



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

Processo nº 10820.001217/00-38
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **1801-001.153 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 12 de setembro de 2012
Matéria Auto de Infração - IRPJ e reflexos - Omissão de Receitas
Recorrente FLAMINGO ARAÇA BER E EVENTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 1997, 1998, 1999, 2000

NULIDADE DA DECISÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não constitui cerceamento de defesa o não enfrentamento das razões de contestação trazidas pela impugnante, irrelevantes à solução do conflito, nos termos do disposto nos artigos 59, II, c/c 60 do Decreto nº 70.235/72.

NULIDADE. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. DATA ANTERIOR À CIÊNCIA DO ADE DE EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Não é passível de nulidade o lançamento tributário realizado em conformidade com as exigências legais impostas pelo art. 10 do Decreto nº 70.235/72 (PAF), quanto ao aspecto formal, e em observância aos ditames do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), quanto ao aspecto material. Não é relevante para a lavratura de Autos de Infração a data de ciência do Ato Declaratório Executivo de exclusão da empresa da sistemática do Simples em virtude da natureza declaratória e não constitutiva deste ato administrativo.

SÚMULAS. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF (artigo 72 do Ricarf).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 1997, 1998, 1999, 2000

EXPLORAÇÃO DE JOGO DE BINGO. CONTRIBUINTE. CONFLITO ENTRE LEI MUNICIPAL E O CTN.

Carece de eficácia a lei municipal que legisla sobre matéria que foge à sua competência material, fixada pela Constituição Federal, e ainda define quem

é o contribuinte de tributos federais, ao arrepio do disposto no Código Tributário Nacional (CTN). A pessoa jurídica que explora a atividade de bingo, sem a devida autorização legal e sem estar vinculada à entidade esportiva regularmente credenciada, não pode eximir-se da sujeição passiva da obrigação tributária e nem opor benefício de ordem, com respaldo em ajuste firmado com ente público municipal por este não possuir competência para legislar sobre matéria federal e tributária federal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 1997, 1998, 1999, 2000

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

A multa de ofício aplicada nos lançamentos tributários realizados *ex officio* deve ser qualificada quando patente a intenção do agente em lesar a Fazenda Nacional, sendo inescusável o seu procedimento. Havendo dúvida quanto à vontade do agente em fraudar o fisco, deve ser aplicada a multa de ofício regular cominada às ações fiscais.

JUROS. TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula nº 4/Carf)

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS. TRIBUTAÇÃO. NATUREZA CONFISCATÓRIA.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula nº 2/Carf:)

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

O decidido em relação à tributação do IRPJ deve acompanhar as autuações reflexas de PIS, COFINS e CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento em parte ao recurso, para reduzir a multa de ofício para 75%, nos termos do voto da Relatora. Vencido o Conselheiro Luiz Guilherme de Medeiros Ferreira que dava provimento ao recurso para afastar a recorrente do polo passivo da obrigação tributária. Ausente momentaneamente a Conselheira Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes – Presidente e Relatora

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo, Maria de Lourdes Ramirez, Luiz Guilherme de Medeiros Ferreira e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

O presente processo retornou para julgamento, após a realização de diligência solicitada com vistas a reunir outros dois processos administrativos fiscais conexos a este e/ou ser instruído com o deslinde dos outros dois litígios, a saber: exclusão do Simples Federal, regime de tributação favorecido, simplificado e diferenciado disciplinado pela Lei nº 9.317/96, e exigência de IRRF, assuntos formalizados nos processos nºs 10820.001085/00-07 e 10820.001218/00-09, respectivamente. Aproveito o relatório da Resolução nº 1801-00.061/11 para historiar os fatos concernentes ao litígio objeto destes autos – fls. 496 a 502:

“A empresa em epígrafe foi autuada a recolher IRPJ, CSLL, PIS e COFINS relativos a abril a dezembro de 1996 e aos quatro trimestres dos anos-calendários de 1997, 1998 e 1999, por omissão de receitas na atividade de bingo e na venda de mercadoria de bar/lanchonete, com cominação de multa aplicada na forma qualificada e juros moratórios, no valor total de R\$ 437.097,99, nos termos do Auto de Infração de fls. 07 a 45 e Termo de Constatação Fiscal às fls. 46 a 62.

Reproduzo, por oportuno, trecho do relatório do Acórdão nº 1.456/01 de fls. 355 a 367 para melhor historiar os fatos:

‘Conforme descrito no termo de constatação fiscal de fls. 46/62, que faz parte integrante do auto de infração, o lançamento decorreu do fato de a contribuinte, no período de 6 de abril de 1996 a 31 de dezembro de 1999, ter incorrido nas seguintes irregularidades:

- infringido as disposições contidas na legislação federal, conforme relatado às fls. 46/53, pelo fato de realizar jogo de bingo, sendo que essa atividade é exclusiva de entidade desportiva credenciada pela Secretaria dos Negócios da Fazenda do Estado e não tinha autorização de nenhuma dessas entidades desportivas credenciadas para administrar o evento;
- ter informado à SRF atividade econômica diversa daquela que explorava predominantemente, tendo optado pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples) em 01/01/1997, indevidamente;
- omissão de receita bruta relativa à exploração de bingo, em cada período mensal de abril a dezembro de 1996, conforme demonstrado nas planilhas de fls. 63/70. Tal fato, reduziu a base de cálculo do lucro presumido e o valor do imposto devido nas datas e valores discriminados no auto de infração. Mesma conduta foi mantida nos períodos-base de 1997 a 1998 (conforme demonstrativo de fls. 63/97);
- no período de 01/01/1997 a 31/12/1999, insuficiência de imposto incidente sobre as receitas de vendas do bar/lanchonete, tendo em vista que estas haviam sido indevidamente declaradas de acordo com o Simples.

O lançamento do imposto sobre a renda de pessoa jurídica (IRPJ) e, em decorrência, das contribuições, foi efetuado com base nas seguintes disposições legais:

[...]

Em consequência dos fatos apontados, foram formalizados, além do presente processo, o de nº 10820.001085/00-07, referente à exclusão da contribuinte do Simples, e de nº 10820.001218/00-09, relativo ao imposto sobre a renda retido na fonte (IRRF).

Ciente do lançamento em 24/08/2000, conforme se constata do auto de infração à fl. 07, a contribuinte ingressou, em 25/09/2000, com a impugnação de fls. 220/271.

Relativamente ao IRPJ e tributação das contribuições decorrentes, a impugnante apresentou, em suma, as seguintes alegações:

Inicialmente, ilegitimidade passiva. Não lhe poderiam ser atribuídas as irregularidades apontadas no termo de constatação fiscal nem ter auferido as vantagens econômicas dos fatos tidos irregulares.

Os recursos obtidos pertenceriam ao Município de Araçatuba - SP, portanto seria esse o sujeito passivo dos lançamentos do imposto e das contribuições que foram efetuados. O empreendimento pertenceria ao município e teria sido instituído por ele em prol da previdência social de seus servidores. Dessa forma, a contribuinte não teria relação pessoal e direta com os fatos geradores da obrigação tributária principal, como conceituado no CTN, art.121, I, parágrafo único.

Ressaltou que a pessoa jurídica não pode agir com dolo, só é possível que alguém haja com dolo em seu nome. Que o inciso I do citado artigo dispõe que a responsabilidade é do agente, da pessoa que praticou a infração à legislação tributária, ressaltando: "salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato...".

Considerou que deve responder pela multa aquele que determina a ação.

Refutou a cominação da penalidade prevista na Lei nº 9.430, de 1996, art.44, II, multa de 150%, considerando-a igualmente ilegítima. Alegou que não poderia ser penalizada com a multa exigida, aplicável somente quando detectado o evidente intuito de fraude. Aduziu que a multa é pessoal, imputável ao agente. Que a conclusão quanto à prática de crime só poderá ser extraída contra quem represente a sociedade autuada, sob pena de se estar pretendendo que a penalidade passe da pessoa do infrator, contrariando o CTN, art. 137.

Aduziu que não houve prática de infração conceituada como crime. Os atos inquinados de criminosos teriam sido praticados no exercício regular de administração, mandato de função. Uma ordem, que chamou de permissão, baixada por decreto municipal, ter-lhe-ia autorizado a realização do bingo.

Se o fisco considera que o Poder Legislativo do Município de Araçatuba não poderia ter aprovado a Lei nº 4.592, de 31 de dezembro de 1995, deveria ter tomado as providências quanto a declarar inconstitucional a lei ou medidas administrativas contra quem instituiu o serviço de bingo, beneficiou-se dele e ficou com a correspondente renda e imposto retido na fonte, pois ambos teriam sido repassados ao município na forma do decreto municipal.

Ressaltou que teve a preocupação de cumprir fielmente as normas aplicáveis, aduzindo que, no momento em que o Esporte Clube Corinthians de Araçatuba teve seu credenciamento cassado pela Secretaria da Fazenda Estadual, denunciou o contrato que mantinha com a instituição para não ficar na ilegalidade, voltando a

atuar somente quando convidada pelo município, administrando os serviços de bingo por ele instituído em lei.

Ainda, que a tributação não poderia prevalecer, por fundar-se em pressupostos afrontosos ao direito e à legislação tributária, caracterizando confisco, dirigida contra quem não deu causa nem auferiu vantagens econômicas nos fatos imputados.

Contestou o relatado no termo de constatação fiscal a respeito da natureza comercial da sociedade, alegando que a administração do jogo de bingo, se não for exercida pela própria entidade desportiva, só pode ser confiada a empresa comercial.

Refutou a cobrança de juros com base na taxa referencial do sistema especial de liquidação (Selic), considerando-a inconstitucional. Alegou que a Constituição Federal (CF), art. 192, § 3º, prescreve a cobrança de doze por cento ao ano. Assim a cobrança de juros com base na Selic deveria ser substituída pela taxa de 1% (um por cento) ao mês, prevista no CTN, art. 161, § 1º.

Para instrução processual, juntou os documentos de fls. 272 a 295, instrumento de mandato, alterações contratuais, tabela de código de atividade econômica, acórdão sobre Selic.

Reaberto o prazo de trinta dias para manifestação após conhecimento do processo nº 108020.001085/00-07 que trata da exclusão do Simples, apresentou sua manifestação, de fls. 322/324, na qual ratificou as razões da impugnação apresentada e solicitou que sejam considerados nulos os autos de infração relativos ao presente processo."

Acresço ao relatório elaborado pelo julgador *a quo* que a empresa somente tomou ciência do Ato Declaratório de Exclusão do Simples nº 17, expedido em 02 de agosto de 2000, com fulcro no artigo 14, inciso V, da Lei nº 9.317/96, após haver tomado ciência dos Autos de Infração objetos deste processo administrativo (24 de agosto de 2000) razão pela qual foi reaberto o prazo para oferecer manifestação de inconformidade contra o ato administrativo e para aditar a impugnação aos lançamentos tributários.

A Notificação nº 564/2000, fls. 317, cancelou a anterior e promoveu a ciência da contribuinte do despacho proferido no processo nº 10820.001217/00-38 - referente à exclusão do Simples -, em 22 de novembro de 2000 (fls. 316), e ressaltou a conexão entre os processos.

A exclusão do Simples foi mantida em primeiro grau, consoante cópia da decisão pertinente às fls. 348 a 354 - Acórdão nº 1.454/01, pelo fato de a empresa haver praticado reiterada infração tributária.

O aresto proferido em primeiro grau, relativo a este processo, manteve integralmente os lançamentos tributários.

A empresa recorreu da decisão de primeiro grau às fls. 392 a 431, reprisando, em suma, os argumentos da defesa inicial."

Em retorno da diligência supra referenciada, constata-se que ambos os processos administrativos fiscais pertinentes à exigência de IRRF pela atividade de exploração de bingo e distribuição de sorteios, bem como à exclusão da empresa do Simples Federal, já encontram-se julgados de forma definitiva no âmbito administrativo.

Às fls. 467 a 517 foram juntadas as seguintes peças do processo administrativo fiscal nº 10820.001218/00-09 - IRRF, em cópias: Acórdão nº 106-128.443/02, prolatado pela Sexta Câmara do então Primeiro Conselho de Contribuintes; Recurso Especial da Procuradoria da Fazenda Nacional; Despacho denegatório do Recurso Especial; Agravo; Despacho da CSRF (Câmara Superior de Recursos Fiscais) rejeitando o agravo regimental.

Assim restou ementado o acórdão e decidido o processo relativo à exigência de IRRF pela exploração de jogos de bingo exercida pela autuada, mantendo parcialmente o lançamento tributário para reduzir a multa de ofício de qualificada (150%) para regular (75%):

“EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE BINGO SEM AUTORIZAÇÃO DE ENTIDADE DESPORTIVA. SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. A empresa que explora a atividade de sorteios em jogos de "Bingo" sem autorização de entidade desportiva é a responsável pelas obrigações tributárias inerentes a essa atividade.

DISTRIBUIÇÃO DE PRÊMIOS. JOGOS DE BINGO. Os prêmios pagos em bens e dinheiro, mediante realização de "Bingo", sofrem tributação exclusiva na fonte; no caso de dinheiro, cabe o reajustamento da base de cálculo quando a fonte pagadora assume o ônus do imposto devido pelo beneficiário.

MULTA DE OFÍCIO - É devida a multa de ofício de 75%, quando a fonte pagadora, sujeito passivo da obrigação tributária de recolher o imposto devido exclusivamente na fonte, deixar de recolhê-lo aos cofres públicos.

JUROS MORATÓRIOS - TAXA SELIC - O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta. O percentual de juros a ser aplicado no cálculo do montante devido é o fixado no diploma legal, vigente à época do pagamento.

Recurso parcialmente provido.

[...]

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.”

No que respeita à exclusão da empresa do Simples Federal, o Acórdão nº 1402-00.395/11, prolatado recentemente pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara desta 1ª Seção, manteve a exclusão da sistemática. Assim restou ementado o aresto:

“SIMPLES. EXCLUSÃO. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. Exclui-se do Simples, de ofício, a pessoa jurídica que praticou, reiteradamente, infração à legislação tributária, bem como extrapola o limite da receita bruta.”

A empresa, tempestivamente, interpôs o Recurso de fls. 392 a 431, reiterando os termos da defesa exordial, e atacando o acórdão pelas seguintes razões, em suma:

a) nulidade do acórdão recorrido por afronta ao artigo 31 do Decreto nº 70.235/72, pois não apreciou diversos tópicos expostos na impugnação, concernentes à: qualificação da multa de ofício aplicada; natureza comercial da sociedade autuada; habilitação da impugnante para a atividade exercida;

b) a recorrente não questionou a constitucionalidade de qualquer norma para que a turma julgadora de primeira instância argumentasse a impossibilidade de manifestar-se a

respeito desta matéria; somente argumentou que praticou atos sob a guarida de uma lei que não fora declarada inconstitucional e, por conseguinte, reputa-se válida;

c) nulidade do Ato Declaratório Executivo de Exclusão por ausência de motivação e conseqüente nulidade dos Autos de Infração decorrentes contra si lavrados; a posterior determinação da autoridade *a quo* para que nova notificação fosse enviada à recorrente para ciência das causas de exclusão quando já houvera sido cientificada das autuações, confirma *per si* a insubsistência dos Autos de Infração que foram lavrados em decorrência da exclusão, todavia, contraditoriamente, antes que a exclusão fosse regularmente cientificada; a autuação sofrida anteriormente à empresa ser efetivamente excluída do Simples não pode prosperar, dada a conexão das matérias; a fiscalização deveria ter anulado de igual forma os Autos de Infração primeiros e lavrar novos, após a ciência regular da exclusão;

d) a recorrente não é sujeito passivo da obrigação tributária que lhe está sendo imposta; a pessoa jurídica de direito público que tem relação pessoal e direta com os fatos geradores da obrigação tributária em questão é a Prefeitura Municipal de Araçatuba, nos termos do art. 121, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN;

e) a aplicação da multa qualificada é descabida, pois somente pode ser aplicada diretamente à pessoa física com poder de gerência, quando comprovadamente agiu com dolo, não sendo oponível à pessoa jurídica; a recorrente agiu no exercício regular de administração, exercida em nome da prefeitura Municipal de Araçatuba, por força de lei municipal e decreto; a turma julgadora *a quo* não contraditou esta preliminar, incorrendo em nulidade o acórdão ora recorrido;

f) argumenta que a tributação erguida afrontou o direito e a legislação tributária, caracterizando verdadeiro confisco, dirigida contra sujeito passivo que não deu causa nem auferiu vantagens econômicas dos fatos imputados;

g) sobre a natureza jurídica da recorrente, assevera que é sociedade comercial e não sociedade civil que presta serviços de corretora ou representante comercial, não podendo ser equiparada a estas atividades devido à exploração do bingo, não podendo prevalecer a sua exclusão e as conseqüentes autuações fiscais; também esta questão não foi enfrentada pela turma julgadora *a quo*;

h) a autoridade fiscal equivoca-se ao insistir que a atividade da recorrente é a exploração do bingo; a recorrente foi meramente executora dos serviços, mas não os exerceu por conta própria; a renda não lhe pertencia, mas sim administrou a atividade que constituiu serviço público municipal criado por lei, cuja destinação da renda verteria à Seguridade Social do Município de Araçatuba; a recorrente transcreveu os dispositivos pertinentes à Lei municipal nº 4.592/95; esclareceu também que pelo Decreto nº 7.642/96 restou estabelecida a obrigação de repassar semanalmente a renda líquida auferida e o imposto de renda retido dos ganhadores no bingo;

i) defende a recorrente que a lei municipal não pode deixar de ser observada sem ser declarada inconstitucional; o fato da matéria tratada na lei municipal ser também tratada em lei federal não lhe retira a validade, pois não existe hierarquia entre os níveis de governo, mas somente competências a observar; sem a declaração de inconstitucionalidade da norma municipal, a fiscalização deveria ter lavrado os Autos de Infração contra o Município de Araçatuba;

j) a turma julgadora fugiu ao escopo da questão trazida, pois a recorrente não indagou sobre a competência para legislar sobre o bingo, mas sim o que fazer com o município que editou lei e instituiu o serviço em favor à si;

k) discorre sobre o código de atividade utilizado – 5429 – concernente a serviços de diversão não especificados até maio de 1995 e a alteração posterior para 5122 – referente a bares, botequins e café e, depois ainda, para 5522-0-00 – lanchonete, casas de chá, sucos e similares, e à conclusão fiscal que alterara com o propósito de evadir-se à eventual fiscalização, pois deveria ter adotado o código 9262-2-01 próprio às casas de bingo ou exploração do jogo; a imprecisão praticada pelo contador da empresa não pode ser imputada à recorrente nem ser lastro para presumir-se que a recorrente agiu dolosamente e ser-lhe imputada a prática de crime; a recorrente recolheu todos os tributos que devia ao fisco; os valores ora exigidos não são de responsabilidade da recorrente, mas do Município de Araçatuba incorrendo em erro grave a administração tributária em lavrar os Autos contra recorrente; o código de atividade deveria ser retificado de ofício pela autoridade fiscal e não induzir a outras conclusões extremadas;

l) a recorrente não pode em nenhuma hipótese ser responsabilizada pelas infrações debatidas pois agiu em nome de pessoa que a habilitou para assim agir em seu nome – agiu nos estritos limites da permissão recebida, por lei e por decreto municipais;

m) assim que o Esporte Clube Corinthians de Araçatuba teve seu credenciamento cassado pelo Estado de São Paulo, a recorrente denunciou o contrato que havia firmado com esta entidade esportiva; somente depois que a Prefeitura concedeu a permissão é que voltou a explorar o bingo; somente no ano de 2000 foi alterada a redação do parágrafo único do art. 61 da Lei nº 9.615/98 impondo a responsabilidade à empresa comercial administradora de jogos de bingo por conta de terceiro de pagar os tributos incidentes sobre as respectivas receitas;

n) a turma julgadora recorrida age em mero reflexo à atitude da fiscalização, ignorando a lei e o decreto municipais, como se assim lhe fossem lícito fazê-lo;

o) discorre sobre a representação fiscal para fins penais;

p) argúi o caráter confiscatório da tributação em verdadeiro disparate com a situação da empresa e de seus sócios;

q) ataca a invocação do artigo 126 do CTN pela turma julgadora *a quo* como fundamento na decisão, pela impropriedade de igualar os termos da permissão concedida por lei, regulamentada por decreto, a “*convenções particulares*”;

r) a fiscalização não poderia ter desconsiderado os atos e negócios da recorrente como fez; os negócios não pertenciam à recorrente, mas sim à Prefeitura Municipal de Araçatuba; a redação dada ao artigo 116 do CTN por Lei Complementar sobre esta matéria não existia à época dos fatos geradores das obrigações tributárias em questão e ainda hoje a lei ordinária necessária à efetiva desconsideração de atos e negócios jurídicos não foi editada;

s) solicita a insubsistência das tributações reflexas a título de PIS, Cofins e CSLL pelas mesmas razões fartamente expendidas;

t) ataca a cobrança dos juros calculados pela taxa Selic.

É o suficiente para o relatório. Passo ao voto.

Voto

Conselheira Ana de Barros Fernandes, Relatora

Conheço do recurso interposto, por tempestivo.

Primeiramente, cabe ressaltar que a matéria litigiosa veiculada nos presentes autos centra-se na autuação sofrida pela recorrente formalizada nos Autos de Infração lavrados para a exigência de IRPJ, Cofins, PIS e CSLL de fls. 06 a 45, devido a constatação pela autoridade fiscal de omissão de receitas auferidas da atividade de exploração de bingo (infração 001) e diferenças apuradas em receitas auferidas pela atividade de venda de mercadorias em bar/lanchonete (infração 002). O Termo de Constatação Fiscal e as planilhas demonstrativas dos valores apurados em fiscalização – fls. 46 a 97 – explicitam a omissão reiterada das receitas atribuídas à recorrente.

A despeito do referido Termo de Constatação Fiscal versar ainda sobre as razões de exclusão da empresa do Simples Federal – prática reiterada de infração fiscal – e de infrações concernentes à exigência de IRRF devido pela distribuição de prêmios em dinheiro, estas matérias são estranhas ao presente litígio visto que foram formalizados processos administrativos distintos para cada assunto tributário. E apesar de serem matérias conexas, prescindem do julgamento de forma conjunta, constatando-se que ambos litígios já foram dirimidos no âmbito administrativo, restando somente a apreciação das omissões de receitas atribuídas à recorrente.

Desta forma, neste voto não serão apreciadas as argumentações da recorrente concernentes à sua exclusão do Simples Federal ou referente à tributação do IRRF, já encontrando-se findas na esfera administrativa estas discussões.

I. Das Preliminares

I.a) Nulidade dos Autos de Infração.

A recorrente insurge-se contra a lavratura dos Autos de Infração em momento anterior à sua regular ciência do ADE de exclusão do Simples, reputando-lhes nulos. Entende que somente poderiam ter sido lavrados após ser excluída do Simples. Todavia, a exclusão do Simples decorre do fato de a fiscalização haver constatado reiterada omissão de receitas e ausência de recolhimento de IRRF em vários e consecutivos anos, o que caracteriza a prática reiterada de infrações tributárias, conduta tipificada no inciso V do art. 14 da Lei nº 9.613/97, que disciplina o Simples Federal. Ambos os procedimentos fiscais – autuação e representação para a exclusão – decorreram da mesma ação fiscal, não sendo relevante qual dos atos foi primeiramente cientificado à contribuinte, esclarecendo-se que o ato administrativo de exclusão tem natureza jurídica declaratória e não constitutiva de estado de direito. O ADE cuida de declarar que a empresa não pode permanecer na opção pelo Simples e, na hipótese vertente, a sua exclusão é devida com efeitos retroativos por força da própria norma instituidora e que disciplina o Simples, ou seja, desde o ano-calendário de 1997 – ADE às fls. 346.

Assim é que a partir da constatação das irregularidades apontadas, é dever da autoridade fiscal promover a lavratura dos Autos de Infração que formalizam as exigências dos tributos e, neste caso, comprovam a prática reiterada das infrações tributárias, bem como solicitar a emissão do ADE pertinente à formalização da exclusão da empresa do regime de tributação criado por favor fiscal. As datas de ciência por parte do contribuinte de um ou outro ato administrativo, sendo distintas, não prejudicam a validade de cada ato.

O que é importante e reflete entre estes atos é se estão em consonância. Verifico no presente caso, que esta consonância foi observada. Como a autoridade fiscal explicou no Termo de Constatação, parte integrante dos Autos, apesar da exclusão ter efeitos a partir de 1º de janeiro de 1997, para o ano-calendário de 1996 a empresa não optou pelo regime de tributação favorecido, mas sim pela apuração dos tributos na forma do lucro presumido. Por conseguinte, os Autos de Infração lavrados para a exigência de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, desde o ano de 1996, pelo regime optado pela empresa em 1996 – lucro presumido – não padecem de qualquer vício que lhes possa acarretar a argüida nulidade.

I.b) Nulidade do acórdão recorrido.

A recorrente argumenta que a decisão de primeira instância padece de nulidade por não observância das disposições do artigo 31 do Decreto nº 70.235/72, que disciplina o processo administrativo fiscal – PAF. *In verbis*:

Art. 31. A decisão conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Interpreta a recorrente o dispositivo supra como sendo necessária, de forma absoluta e individual, a apreciação de todas as argumentações veiculadas nas peças de defesa.

Esta interpretação literal deve ser preterida à interpretação sistemática. O PAF disciplina em seus artigos 59 e 60 as causas de nulidade processuais, bem como os seus efeitos:

Das Nulidades

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

(grifos não pertencem ao original)

Da interpretação conjunta dos remissivos acima transcritos – art. 31 em face aos arts. 59 e 60 – depreende-se que o preceito invocado pela recorrente impõe às autoridades julgadoras o dever de fundamentar a decisão proferida em face àquelas alegações que possam influenciar na solução do caso em concreto, a fim de não haver o cerceamento na defesa da recorrente. Se a omissão, ou a não individuação, do tópico aventado pela defendente não influir na solução do litígio, não precisa, necessariamente, ser abordado na decisão administrativa.

Passando a analisar os pontos de irresignação da recorrente quanto a esta preliminar, verifico que não houve o desprezo aos seus argumentos, como apregoa. Nos tópicos concernentes à natureza jurídica da empresa, se comercial ou prestadora de serviços, ou mista, esta questão, embora discorrida no Termo de Constatação Fiscal, não influi de forma alguma no deslinde do presente litígio, pois, como já explicitado no preâmbulo deste voto, trata o presente processo de omissão de receitas e da sujeição passiva da obrigação tributária. A omissão de receitas verificada impõe a lavratura dos Autos de Infração de forma cogente à autoridade administrativa responsável pelo lançamento tributário. Equivoca-se a recorrente ao vincular este dever funcional à exclusão da empresa do Simples – art. 142 do CTN.

Da mesma forma, irrelevante a discussão proposta sobre a habilitação da empresa para a atividade de exploração do bingo ou ainda sobre a responsabilidade pessoal tributária do agente, que defende ter agido como em nome de terceiro ou agido em exercício regular de administração, ou sem dolo, invocando o artigo 137 do CTN. Todos estes tópicos foram refutados de plano pela turma julgadora *a quo* ao refutar a validade e efeitos da lei e decretos municipais invocados pela recorrente. A fundamentação do aresto sobre a sujeição passiva no explícito sentido de considerar a autuada como contribuinte dos tributos lançados contra si, implicam na superação destes tópicos e por esta razão não influenciaram na decisão do litígio.

Apesar da recorrente argumentar veemente que não inquiriu sobre a competência para legislar sobre bingos, esta matéria, entendeu a turma julgadora *a quo* foi fundamental para a definição do sujeito passivo da obrigação tributária, *in casu*, recolhimento de tributos incidentes sobre a receita auferida na exploração do jogo do bingo. E a deliberação foi tomada com fulcro nesta definição da competência legislativa estabelecida constitucionalmente e nas leis estaduais que disciplinam a atividade de exploração de bingos.

Pelo exposto, afasto as arguições preliminares da recorrente de nulidade dos Autos de Infração, bem como do aresto vergastado.

II. Do mérito.

II.a) Da sujeição passiva e dos efeitos tributários dos atos municipais.

Concordo com a decisão atacada que os atos municipais, ainda que oriundos do poder legislativo e/ou executivo não podem ser opostos contra as disposições do Código

Tributário Nacional para alterar definição de contribuinte ou responsável pelo cumprimento das obrigações tributárias.

A lei municipal ao invadir a competência traçada constitucionalmente e normatizar sobre a exploração de jogo de bingo incorre em nulidade absoluta e não pode ser de forma alguma reputada como válida, como defende a recorrente. A declaração de inconstitucionalidade a que está fadada possui efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagem até a data de sua edição. Ainda mais porque foi editada em flagrante ofensa às normas que estabelecem rígidos preceitos para a exploração do jogo do bingo.

À luz do que dispõem as normas que disciplinam a exploração desta atividade, exaustivamente expostas no acórdão guerreado e citadas no Termo de Constatação Fiscal, colocam a recorrente como a contribuinte dos tributos lançados *ex officio*.

O repasse dos valores auferidos na atividade prestada pela empresa à Prefeitura Municipal de Araçatuba não a exime do recolhimento dos tributos devidos, ainda que o Município haja resolvido editar uma lei neste sentido. A invasão legiferante praticada pelo município não se subsume à matéria da exploração do jogo do bingo, mas também à matéria tributária federal. É cediço que a Carta Magna ao dispor sobre o Sistema Tributário Nacional reservou unicamente à União legislar sobre o IRPJ, Cofins, CSLL e PIS, e às lei complementares o desempenho de estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes – artigos 146 e 153 da Constituição Federal (CF).

Daí não ser arbitrário haver-se invocado o artigo 123 do CTN para o repúdio dos atos municipais sob os quais se alberga a recorrente:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, 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.

Os referidos atos municipais editados desprovidos de absoluta competência material assemelham-se a meras convenções particulares em seus efeitos tributários.

Ademais, ainda que, por hipótese, considerasse-se existente a responsabilidade solidária pelo cumprimento das obrigações tributárias ora impostas, entre a recorrente e a Prefeitura Municipal de Araçatuba, nunca é demais trazer à discussão o parágrafo único do artigo 124 do CTN:

Solidariedade

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

(grifos não pertencem ao original)

Vale dizer, o Estado na sua função de exigir os tributos devidos pode eleger o responsável solidário, sem que este possa invocar o benefício de ordem. Assim as arguições de que o fisco deveria ter eleito a Prefeitura Municipal de Araçatuba como a contribuinte de fato dos tributos lançados contra si, por ser de seu interesse a arrecadação das receitas e por receber os benefícios, em atividade que é explorada pela recorrente, não pode ser oposta à Fazenda Nacional. Só lhe cabe, no campo privado, ingressar com a devida ação regressiva, se sente-se lesada.

Faço coro com as bem esposadas razões de decidir da turma julgadora de primeira instância sobre as consequências tributárias sofridas pela recorrente ao explorar a atividade de jogo do bingo estando sem a autorização exigida pelo Poder Público competente a fornecê-la, ou sequer vinculada a qualquer entidade desportiva credenciada junto ao Estado de São Paulo. Por constarem expressamente do acórdão combatido, deixo de reproduzir os artigos pertinentes à esta matéria das seguintes normas: art. 22, XX, CF; Lei nº 8.672/93 (Lei Zico), Decreto nº 981/93; Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), Decreto nº 2.574/98. Por força destes diplomas legais específicos para a regulamentação do bingo, a recorrente, inicialmente vinculada ao Esporte Clube Corinthians de Araçatuba, não poderia continuar a exercer esta atividade após a entidade esportiva perder o seu credenciamento, em fevereiro de 1996. Se o fez, foi ao completo arrepio das normas reguladoras e deve se sujeitar às consequências de seu ato, inclusive, tributárias.

E, por último no que concerne a este tópico, mas não de menor importância, saliente-se que quem praticou os fatos geradores da obrigação tributária, ou seja, promoveu e explorou os jogos de bingo, foi, efetivamente, a recorrente em estabelecimento seu, o que lhe iça à condição, sim, de contribuinte, sujeito passivo da obrigação de pagar os tributos decorrentes da prática destes fatos. Semelhantemente, ocorre com as agências de viagens, que ao prestarem os serviços de venda de passagens aéreas, auferem estas receitas e as oferecem à tributação, apesar dos valores das passagens serem repassados às companhias aéreas.

Por estas razões, concluo que a sujeição passiva definida na presente autuação foi estabelecida em estrita conformidade com as normas tributárias vigentes, nada havendo a reparar no lançamento tributário neste concernente.

Saliento, aliás, que os valores apurados pela fiscalização a título de omissão de receitas, e lançados de ofício, não foram contestados pela recorrente. Também deve restar registrado que não há qualquer ilação da recorrente, acompanhada de respectiva prova, que os tributos devidos e ora exigidos tenham sido pago pela pessoa jurídica a quem insiste em atribuir a responsabilidade pelos pagamentos.

II.b) Da qualificação da multa de ofício

A argumentação da recorrente sobre a aplicação da forma qualificada da multa de ofício cominada para os lançamentos tributários realizados de ofício só estar prevista em relação a pessoas físicas é totalmente descabida. A Lei nº 9.430/96 em seu artigo 44 é que prevê a penalidade tributária e é aplicável tanto para pessoas jurídicas, como para pessoas físicas que se enquadrem nas hipóteses que define. A fundamentação legal para a aplicação da multa, a propósito, constou dos Autos de Infração em questão.

No que concerne a este tópico, apesar de bem defendida a adoção da forma qualificada da multa aplicada, tanto pela autoridade *a quo*, quanto pela turma julgadora de primeira instância, ousou divergir do entendimento firmado por entender que falta aos autos

provas mais convincentes de que a recorrente agiu efetivamente com o dolo de fraudar o fisco, admitindo como escusa para extrair esta vontade delitiva da recorrente a confusão maquinada pelos órgãos públicos municipais envolvidos no presente caso. A multa a ser cominada na presente autuação, por ter sido realizada de ofício, por conseguinte deve ser reduzida ao percentual de 75%, aplicada na forma regular.

II.c) Da natureza confiscatória da tributação e da cobrança de juros à taxa Selic

A recorrente acusa de inconstitucionais as normas tributárias aplicadas nos lançamentos tributários objetos deste processo, em plena vigência. Cabe esclarecer que é defeso a este colegiado administrativo de julgamento se pronunciar sobre o assunto, sendo mansa e pacífica a jurisprudência firmada neste sentido, conforme se depreende da Súmula n. 02:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

E especificamente tratando-se dos juros – Selic, o CARF editou a Súmula nº 04:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

III. Da Representação Fiscal para Fins Penais

Para as contestações da recorrente em relação à Representação Fiscal para Fins Penais formalizada contra si, foge ao escopo do julgamento deste litígio. Invoca-se a Súmula nº 28:

Súmula CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Destarte, tratando-se de matérias sumuladas por este órgão, fica vedado a esta turma divergir do enunciado, nos termos do artigo 72, *caput*, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Ricarf (Portaria MF nº 256/09):

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

IV) Da tributação reflexiva – CSLL, Cofins e PIS

As tributações realizadas de ofício para exigência de CSLL, PIS e Cofins são decorrentes do lançamento tributário de IRPJ. Por conseguinte, o decidido em relação à exigência de IRPJ, deve ser estendido aos Autos de Infração lavrados para a exigência de CSLL, PIS e Cofins.

No mais, adoto as razões de decidir da turma julgadora de primeira instância por não confrontadas pontualmente pela recorrente.

Processo nº 10820.001217/00-38
Acórdão n.º **1801-001.153**

S1-TE01
Fl. 2.307

Por todo o exposto, voto, em preliminar, em afastar as nulidades suscitadas pela recorrente e, no mérito, em dar provimento em parte ao recurso voluntário para reduzir a multa de ofício para 75%.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes – Relatora