



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13888.723218/2015-34
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.812 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de setembro de 2020
Recorrente TOP TRAINING MUSCULACAO LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2015

ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. ATO ADMINISTRATIVO REGULARMENTE EMITIDO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O ato administrativo de exclusão do Simples Nacional que obedece a todos os requisitos essenciais de validade legal, expondo de forma clara e precisa o motivo da exclusão a que se refere, permite o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa ao interessado.

ESFERA CRIMINAL. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. INDEPENDÊNCIA.

Em certos casos a coisa julgada na esfera penal deve prevalecer na esfera administrativa, mas isso não implica que não se possa imputar desde já a penalidade na esfera administrativa, mesmo antes do término do processo na esfera penal (que pode inclusive nem ocorrer).

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. COMÉRCIO DE MERCADORIAS OBJETO DE DESCAMINHO OU CONTRABANDO.

A constatação do exercício de atividade relativa a comércio de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho enseja exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir do mês em que incorridas, impedindo nova opção pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes.

COMPROVAÇÃO DE DOLO. INTENÇÃO.

A responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator, vencido o conselheiro Cleucio Santos Nunes que dava provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregorio, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cléucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por TOP TRAINING MUSCULACAO LTDA - ME contra acórdão que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada diante de sua exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL promovida pela DRF/Piracicaba-SP.

Em seu relatório, a decisão recorrida assim descreveu o caso:

Em desfavor da empresa acima qualificada foi emitido, pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Piracicaba/SP (DRF/PCA), Ato Declaratório Executivo (ADE) N° 42, de 21 de setembro de 2016 (fl. 91), no qual fica declarada a exclusão da empresa da sistemática de tributação do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de setembro de 2015, em virtude da constatação da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, nos termos estatuídos na Lei Complementar 123/2006, artigo 29, VII.

A autoridade aduaneira lavrou representação fiscal para fins de exclusão da empresa do Simples Nacional, pelo motivo já citado (fls. 2 a 4).

A empresa comunicada de sua exclusão do Simples Nacional (fl. 92 – falta AR) ingressa com manifestação de inconformidade (fls. 94 a 99), na qual argumenta, em síntese, que:

- a) os produtos não eram de propriedade da empresa;
- b) estão ausentes materialidade e autoria, pois ainda tramita inquérito policial;
- c) há ausência de comprovação do dolo;
- d) a pena desrespeita diversos princípios constitucionais: presunção de inocência, proporcionalidade/razoabilidade, contraditório/ampla defesa; presunção de boa-fé objetiva e princípio da dignidade da pessoa humana.

A DRJ/Fortaleza proferiu, então, acórdão cuja ementa assim figurou:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2015

ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. ATO ADMINISTRATIVO REGULARMENTE EMITIDO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O ato administrativo de exclusão do Simples Nacional que obedece a todos os requisitos essenciais de validade legal, expondo de forma clara e precisa o motivo da exclusão a que se refere, permite o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa ao interessado.

ESFERA CRIMINAL. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. INDEPENDÊNCIA.

Em certos casos a coisa julgada na esfera penal deve prevalecer na esfera administrativa, mas isso não implica que não se possa imputar desde já a penalidade na esfera administrativa, mesmo antes do término do processo na esfera penal (que pode inclusive nem ocorrer).

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. COMÉRCIO DE MERCADORIAS OBJETO DE DESCAMINHO OU CONTRABANDO.

A constatação do exercício de atividade relativa a comércio de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho enseja exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir do mês em que incorridas, impedindo nova opção pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes.

COMPROVAÇÃO DE DOLO. INTENÇÃO.

A responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a interessada apresentou recurso voluntário onde, essencialmente, repete as alegações da manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Como relatado, a interessada não apresentou qualquer argumento para contestar os fundamentos da decisão recorrida. Apenas repetiu as razões já expostas na manifestação de inconformidade.

Em situações como esta, nas quais a parte não apresenta novas razões de defesa, o §3º, do art. 57, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/15, com a redação dada pela Portaria MF nº 329/17, autoriza a transcrição da decisão recorrida quando o relator do julgamento nesta Casa confirma e adota os seus fundamentos. É o que se propõe:

A lide está restrita à questão relativa à exclusão do regime tributário conhecido como Simples Nacional.

A respeito da alegação de que não há sentença condenatória na esfera criminal e, portanto, não poderia a administração tributária e aduaneira proceder à exclusão sem o trânsito em julgado, vejamos a conclusão da Divisão de Tributação da 9a. Região Fiscal da Receita Federal, em sede de consulta interna (a conclusão se refere a uma dúvida sobre o Simples Federal - Lei 9.317/1996, mas também é aplicável ao caso presente - Simples Nacional - LC 123/2006), que ora toma-se como paradigma:

"Vige em nosso ordenamento jurídico o princípio da independência das instâncias administrativa e penal. Sobre isso, abaixo transcrevemos alguns excertos da Informação Disit nº 4, de 2002:

"Note-se que a atuação da esfera administrativa e da esfera judicial têm em mira o mesmo objetivo, que consiste em restringir a liberdade de ação dos indivíduos em favor do bem público.

Enquanto a atividade administrativa é o que caracteriza o Poder Executivo, que tem por função atuar a lei em busca do interesse público, a jurisdição caracteriza o Poder Judiciário, enquanto atividade dirigida para a garantia do cumprimento da lei. Por outro lado, os três Poderes, conforme consta da Constituição, são independentes e harmônicos, mas formam um só Poder, o que explica o fenômeno de o Judiciário praticar atos de administração e o Executivo exercer atos que envolvem atividade jurisdicional, em suas respectivas áreas de atuação.

