte dependente daqueles outros. Quanto à causa (4), entendo, em princípio, que a mera existência da Lei Municipal e, do Decreto Municipal, são suficientes para dar suporte à alegação de boa-fé da interessada com respeito à licitude da atividade de prestação de serviços de administração de bingo solicitada pela Prefeitura de Araçatuba, sem prejuízo quanto à apuração da responsabilidade tributária com base na lei aplicável à matéria (o que é objeto dos outros processos, matrizes). Aqui, neste processo, repita-se, cumprirá apenas verificar a procedência, ou não, do Ato Declaratório de Exclusão.

- e) Apesar de constar na representação fiscal de fls. 01/13, como um dos motivos de exclusão, a alegação de vedação com base no art.9º,XIII, este artigo da Lei não foi evocado, isto é, não constou do ADE, e, portanto, não compõe a presente lide, sob pena de nulidade do ato de exclusão.
- f) **As indicações de reiteradas infrações à legislação tributária se resumem, pois, à constatação de se houve, ou não, omissão de receitas resultantes da atividade de bingo; e se houve, ou não, apropriação indevida do IRRF retido dos ganhadores de bingo; fatos cuja ocorrência se encontram pendentes de julgamento.**
- g) Faz sentido o pedido do interessado de que houvesse reunião destes autos aos dos processos nº 10820.001217/00-38 e 10820.001.218/00-09, formando um todo a ser apreciado. Vale dizer se forem procedentes as autuações relativas ao IRPJ (e reflexos) e quanto ao IRRF, e restar ultrapassado o limite de faturamento a que se submete a empresa optante pelo SIMPLES, a exclusão poderá ser um reflexo desta constatação. Se, por outro lado, resultarem improcedentes os autos de infração, então poderá não se confirmar o ato de exclusão.

Portanto, as motivações informadas no Ato Declaratório de Exclusão (ADE), de reiteradas infrações à legislação tributária, se resumem, na verdade, à constatação de haver, ou não, omissão de receitas resultantes da atividade

Processo nº : 10820.001085/00-07  
Resolução nº : 303-01.145

de bingo, e se houve, ou não, apropriação indevida do Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF (retido de ganhadores do jogo de bingo); fatos cuja ocorrência se encontram pendentes de julgamento administrativo, nos processos nº 10820.001217/00-38 e nº 10820.001.218/00-09, cujas decisões constituem condição prévia ao julgamento deste processo.

Proponho a devolução destes autos à repartição de origem para aguardar a decisão definitiva administrativa quanto aos processos matrizes acima identificados, para informar tais decisões neste processo e, somente então, remetê-lo à apreciação do Terceiro Conselho.

Sala das Sessões, em de 27 de abril de 2006



ZENALDO LOIBMAN - Relator