



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

Processo nº 13971.722474/2015-65
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-004.021 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de agosto de 2019
Matéria IRPJ
Recorrente THZ AUTOMOTIVE COMERCIO DE AUTOPECAS LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA PÚBLICA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

SIMPLES NACIONAL. SITUAÇÃO IMPEDITIVA. CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

É vedado o ingresso ou a permanência no Simples Nacional de Contribuintes que promovem a mercancia de objeto fruto de contrabando ou descaminho.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Evandro Correa Dias, Leonardo Luís Pagano Gonçalves, Murillo Lo Visco, André Severo Chaves (suplente convocado), Paula Santos de Abreu, Paulo Mateus Ciccone (Presidente). Ausente a Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio.

Relatório

Tratam-se de Recurso Voluntário interposto face v. acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil que decidiu manter o Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional de 05/05/2016 que excluiu a contribuinte retroativamente até fevereiro de 2008, nos termos do inciso VII do artigo 29 da Lei Complementar 123/06, devido a constatação de que a Recorrente importou, a partir de 08/02/2008 mercadorias utilizando-se da prática de subfaturamento, iludindo em parte o pagamento de tributos incidentes sobre o comércio exterior, infração que se encontra analisada nos autos do processo administrativo tributário 13971.722435/2015-68.

Para complementar o histórico fático dos autos, utilizo o relatório do v. acórdão recorrido.

1. Contra o Contribuinte em epígrafe foi expedido o Ato Declaratório Executivo - ADE - DRF/BLU nº 11, de 05 de maio de 2016 (fl. 89) que determinou a sua exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, assim instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Simples Nacional), forte na constatação de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho (art. 29, inciso VII, LC nº 123, de 2006), fixados os efeitos da referida exclusão a contar de 01/02/2008, tudo conforme apurado nos autos sob nº 13971.722435/2015-68 (auto de infração e termo de apreensão). Disso o Interessado teve ciência em 30/05/2016 (fls. 90/92), vindo a colacionar sua insurgência em 21/06/2016 (fls. 94/105, 116). Breve síntese, alega que os tipos penais pelos quais se vê acusado (descaminho e contrabando) não seriam objeto de qualquer investigação e/ou sentença em autos criminais próprios. Adentra, outrossim, à matéria versada nos autos sob nº 13971.722435/2015-68 e acresce (fl. 103; destaques do original):

2 - Diante desse quadro, a empresa Impugnante ingressou com Ação Judicial (processo nº. 5013251-42.2015.4.04.7205) que tramita perante a 1ª Vara Federal de Blumenau – SC, objetivando anular o Auto de Infração que decretou o perdimento, bem como, afastar as alegações de subfaturamento, encontrando-se na fase de instrução processual.

*3 - Conforme se vê, foi determinado por ordem judicial a realização de **PERÍCIA TÉCNICA**, objetivando com isto, apurar se houve ou não subfaturamento dos valores declarados, encontrando-se disponível o resultado dessa perícia em documento que é anexado ao presente processo administrativo.*

4 - Aqui, identifica-se uma situação inusitada, pois a empresa Impugnante está sendo excluída do SIMPLES NACIONAL, por

*ter a Autoridade Administrativa, identificado um “eventual subfaturamento” que está sendo discutido na esfera judicial, e mesmo diante desta situação, editou o **Ato Declaratório Executivo ADE-DRF/BLU nº. 11/2016**, tendo por fundamento uma circunstância que somente pode ser apurada após a conclusão de uma **Ação Penal**, pois o crime de contrabando e descaminho somente poderá existir no mundo jurídico, mediante pronunciamento da Autoridade Judicial Competente, o que não é o caso.*

Ato contínuo, a DRJ proferiu v. acórdão mantendo a exclusão da empresa do simples, registrando a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

SIMPLES NACIONAL. SITUAÇÃO IMPEDIENTE. CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

É vedado o ingresso ou a permanência no Simples Nacional de Contribuintes que promovem a mercancia de objeto fruto de contrabando ou descaminho.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada com o v. acórdão, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário alegando preliminar de nulidade devido a erro na fundamentação do Ato Declaratório de Exclusão e de resto repisa os mesmos argumentos da impugnação e junta cópia da sentença proferida no mandado de segurança que impetrou junto ao judiciário para liberar as mercadorias apreendidas para fiscalização.

Ato contínuo, os autos foram remetidos para as Turmas Ordinárias do E. CARF/MF e foram distribuídos para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e possui os requisitos previstos na legislação, motivos pelos quais deve ser admitido.

Preliminar:

A Recorrente explica que a Fiscalização fundamentou a exclusão da empresa do Simples Nacional por ter praticado contrabando e descaminho, com base no artigo 334, parágrafo primeiro, do Código Penal e que tal dispositivo apenas entrou em vigor em 26/06/2014, ou seja depois da data em que ocorreram as infrações, 08/02/2008.

