



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10920.720099/2015-26
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-003.900 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de julho de 2020
Recorrente MICHAEL DOUGLAS CORREIA PEREIRA ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso voluntário e, no mérito, em dar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Efigênio de Freitas Júnior, Alexandre Evaristo Pinto, Barbara Melo Carneiro e Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente).

Relatório

Por bem resumir o litígio, reproduzo parcialmente o Relatório constante da decisão de primeira instância, complementando-o no final:

Trata-se de manifestação de inconformidade contra Ato Declaratório Executivo (ADE) reproduzido nas fls. 68, que excluiu o contribuinte do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/03/2015, devido à comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho, fato esse julgado no bojo do processo de perdimento daquela mercadoria nº 13971.724384/2014-28 (algumas peças dos referidos autos foram fotocopiadas e trazidas para o processo ora em julgamento).

A Unidade Local cientificou o administrado do ADE em 14/05/2015 (fls. 71), via postal.

O contribuinte apresentou contestação em 21/05/2015 (fls. 73) com o seguinte teor: a) dois produtos enviados por Correio foram parados na Receita Federal sem nota devido a venda ser para pessoa física, pois sou MEI; b) as notas dos dois produtos estão em anexo.

A DRJ julgou a manifestação de inconformidade improcedente por meio do Acórdão de fls. 86/91, o qual recebeu a seguinte ementa:

APREENSÃO DE MERCADORIAS. DESCAMINHO. PENA DE PERDIMENTO. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL. CONTESTAÇÃO DO ILÍCITO. MATÉRIA PRECLUSA.

Deve ser excluída do Simples Nacional a pessoa jurídica que teve suas mercadorias apreendidas e submetidas ao rito estabelecido pelo Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, resultando na decretação da pena de perdimento dos produtos em razão da prática de contrabando ou descaminho, mostrando-se preclusa na atual fase processual a discussão quanto à existência, ou não, do ilícito que deu azo ao perdimento das mercadorias, matéria decidida em instância única em outro processo.

Cientificada dessa decisão em 14/06/2016 (fls. 96), a contribuinte, em 12/07/2016 (fls. 97), interpôs recurso voluntário (fls. 98/107), onde basicamente reitera as alegações de defesa, nega a autoria de crime e invoca os princípios da imaterialidade e proporcionalidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende os demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço e passo a apreciá-lo.

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 até então no artigo 334 do Código Penal¹.

Aos olhos da fiscalização, a aplicação da pena de perdimento dos produtos vendidos e retidos no Correio em procedimento que culminou na lavratura de Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias tramitado sob revelia já seria suficiente, por si só, para excluir a empresa do Simples com fundamento 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;

Já a contribuinte, além de se manifestar em favor da nulidade da decisão ora recorrida, afirma que a revelia não poderia servir de fundamento para a exclusão, uma vez que adquiriu tais mercadorias (2 produtos apenas) no mercado interno, sendo a venda isenta de emissão de nota por se tratar de uma relação entre MEI e pessoa física.

A DRJ, na mesma linha do ADE e da respectiva Representação Fiscal, manteve a exclusão do regime simplificado com base na seguinte motivação:

Conforme consignado no processo nº 13971.724384/2014-28, foi decretada a revelia da pessoa jurídica e o perdimento das mercadorias estrangeiras correspondentes, tudo conforme rito procedimental determinado pelo Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, consolidado no art. 127 do Decreto nº 7.574, de 2011:

(...)

Devidamente declarada a revelia pela autoridade da Unidade Local, que decidiu em instância única pelo perdimento das mercadorias, ocorreu a preclusão temporal quanto ao fato de a mercadoria ser ou não objeto de contrabando ou descaminho no presente processo.

Inviabilizando-se a reabertura da discussão quanto ao crime de contrabando ou descaminho, não há como se afastar a exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional, tendo em vista o determinado pelo inciso VII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, em face do que não prospera o argumento da defesa.

¹ DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 1940 – CÓDIGO PENAL

Contrabando ou descaminho

Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem:

[...]

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

(...)

Logo, revelam-se ineficazes as alegações que intentam desmontar a acusação fiscal de contrabando ou descaminho, devido à incidência de preclusão temporal oriunda da formação de coisa julgada administrativa no processo de perdimento.

Apenas para argumentar ("ad argumentandum tantum"), as notas fiscais trazidas aos autos (fls. 79/80) não comprovam a importação regular da mercadoria estrangeira, pois tão-somente demonstra a compra no mercado interno efetuada pelo administrado. Outrossim, não é plausível que a compra do "gravador de DVD externo" (fl. 79) e a consequente emissão da nota fiscal tenham ocorrido **oito meses antes** de sua retenção nos Correios (fl. 03).

Com a devida vênia, não concordo com esse racional.

Isso porque a aplicação da pena de perdimento de bens em razão da não impugnação do contribuinte ao Auto de Infração de Apreensão de Mercadorias não se confunde com a impugnação ao ato de exclusão do Simples motivado no ato de comercializar mercadorias objeto de crime de descaminho. *Uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa.*

Lá, na perda de perdimento, a infração é aduaneira, mais ampla e impõe ao contribuinte o ônus de comprovar a regular importação de mercadorias por ele colocadas à venda ou mantidas em sua posse. Aqui, no crime de descaminho/contrabando para fins de exclusão do Simples, o ônus de motivar a tipificação é do fisco, que deve comprovar a materialidade de que o contribuinte de fato tenha importado ou adquirido mercadoria importada irregularmente e, mais ainda, que essas mercadorias tivera sido colocada à venda pelo contribuinte.

Por concordar integralmente com as razões de decidir do TRF4, transcrevo trecho de Acórdão² que afastou a exclusão do contribuinte no Simples em caso análogo, justamente por contrariar a lógica do raciocínio fiscal ora empregado:

(...) 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 presuma 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

² TRF4, AC 5003946-75.2017.4.04.7104, PRIMEIRA TURMA, Relator ROGER RAUPP RIOS.

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 nº 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.

De fato, a exclusão do Simples com fundamento no art. 29, VII, da LC 123/06, exige mais do que a existência de Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias estrangeiras irregulares, devendo ainda, sob pena de ilegitimidade do ato, motivar e comprovar o ilícito em si (ou seja, o próprio descaminho ou contrabando³), o que não ocorreu nesse caso concreto.

Lembre-se, nesse ponto, que o contribuinte é MEI que apresentou notas fiscais de aquisição no mercado interno, tendo postado as mercadorias para pessoa física, fato este que quando menos coloca em xeque sua participação na importação propriamente dita.

³ Nota-se, nesse ponto, que a constitucionalidade do artigo 29, VII, da LC 123/2006, é no mínimo duvidosa, uma vez que faz remissão a tipificações penais (crimes), cuja competência para qualificação é exclusiva do Poder Judiciário. No entanto, o presente julgador não tem poderes para afastar a norma por inconstitucionalidade, conforme Súmula CARF n. 2, razão pela qual não resta outra alternativa senão analisar, sob juízo pessoal, se a conduta do contribuinte de fato se enquadra ou não no conceito criminal de descaminho ou contrabando.

Enfim, da análise dos autos, entendo que não restou demonstrado que a Recorrente realmente tenha comercializado mercadoria objeto de crime de descaminho ou contrabando por ela cometido.

Conclusão

Pelo exposto, conheço do recurso voluntário e, no mérito, dou-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli