



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10811.720281/2012-71
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-001.887 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 02 de setembro de 2020
Recorrente O.Z. BRASIL COMERCIO DE EQUIPAMENTOS DE INFORMATICA LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. CONTRABANDO OU DESCAMINHO NÃO CONFIGURADO

Para que haja a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, é indispensável que a fiscalização comprove ser os produtos apreendidos frutos de importação ou aquisição irregular por parte do contribuinte e demonstrar que esses produtos estavam à venda. Não havendo a comprovação inequívoca da infração, a pena de exclusão do Simples Nacional é excessiva.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Bárbara Santos Guedes, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça, Wilson Kazumi Nakayama, Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 01-31.156, proferido pela 2ª Turma da DRJ/BEL, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade interposta pela Recorrente.

Em breve resumo dos fatos, a Contribuinte foi excluída do Simples através de Ato Declaratório Executivo n.º 087, de 14 de novembro de 2012, em virtude de ter sido identificada a prática de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho (notebook), conforme dispõe o inciso VII, do art. 29º, da Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006. A exclusão surtirá efeitos a partir de 01/04/2010.

Em operação realizada no estabelecimento da Recorrente foram encontradas mercadorias estrangeiras sem a documentação comprobatória de sua importação regular, em razão disso, foi lavrado o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda fiscal de n.º 0810700/FERA000077/2010, de e-fls. 06 a 08, datado de 06/12/2010, relativamente à apreensão de 1 (um) notebook, marca Acer, modelo LXPEX0001093819FF. Através do processo administrativo n.º 10811.000806/2010-97, foi aplicada a perda de perdimento da citada mercadoria.

A contribuinte foi intimada da exclusão do Simples Nacional no dia 16/11/2012 (e-fl. 65).

A Recorrente apresentou manifestação de inconformidade nos termos abaixo:

A empresa ora manifestante vem contestar o ato Declaratório Executivo de número 087, datado de 14/11/12, haja vista que o equipamento de informática apreendido perante o estabelecimento da autuada, além de tratar-se de um equipamento usado, o que é facilmente perceptível, tratava-se de equipamento deixado perante a autuada para fins de manutenção, sendo certo que o referido equipamento, ou seja, 01 (um) notebook da marca Acer, modelo 5738G-6536, sem a fonte de energia, pertencia ao Senhor THIAGO ELIAS DA SILVA CASTILHO, residente e domiciliado a Rua Jorge Abrão Aued, n.º 425, Bairro: Jardim Yolanda, São José do Rio Preto — SP, CEP: 15.061-560, conforme declaração em anexo, com firma reconhecida e bem- como Ordem de Serviço sob o número 233, datada de 17/03/2010.

Face ao exposto requer a suspensão do Ato Declaratório Executivo, datado de 14/11/2012 e bem como de seus efeitos, devendo o mesmo ser cancelado e revogado

A 2ª Turma da DRJ/BEL negou provimento à manifestação de inconformidade, sob o fundamento de que já houve a decisão definitiva acerca da apreensão, não cabendo mais discussão. Ementa segue abaixo:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

EMENTA

Dar-se-á a exclusão de ofício de empresa optante pelo Simples Nacional quando esta comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

A contribuinte foi considerada cientificada do acórdão da DRJ no dia 09/03/2015 (e-fl. 101) e apresentou recurso voluntário (e-fls. 109 a 121) no dia 30/03/2015, destacando em apertada síntese o que segue:

A Recorrente declara que sua exclusão do regime do Simples Nacional decorreu de ação fiscal que apreendeu um único equipamento na sede da empresa. Naquela oportunidade, os Srs. Auditores Fiscais atribuíram o equipamento como proveniente de contrabando ou descaminho, sem, sequer, um único indício dessa acusação gravíssima. A justificativa para tal conclusão foi o fato da contribuinte não ter o documento fiscal do notebook, contudo o produto era visivelmente usado, superado tecnologicamente, que havia sido deixado na empresa por um cliente e, para tanto, juntou a Ordem de Serviço expedida na ocasião e uma Declaração firmada pelo terceiro, proprietário do bem.

Declara que, por lapso da própria Recorrente, deixou de apresentar recurso voluntário contra o auto de infração no processo administrativo de nº 10811.000806/2010-97.

Defende a nulidade do Ato Declaratório Executivo porque foi emitido em razão de uma acusação infundada e sem provas, visto que a Recorrente possui mais de 500 produtos à venda e foi localizado um único notebook, usado e sem o carregador, para justificar a infração. Aduz que não restou comprovado que o equipamento estava em comercialização no estabelecimento, muito menos que foi fruto de contrabando ou descaminho.

Expõe o excesso da exação, visto que a suposta infração, da qual não concorda, está motivando a exclusão da empresa do Simples Nacional, que trará inúmeros prejuízos à empresa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Bárbara Santos Guedes, Relator.

O recurso é tempestivo e cumpre com os demais requisitos legais de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento e passo a apreciar.