Deste modo, alega que como o dispositivo que fundamentou a exclusão da Recorrente do Simples não existia no momento em que ocorreu a infração imputada, o Ato Administrativo editado em 05/05/2016 é nulo.

Requer também, caso não seja acolhida a alegação inicial, que ao menos considere o início dos efeitos da exclusão do Simples a partir da data em que foi editado o Ato Administrativo de Exclusão, eis que o artigo 334 do CP não estava em vigor na data em que ocorreu a infração de descaminho.

Pois bem. Passo a analisar as alegações preliminares.

Ao proceder a leitura do Ato Executivo notei que Fiscalização não fundamentou a exclusão da Recorrente do Simples nos termos do parágrafo primeiro do artigo 334 do Código Penal, mas sim nos termos do inciso VII do artigo 29 da Lei 123/06, que é norma tributária e trata exatamente de contrabando e descaminho.

Tal dispositivo tributário se encontra em vigor desde a promulgação da Lei Complementar 123/06, portanto antes de ter ocorrido a infração tributária em análise nos autos do processo administrativo tributário 13971.722435/2015-68.

Ademais, o Ato de Exclusão seguiu o que foi constatado no Auto de Infração que se encontra em trâmite no processo 13971.722435/2015-68, onde foi aprofundada a motivação da infração tributária de contrabando e descaminho devido a constatação de subfaturamento.

O fato de na Representação Fiscal para Exclusão a Fiscalização descrever em nota de rodapé o artigo 344 do CP não acarreta em nulidade o Ato Administrativo de Exclusão do Simples Federal, eis que este último (Ato de Exclusão) foi fundamentado em norma tributária que estava em vigor antes de ter ocorrido a infração praticada pela Recorrente de contrabando e descaminho.

Nesta toada, também entendo que o requerimento subsidiário para que os efeitos da exclusão somente se iniciem a partir da edição do Ato Executivo de Exclusão, ou

seja, a partir de 05/05/2016 pois o artigo 334 do CP não existia na época em que a Recorrente cometeu a infração, também entendo que não deve ser acolhida, eis que o inciso VII, do artigo 29 da Lei Complementar 123/06 já se encontrava em vigor antes de ter ocorrido a irregularidade tributária.

Assim, rejeito as alegações de nulidade feitas pela Recorrente referentes ao Ato de Exclusão do Simples Nacional devido a erro na fundamentação.

Quanto ao mérito.

Conforme apontado no v. acórdão recorrido, este processo de exclusão é decorrente do processo onde é tratado o Auto de Infração 13971.722435/2015-68.

No processo 13971.722435/2015-68, foi proferido v. acórdão de Recurso Voluntário não conhecendo do recurso e registrando a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 07/02/2008 a 13/06/2015

APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO. RITO EQUIVOCADO.

O objeto do presente processo é incompatível com uma exigência fiscal decorrente de uma relação jurídico tributária, porque sua gênese é uma SANÇÃO aplicação de pena de perdimento, com rito monofásico.

Por não ser uma exigência própria do Processo Administrativo Fiscal (Decreto 70.235/72 ; Decreto 7.574/2011) o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é o órgão competente para examinar a demanda.

Assim, como a C. Segunda Turma, da Terceira Seção do CARF decidiu não conhecer do Recurso Voluntário interposto no processo do Auto de Infração, devido ter entendido que o CARF não é o órgão competente para analisar a demanda existente no processo administrativo 13971.722435/2015-68 (Aplicação de pena de perdimento - rito equivocado), entendo que por decorrência a exclusão do Simples Nacional deve ser mantida conforme fundamentado no v. acórdão recorrido.

De resto, adoto os fundamentos do v. acórdão recorrido para motivar meu voto.

Formalizou-se contra o Interessado “Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guardo Fiscal”, encartado nos autos sob nº 13971.722435/2015-68. Feita a acusação, ao final, garantia-se ao interessado:

Fica o autuado ciente de que em conformidade com o § 1º do art. 27, do Decreto- Lei nº 1.455/76, lhe é facultado impugnar o presente Auto de Infração no prazo de 20 (vinte) dias da ciência desta intimação, findo o qual será caracterizada a REVELIA.

4. Como se vê, na oportunidade, fora garantido ao Contribuinte, com fundamento no art. 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, o direito de impugnar dito “Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guardo Fiscal” no prazo de 20 (vinte) dias contados da respectiva ciência. Reproduza-se o normativo:

Art 27. As infrações mencionadas nos artigos 23, 24 e 26 serão apuradas através de processo fiscal, cuja peça inicial será o auto de infração acompanhado de termo de apreensão, e, se for o caso, de termo de guarda.