Pensando-se na repercussão da decisão proferida pelo juiz criminal sobre a órbita administrativa, verifica-se, primeiro, que prevalece a regra da independência entre as duas instâncias, ou seja, entre o processo administrativo e o processo criminal. Contudo, há casos em que a decisão proferida no juízo penal deve prevalecer, fazendo coisa julgada na área cível e na administrativa."

Por mais que, conforme acima exposto, em certos casos a coisa julgada na esfera penal deva prevalecer na esfera administrativa (ex. comprovada não ocorrência do fato) isso não implica que não se possa imputar desde já a penalidade na esfera administrativa, mesmo antes do término do processo na esfera penal (que pode inclusive nem ocorrer). E aplicando-se a penalidade na via administrativa, daí poderiam decorrer todos os demais efeitos previstos na legislação, inclusive o previsto no art. 15, VI da Lei nº 9.317/1997. Nada impediria que o referido inciso impusesse o aguardo da decisão final judicial para a concretização da hipótese, como aliás o fez do inciso seguinte (VII), tendo sido a opção do legislador.

Ainda como complemento de tal fundamentação, o inciso VI menciona "contrabando ou descaminho" que embora configurem o tipo penal previsto no art. 334 do Código Penal, também são figuras caracterizadoras de infrações administrativas, puníveis com aplicação de pena de perdimento e/ou multas, conforme art. 689 (alguns incisos), 690 e 692 do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759 de 2009). Ou seja, aqui a hipótese de exclusão seria a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho e não a prática de crimes de contrabando ou descaminho. Em sentido bem diverso é o

que prevê o inciso VII, que exige a ocorrência de "crime contra a ordem tributária", e além disso, com decisão transitada em julgado.

Por fim, cabe salientar que este entendimento também é aplicável à sistemática do Simples Nacional, instituído por meio da Lei Complementar nº 123 de 2006, eis que também prevê hipótese de exclusão com o mesmo teor (art. 29, VII).

Conclusão

Para a configuração da hipótese prevista no art. 14, VI da Lei nº 9.317, de 1996 (exclusão do Simples devido a "comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho"), é necessário o prévio exaurimento do processo administrativo fiscal, mas sem a necessidade de haver decisão final judicial comprobatória da ocorrência dos referidos ilícitos. Este entendimento também é aplicável à sistemática do Simples Nacional, instituído por meio da Lei Complementar nº 123 de 2006, que também prevê hipótese de exclusão com o mesmo teor (art. 29, VII).

(grifos acrescidos)

No que concerne à violação de princípios constitucionais, é importante frisar que o exame de validade de dispositivo previsto em lei, tendo por parâmetros princípios constitucionais, demandaria controle de constitucionalidade de normas, atividade exercida de maneira exclusiva pelo Poder Judiciário e expressamente vedada no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, a teor do art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

Em se tratando da exclusão do Simples Nacional no caso vertente, a matéria é regida pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (art. 29) e regulamentada pela Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011, aqui reproduzida no trecho pertinente:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando: (efeitos: a partir de 01/07/2007)

I – verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

VII – comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

/(...) Resolução 94/2011:

Art. 76 A exclusão de ofício da ME ou EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e §1º)

(...)

f) comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

(...)

§ 2º O prazo de que trata o inciso IV do caput será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro

(...)(original sem grifos)

Como se observa, pela leitura dos dispositivos acima transcritos, a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho enseja a exclusão do Simples Nacional com efeitos a partir do mês da ocorrência do evento. Além disso, aplica-se a penalidade do impedimento ao Simples Nacional por três anos consecutivos.

No caso concreto, a fiscalização aduaneira lavrou Auto de Infração com apreensão de mercadorias, após constatação de que havia no estabelecimento da empresa mercadorias de procedência estrangeira não acobertada por documentação fiscal que comprovasse a sua regular importação. Ficou configurada a tese de que a mercadoria foi importada clandestinamente, e assim, passível da aplicação da pena de perdimento (descaminho).

Os termos do mencionado auto de infração não foram contestados à época, tanto que a autoridade aduaneira lavrou o termo de revelia e declarou a pena de perdimento da mercadoria. Assim, não cabe mais recurso na esfera administrativa.

Neste aspecto, deveria o contribuinte ter apresentado suas razões no prazo de impugnação do auto de apreensão das mercadorias. Deixando de fazê-la tempestivamente, opera-se a preclusão temporal. Assim, no presente julgamento, não nos cabe analisar questões de mérito a respeito do auto de infração e termo de retenção lavrados, portanto, descabe qualquer acolhimento de pedidos referentes ao cancelamento do auto de infração e consequente apreensão de mercadorias.

Quanto à alegação sobre a ausência de dolo, reproduzo aqui o artigo 136 do CTN:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Em função disso, não há o que se decidir sobre a intenção do agente em se cometer os ilícitos tributários

Diante de todo o exposto, VOTO no sentido de CONSIDERAR IMPROCEDENTE a manifestação de inconformidade e, em consequência, manter a exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de setembro de 2015, além do impedimento à opção nos três anos-calendário subsequentes, nos termos do presente voto.

Não se pode, assim, dar guarida à pretensão recursal.

Pelo exposto, oriento o meu voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio