



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

Processo nº 10820.001217/00-38
Recurso nº
Resolução nº **1801-00.061 – 1ª Turma Especial**
Data 28 de junho de 2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente FLAMINGO ARAÇA BAR E EVENTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos converter o julgamento em realização de diligência, nos termos do voto da Relatora.

(documento assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes – Presidente e Relatora

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Maria de Lourdes Ramirez, Magda Azario Kanaan Polanczyk, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Ana de Barros Fernandes.

RELATÓRIO

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, teria 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 conseqüência 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 aja 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, ressalvando: "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 Coríntians 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.

Deixo de relatar em minúcias as razões contestatórias por ter que tratar-se primeiramente de matéria prejudicial.

Em sessão realizada em 16 de outubro de 2002 no então Primeiro Conselho de Contribuintes, a 5ª Câmara resolveu converter o julgamento em diligência (Resolução nº 105-1.157 – fls. 454 a 457) para que fossem anexados ao presente processo informações sobre o conteúdo e andamento do processo nº 10820.001085/00-07, dada a íntima relação entre os dois processos.

Informado que o processo se encontrava no Terceiro Conselho de Contribuintes para a apreciação, em despacho circunstanciado, fls. 464, o processo foi devolvido ao órgão de origem para que somente após a decisão proferida pelo segundo grau retornasse a este órgão colegiado.

Por sua vez, em atendimento à diligência solicitada, a unidade de jurisdição da contribuinte, juntou às fls. 477 a 494 a Resolução nº 303-01.145 proferida pela Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes pela qual decidiu-se, de igual forma ao Primeiro Conselho, encaminhar os autos de exclusão do Simples para a unidade que jurisdiciona a recorrente e aguardar a decisão deste processo. Extraio trecho daquela Resolução, por oportuno:

“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. 90, 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 (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 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

juízo administrativo, nos processos nº 10820.001217/00-38 e nº 10820.001.218/00-09, cujas decisões constituem condição prévia ao julgamento deste processo.”

É o relatório.

VOTO

Conselheira Ana de Barros Fernandes, Relatora.

Conheço do recurso interposto, por tempestivo.

Com efeito, concordo que os três processos estão intimamente conectados, sendo de bom avilte serem decididos conjuntamente.

E,

I) considerando que a competência atualmente para decidir sobre a exclusão do Simples Federal é desta 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Carf, bem como também para dirimir conflitos que versem sobre o IRRF em procedimentos conexos referentes à exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para consubstanciar exação de IRPJ, nos termos do artigo 2º, incisos IV e V, do Anexo II do Regimento Interno do Carf (Ricarf):

Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

I - Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ);

II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL);

III - Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando se tratar de antecipação do IRPJ;

IV - demais tributos e o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ; (Redação dada pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)

V - exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) e ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (SIMPLES-Nacional);

II) considerando as disposições contidas no artigo 1º, inciso I, alíneas “a” e “f”, c/c o art. 3º, ambos da Portaria RFB nº 666/08:

Art. 1º Serão objeto de um único processo administrativo:

I - as exigências de crédito tributário do mesmo sujeito passivo, formalizadas com base nos mesmos elementos de prova, referentes:

a) ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e aos lançamentos dele decorrentes relativos à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), ao Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), à Contribuição para o PIS/Pasep ou à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins);

b) à Contribuição para o PIS/Pasep e à Cofins, que não sejam decorrentes do IRPJ;

c) à Contribuição para o PIS/Pasep e à Cofins devidas na importação de bens ou serviços;

d) ao IRPJ e à CSLL; ou

e) às Contribuições Previdenciárias da empresa, dos segurados e para outras entidades e fundos; ou (Redação dada pela Portaria RFB nº 2.324, de 3 de dezembro de 2010) (Vide art. 2º da P RFB nº 2.324/2010)

f) ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples); (Incluída pela Portaria RFB nº 2.324, de 3 de dezembro de 2010) (Vide art. 2º da P RFB nº 2.324/2010)

[...]

Art. 3º Os processos em andamento, que não tenham sido formalizados de acordo com o disposto no art. 1º, serão juntados por anexação na unidade da RFB em que se encontrem.

Voto em converter o julgamento na realização de diligência, devendo retornar os autos à unidade de jurisdição da recorrente, com o objetivo de juntar a este, por anexação, os processos nºs 10820.001217/00-38 e 10820.001.218/00-09 para serem julgados concomitantemente, devendo após retornar a esta Relatora.

No caso de verificar-se que o processo relativo à exigência de IRRF já ter sido julgado/pago, anexar ao presente cópia da decisão ou despacho que encerrou o litígio.

(documento assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes – Relatora