§ 1º. Feita a intimação, pessoal ou por edital, a não apresentação de impugnação no prazo de 20 (vinte) dias implica em revelia. *(destacou-se)*

5. Com vistas ao que processado nos autos sob nº 13971.722435/2015-68, o Interessado fora devidamente cientificado da exigência/imprecação que se lhe fazia. Mais, no caso em apreço (autos sob nº 13971.722435/2015-68), a autoridade competente, segundo o rito esquadrihado no Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, conheceu da insurgência do Interessado, mas não foi ao seu mérito, vista a impetração do Mandado de Segurança sob nº 5008235-10.2015.4.04.7205, o qual repetia o objeto disputado nos autos sob nº 13971.722435/2015-68. Veja-se (fls. 847/851 dos autos sob nº 13971.722435/2015-68):

RELATÓRIO

Da constituição do Auto de Infração:

Trata-se o presente processo do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal, fls. 720/721, lavrado contra a contribuinte acima identificada, nos termos do Artigo 105, inciso VI, VII, XI do Decreto-Lei nº 37/66 e artigos 23, inciso IV e § 1º, e 24 do Decreto-Lei nº 1.455/76 (alterado pela Lei nº 10.637/2002), regulamentado pelo Decreto nº 6.759/09, artigo 689, incisos VI, VII, XI e § 3 -A; artigos 94, 95, 96, inciso II, III, 113 do Decreto-Lei nº 37/66, e artigos 23, 25 e 27 do Decreto-Lei nº 1.455/76, regulamentados pelos artigos 673, 674, 675, inciso II, 686, 687, 701 e 774 do Decreto nº 6.759/09.

2. O contribuinte foi cientificado em 01 de julho de 2015, fls. 802.

3. A impugnação foi protocolizada em 21 de julho de 2015, fls. 823.

4. Por necessidade de correção do Auto de Infração, foi elaborada a Informação DRF/BLU/SAANA Nº 0003/15, a qual foi dada ciência em 30 de julho de 2015; abrindo prazo para impugnação com relação a parte retificada, conforme fls. 804 e 835.

Da impugnação:

5. Irresignada com lançamento consubstanciado no Auto de Infração em comento, a interessada apresentou, em 21 de julho de 2015, petição impugnatória de fls. 823 a 826, alegando em síntese:

5.1 Que é empresa atuante no setor de distribuição de peças automotivas, tendo iniciado suas atividades há cerca de 08 (oito) anos;

5.2 Que capta exclusivamente no exterior as peças automotivas, como buzinas, limadores de para-brisa, etc., importando tais peças sempre sob o mesmo procedimento desde que iniciou suas atividades há cerca de oito anos;

5.3 Que em 26 de maio de 2015, teve apreendidos uma diversidade de documentos e equipamentos, em função de outra fiscalização da Secretaria da Receita Federal, objeto de outro Auto de Infração; sendo que a apreensão de documentos foi ilegal, pois foi desprovida de mandado judicial;

5.4 Que em 30 de junho de 2015, em novo procedimento Fiscalizatório, a Receita Federal procedeu a apreensão de 5.218 (cinco mil e duzentos e dezoito) caixas, contendo 166.505 (cento e sessenta e seis mil e quinhentos e cinco) produtos, sob a alegação de Subfaturamento Qualificado, conforme Termo de Continuidade de Procedimento de Fiscalização/Intimação e Termo de Retenção de Mercadorias;

5.5 Que com relação ao enquadramento Subfaturamento Qualificado, este não ocorreu, pois para ocorrer tal enquadramento legal deveria ter ocorrido fraude material das faturas apresentadas no curso do despacho aduaneiro, com a efetiva inserção de preços menores aos supostamente reais. Que esta suposta declaração de valores irreais não configura fraude material, sendo este o entendimento de nossos Tribunais. Concluindo, que eventual inconsistência de valores não pode ser considerada falsidade material, eis que as faturas apresentadas são hígidas e hábeis a internação das mercadorias, podendo efetivamente uma fiscalização quanto aos valores apontados (fraude ideológica ou erro), o que não se admite como existente no caso em questão;

5.6 Requerendo por fim, o recebimento da defesa administrativa e que seja julgado totalmente IMPROCEDENTE o auto de infração.

É o sintético relatório.

ANÁLISE

Da interposição de ação judicial:

6. Consta informação, às fls. 835; que a impugnante impetrou o Mandado de Segurança 5008235-10.2015.4.04.7205 com a mesma demanda da impugnação administrativa e, em casos como este, devem as Unidades da Receita Federal do Brasil,

responsáveis por julgamentos administrativos, observar o disposto no Parecer Normativo Cosit nº 7, de 22 de agosto de 2014 (DOU de 27/08/2014).

De acordo com este Parecer Normativo, a propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto de processo administrativo fiscal implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie; vez que não paira qualquer dúvida acerca da superioridade do pronunciamento do Poder Judiciário em relação àquele que possa advir de órgãos administrativos. Fosse insuficiente perceber a óbvia validade dessa assertiva em nosso modelo constitucional, assentada na unicidade jurisdicional, basta verificar que as decisões administrativas são sempre submissíveis ao crivo da legalidade do Poder Judiciário, não sendo o reverso verdadeiro (melhor dizendo, o reverso não é sequer possível). É por este motivo que, havendo tramitação de feito judiciário concomitante à de processo administrativo fiscal com o mesmo objeto, considera-se renunciado, pelo contribuinte o direito a prosseguir na contenda administrativa.

7. Deve-se deixar cristalino que, nos termos do citado Parecer Normativo, a renúncia tácita às instâncias administrativas não impede que a Receita Federal do Brasil dê prosseguimento normal a seus procedimentos, devendo proferir decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida. Em casos semelhantes ao em análise, é irrelevante que o processo tenha sido extinto sem resolução de mérito, na forma do artigo 267 do CPC, pois a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é insuscetível de retratação. A definitividade no âmbito administrativo, independe de a impugnação/recurso/manifestação de inconformidade ter sido interposto antes ou após o ajuizamento de ação judicial.

Neste mesmo sentido, reza a Súmula nº 01 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), aprovada e divulgada pela Portaria CARF Nº 052, de 21 de dezembro de 2010 (publicada no DOU de 23 de dezembro de 2010, seção I, fls. 87 a 90 e retificada no DOU de 12 de janeiro de 2011, Seção I, fl.44)

“Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.”

[...]

No exercício das atribuições regulamentares e com base na competência estabelecida pelo artigo 302, inciso IV, do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, aprovo o PARECER TÉCNICO proferido no âmbito do Processo

Administrativo 13971-722.435/2015-68, adotando seus fundamentos decido:

1. Não conhecer da Impugnação apresentada pelo contribuinte e declarar a definitividade na esfera administrativa do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal materializado no Processo Administrativo 13971- 722.435/2015-68; com base no Parecer Normativo Cosit nº 7, de 22 de agosto de 2014 (DOU de 27/08/2014);

2.Reconhecer o cabimento da pena de perdimento das mercadorias objeto do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0920400/10003/15.

Retornem os autos do presente processo à DRF/BLU/SACAT para cientificar o contribuinte do conteúdo deste DESPACHO DECISÓRIO e, após proceder ao procedimento de perdimento de mercadorias.

6. Enfim, nos autos próprios (sob nº 13971.722435/2015-68), em instância própria (formalmente prevista em instância única e a cargo do Ministro da Fazenda, segundo o art. 27, § 4º, do Decreto-Lei nº 1.455, de 1976), consolidou-se, juridicamente, o fato de o presente Contribuinte vir a comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. Por outra, os argumentos do Contribuinte, aqui desfiados e tendentes a desconstituir o “Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guardo Fiscal” estão e são apresentados em estágio precluso e fora dos autos próprios. Nesse diapasão, reifica-se a hipótese excludente do regime tributário simplificado e favorecido, nomeado Simples Nacional (art. 29, inciso VII, da LC nº 123, de 2006).

7. À margem, vista a ponderação da ausência de instanciamento penal própria a decidir sobre a ocorrência de descaminho e/ou contrabando, isso como argumentação particular do corrente processado, é bem de ver que se está a confundir o conceito de independência das instâncias cível, penal e administrativa, no sentido de ali se admitir alguma exceção. Ela, exceção, existe, mas tão-só quanto à aplicação do resultado havido numa das instâncias sobre as outras, e não quanto ao sobrestamento dos feitos em si. Por outras palavras, não se paralisa um processar d'uma instância para espera da conclusão d'outra instância. O que se faz, isso sim, é aplicar o resultado d'uma sobre a outra, quando o caso. O condicionamento, se presente, como na hipótese em que na seara penal sentenciam-se a inexistência do fato (art. 386, inciso I, do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, Código de Processo Penal - CPP) ou a negativa de autoria (art. 386, inciso IV, CPP), influi/determina o resultado na apuração das instâncias cível e administrativa. Mas e mesmo antes que a instância penal chegue a termo, não se obsta o seguimento em si dos processamentos cível e administrativo.

Processo nº 13971.722474/2015-65
Acórdão n.º **1402-004.021**

S1-C4T2
Fl. 190

8. Posto isto e tudo o mais que dos autos consta, este voto dá por

IMPROCEDENTE O PEDIDO DO CONTRIBUINTE.

Desta forma, voto por conhecer do Recurso Voluntário e negar provimento, mantendo o Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.