A controvérsia diz respeito à legitimidade ou não da exclusão da contribuinte no Simples Nacional ante a caracterização de prática de venda de mercadorias objeto de crime de descaminho/contrabando previstos no artigo 334 do Código Penal.

Conforme relatado, o presente processo foi iniciado com a Representação Fiscal para Exclusão do Simples (e-fls. 02 e 03) na qual o auditor fiscal afirma que, em fiscalização realizada no estabelecimento da contribuinte, foi constatada a existência de comercialização de equipamento estrangeiro sem a devida comprovação de importação, concluindo ser fruto de contrabando ou descaminho, culminando na lavratura de Auto de Infração com a apreensão da mercadoria, tendo a Recorrente apenas apresentado impugnação, sendo o processo administrativo extinto com a pena de perdimento.

O fundamento legal para a exclusão do Simples Nacional está fundamentado no art. 29, VII, da LC 123/06, *verbis*:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)VII comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

No julgamento da manifestação de inconformidade, a DRJ manteve a exclusão da Recorrente do Simples Nacional em razão do fundamento abaixo:

Constata-se a ocorrência de decisão definitiva acerca da apreensão citada. Desta forma, esta autoridade julgadora não analisará o mérito daquela imputação, que conforme os dispositivos legais citados compete aos Delegados da Receita Federal do Brasil e Inspectores-Chefes da Receita Federal do Brasil. Calha gizar que ao julgador administrativo, que se encontra totalmente vinculado aos ditames legais (art. 116, inc. III, da Lei n.º 8.112/90), mormente quando do exercício do controle de legalidade, não é dado apreciar questões que importem a negação de vigência e eficácia de preceito legal.

Não obstante os fundamentos do Ilmo. Relator do r. acórdão, entendo que no caso em análise, a pena de exclusão do Simples Nacional é grave e possui reflexos tributários que pode inviabilizar a operação da empresa.

Em razão disso, entendo que a aplicação da pena de perdimento do bem em razão de não ter o contribuinte recorrido ao Auto de Infração, ocorreu em razão de infração de natureza aduaneira, que impõe ao contribuinte ônus de comprovar a regular importação de mercadorias supostamente colocada à venda.

Já no caso dos presentes autos, é atribuído à contribuinte o crime de contrabando ou descaminho para o fim de excluí-la do Simples Nacional. Sendo assim, o ônus de comprovar a materialidade do crime é do fisco, que deve provar ter o contribuinte importado ou adquirido o equipamento irregularmente e principalmente que essa mercadoria esteja sendo comercializada, *in caso*, posta à venda no estabelecimento da Recorrente.

No caso em análise, a Recorrente declara que o equipamento não era seu e havia sido deixado na empresa para conserto, não estava, portanto, sendo comercializado e, num universo de mais de 500 produtos, a fiscalização encontrou esse único notebook, usado, sem carregador, para justificar a infração. A Recorrente ainda informou ter apresentado declaração de terceiro atestando ser o proprietário, bem como apresentou Ordem de Serviço de entrada do equipamento no seu estabelecimento.

Analisando o auto de infração às e-fls. 06 a 08, verifica-se que, em nenhum momento, a fiscalização informou, na descrição da infração, ter encontrado o referenciado notebook à venda, apenas que encontrou o equipamento dentro do estabelecimento da Recorrente, também não declara ser o equipamento novo e, na descrição do equipamento apreendido, também não há informações de estar ele acompanhado de fonte de energia.

Da análise dos autos, notadamente do quadro que resume o que foi apreendido, entendo que não há elementos suficientes para afirmar que o contribuinte de fato pretendeu vender mercadorias trazidas pelo Brasil de forma irregular.

Outrossim, pelo objeto social constante no contrato social da contribuinte, percebe-se que a mesma atua na manutenção de equipamentos, como declarado pela mesma no Recurso Voluntário, vide abaixo:

2º. O objetivo social da sociedade é "COMERCIO VAREJISTA DE MAQUINAS, EQUIPAMENTOS E MATERIAIS DE INFORMATICA E INSTALACAO E MANUTENCAO DE MAQUINAS DE ESCRITORIO E DE INFORMATICA."

Para corroborar o racional desse voto, transcreve-se abaixo o voto do Exmo. Relator Desembargador do TRF 4ª Região, no AC n.º 5003946-75.2017.4.04.7104, 1ª Turma, nos moldes abaixo:

(...) o mero fato de que houve o perdimento de bens - que, frise-se, deu-se pela falta de insurgência do autuado - não é suficiente para caracterizar a hipótese de exclusão prevista no inciso VII do artigo 29 da Lei do Simples Nacional, porquanto a circunstância de as mercadorias serem objeto de contrabando ou descaminho não pode ser presumida. Não há elementos nos autos que provem de modo cabal que a autora cometeu tal infração.

Quanto ao ponto, adoto os fundamentos da sentença, que examinou com acerto a questão:

A causa jurídica para a decretação da exclusão do regime do SIMPLES nacional, diferentemente do perdimento - em que basta o silêncio do contribuinte -, **deve ser a constatação da prática do ilícito** de contrabando ou descaminho. Ocorre que, embora se possa justificar a perda de mercadorias pela inação do contribuinte, a presunção decorrente do silêncio não se presta a justificar a exclusão do regime tributário. Em casos tais, é imprescindível que a administração demonstre a prática ilícita, não presume a sua ocorrência, inclusive porque não é dado, nem administrativa, nem judicialmente, exigir que alguém prove a não ocorrência de algo como forma de evitar que recaia sobre si punições que somente se pode aplicar pela constatação de ilicitude, não de inação.

Veja-se que, ao ser intimado de uma apreensão que pode levar à perda das mercadorias, o contribuinte pode escolher entre a conveniência de se esforçar para demonstrar a regularidade de sua obtenção ou de se manter silente, com a consequente perda. No caso, a própria empresa autora confessou que entendeu conveniente, à época, não empreender esforços para recuperar as mercadorias, tendo em vista "se tratar de mercadoria de baixo valor, cerca de R\$ 600,00 (seiscentos reais), e considerando que o trâmite corria em Joinville - SC, cidade situada há 600 Km de distância da sede da empresa." (INIC1, E1).

No entanto, algo extremamente diferente é escolher entre a conveniência de se manter ou não em regime tributário. Não pode a administração, em uma situação tal, partir de um fato administrativo simples e potestativo do contribuinte - escolher entre perder ou não a mercadoria - e chegar a uma conclusão muito mais grave - exclusão do Simples nacional. Para isso, deve, necessariamente, oportunizar de forma clara a atuação do imputado em sua própria defesa e trazer evidências claras da prática ilícita. Não foi o que aconteceu no presente caso.

Da análise do processo administrativo, verifica-se que a conclusão da hipótese de revenda de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho deu-se apenas pela consumação da pena de perdimento (PROCADM2, E17, pág. 21). Ora, deixar de apresentar documentação comprobatória de internalização de bens é conduta materialmente diversa de internalizar irregularmente produtos ou bens. Embora a primeira conduta possa servir de indício da segunda, somente a demonstração da internalização irregular é que poderia justificar a decisão administrativa.

Assim, considerando que motivo determinante do ato administrativo de exclusão da empresa autora do regime do SIMPLES nacional não restou devidamente comprovado, somado à presunção de veracidade trazida pela nota fiscal de que os bens apreendidos

foram adquiridos dentro do território nacional, é de se dar procedência ao pedido da empresa autora para declarar a nulidade do processo administrativo RFB n.º 10920.723170/2016-11, determinando que a empresa autora seja reincluída no regime do SIMPLES nacional, estabelecendo-os todos os efeitos desde a sua exclusão.

Os elementos constantes do procedimento administrativo não permitem concluir, de maneira segura, que as mercadorias em questão eram objeto de descaminho. Como bem mencionado nas razões acima transcritas, a causa jurídica para decretação do perdimento é bem mais simples do que a exigida para exclusão da pessoa jurídica do regime de tributação do Simples Nacional; bastando, para a primeira hipótese, o silêncio do contribuinte no processo administrativo fiscal.

Vide também jurisprudência judicial e administrativa sobre o tema, conforme ementas abaixo:

TRIBUTÁRIO. SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO MOTIVADA EM PROCEDIMENTO DE PERDIMENTO DE MERCADORIAS APREENDIDAS. ARTIGO 29, VII, DA LC 126/2003.IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE INCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DE EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE PROVA CONTUDENTE. INVALIDADE DA EXCLUSÃO. 1.O art. 29, VII, da LC n.º 126/2003 prevê a pena de exclusão do Simples Nacional quando verificada a comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho. 2. O mero de fato de que houve o perdimento de bens – que, frise-se, deu-se pela falta de insurgência pela autora – não é suficiente para caracterizar hipótese de exclusão prevista no inciso VII, do art. 29 da Lei do Simples Nacional, porquanto a comercialização de produtos não pode ser presumida. O simples ingresso irregular não é motivo legítimo. 3. Apelação julgada improcedente para manter a sentença que determinou a anulação do ato de exclusão motivado exclusivamente no perdimento de mercadorias. (TRF4, AC 5020180-40.2014.4.04.7201. 2ª Turma. Relatora Cláudia Maria Dadico)

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano-calendário: 2015 SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. REVELIA DO CONTRIBUINTE NA DISCUSSÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO COM APREENSÃO E PENA DE PERDIMENTO DE MERCADORIAS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. CRIME DE DESCAMINHO PRESUMIDO. IMPROCEDÊNCIA. Não tendo a fiscalização comprovado a autoria do ilícito, insubsistente é o ato de exclusão do Simples Nacional fundado na comercialização ou exposição à venda de mercadorias objeto de descaminho ou contrabando. (AC n.º 1201-003.900, 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF. Relator Luis Henrique Marotti Toselli)

Nestes termos, voto por dar provimento ao recurso voluntário para manter a contribuinte no regime do Simples Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes