



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10920.720099/2015-26
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-005.536 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 15 de julho de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado SULSTORE COMERCIO ELETRONICO EIRELI

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. REVELIA DO CONTRIBUINTE EM AUTUAÇÃO COM APREENSÃO DE MERCADORIA E PENA DE PERDIMENTO. MATERIALIZAÇÃO DA CONDUTA DE COMERCIALIZAR MERCADORIA OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. HIPÓTESE LEGAL DE EXCLUSÃO. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO.

Deve ser excluído do SIMPLES Nacional o sujeito passivo que *comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho*, conduta caracterizada em razão da revelia na autuação com apreensão de mercadorias e pena de perdimento. Esta revelia, porém, não impede a apreciação de prova apresentada pelo sujeito passivo para desconstituição daquela conduta, ao manifestar sua inconformidade no processo administrativo instaurado em face de sua exclusão da sistemática simplificada de recolhimentos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar-lhe provimento parcial com retorno dos autos ao colegiado de origem, vencidos os conselheiros Caio Cesar Nader Quintella (relator), Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto, que lhe negaram provimento. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Luiz Tadeu Matosinho Machado. Conforme art. 60, anexo II, do Ricarf, em primeira votação, os conselheiros Caio Cesar Nader Quintella (relator), Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo votaram por negar provimento ao Recurso Especial, a conselheira Edeli Pereira Bessa votou por dar-lhe provimento parcial com retorno dos autos ao colegiado de origem, e os conselheiros Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Andréa Duek Simantob que votaram por dar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - Relator

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa – Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial (fls. 173 a 185) interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em face do v. Acórdão nº 1201-003.900 (fls. 166 a 171), da sessão de 16 de julho de 2020, proferido pela C. 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção deste E. CARF, que deu provimento ao Recurso Voluntário apresentado pela Contribuinte. Confira-se sua respectiva ementa:

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.

Em resumo, a contenda tem como objeto a exclusão da Contribuinte do SIMPLES Nacional, procedida pela constatação da comercialização de mercadorias supostamente fruto de contrabando, com base no artigo 29, VII, da Lei Complementar nº 123/2006, com efeitos a partir de 01/03/2015, consequência de Autuação com pena de perdimento, objeto dos Autos nº 13971.724384/2014-28, na qual houve revelia.

A seguir, para um maior aprofundamento, adota-se trecho do relatório do v. Acórdão de Recurso Voluntário, ora recorrido:

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.

Como visto, a DRJ negou provimento à Manifestação de Inconformidade apresentada (fls. 86 a 91), entendendo que correta a exclusão como procedida e preclusa a matéria referente à apreensão. Inconformada, a ora Recorrente apresentou Recurso Voluntário a este E. CARF, reiterando seus argumentos, defendendo, a inoccorrência das hipóteses criminais.

Ao seu turno, a C. 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção entendeu pelo seu provimento integral, na medida em que não houve comprovação dos ilícitos arrolados no artigo 29, VII, da Lei Complementar nº 123/2006.

Na sequência, foi interposto pela Fazenda Nacional o Recurso Especial ora sob julgamento, demonstrando a suposta existência de dissídio jurisprudencial, trazendo v. Aresto paradigma em que se entendeu que aplicação da pena de perdimento de mercadorias julgado à revelia do interessado basta para a configuração de *contrabando* ou *descaminho*.

Processado, o *Apelo* Especial do Procurador, este teve seu seguimento determinado por meio do r. Despacho de Admissibilidade fls. 189 a 193, entendendo que *está demonstrada a similitude entre as situações fáticas abordadas nos julgados paradigma e recorrido, bem como comprovado dissídio interpretativo*.

Em seguida procedeu-se à intimação da Contribuinte, que não ofertou Contrarrazões.

Em seguida, o processo foi sorteado para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reitera-se a tempestividade do Recurso Especial da Fazenda Nacional. Considerando a data de sua interposição, seu conhecimento está sujeito à hipótese regida pelo art. 67 do Anexo II do RICARF vigente.

Conforme relatado, a Contribuinte não questiona o conhecimento do *Apelo* fazendário em Contrarrazões.

Assim, considerando o silêncio quanto ao conhecimento do *Apelo* fazendário, uma simples análise do v. Acórdão nº 1803-002.564, trazido como *paradigma* para questionar a matéria da possibilidade de exclusão do SIMPLES Nacional, com base no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123/2006, como consequência de revelia em face de Autuação com pena de perdimento, objeto de expediente específico, evidencia a certa similitude fática e a notória presença de divergência com o entendimento estampado no v. Acórdão nº 1201-003.900, ora recorrido.

Registre-se que em ambos os v. Arestos o contribuinte foi *revel* nos processos referentes às Autuações com pena de perdimento, prevalecendo as exigências e as penas pela inércia dos contribuintes.

Arrimado também na hipótese autorizadora do §1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99, entende-se por conhecer do *Apelo* interposto, nos termos do r. Despacho de Admissibilidade de fls. 189 a 193.

Mérito

Adentrando ao mérito do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, passa-se a apreciar a matéria submetida a julgamento, qual seja, *o silêncio do contribuinte no processo administrativo que cuida da apreensão de mercadorias supostamente objeto de contrabando ou descaminho é suficiente para fundamentar a exclusão do contribuinte do Simples Nacional.*

A Recorrente, em resumo, afirma *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.*

E conclui que *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.*

Pois bem, ao seu turno, em suma, no v. Acórdão recorrido prevaleceu o entendimento de que *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.*

Este Conselheiro não só concorda e entende ser muito acertado tal v. Aresto, agora combatido, como usou-lhe de referência jurisprudencial no recente v. Acórdão nº 9101-005.478, proferido por esta mesma C. 1ª Turma da CSRF, publicado em 21/06/2021, assim ementado:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. REVELIA DO CONTRIBUINTE EM AUTUAÇÃO COM APREENSÃO DE MERCADORIA E PENA DE PERDIMENTO. INOCORRÊNCIA DE MATERIALIZAÇÃO DE CRIME DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO. INOCORRÊNCIA DA HIPÓTESE LEGAL DE EXCLUSÃO.

O inciso VII, do art. 29, da Lei Complementar nº 123/2006 prevê a exclusão do contribuinte optante pelo do SIMPLES Nacional quando este comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

As figuras do contrabando e do descaminho são tipos penais, cuja ocorrência e materialidade não se pode presumir pela prevalência de Autuação com apreensão de mercadorias e pena de perdimento, em razão exclusiva da revelia do contribuinte.

Logo, é improcedente o Ato Declaratório Executivo de exclusão do SIMPLES Nacional que é gerado automaticamente diante de tais circunstâncias processuais administrativas fiscais.

No presente caso temos que foi motivada a retenção dos bens da Contribuinte pelo atendido insatisfatório da Fiscalização, não localizando documentos fiscais a tempo (fls. 58):

Regularmente intimado a apresentar as notas fiscais de aquisição das mercadorias estrangeiras retidas, o ora representado deixou de atender a intimação no prazo concedido, o que ensejou a lavratura do Auto de Infração 13971.724384/2014-28.

E, como vastamente noticiado nos autos, a Contribuinte não se defendeu de tal acusação, subsistindo o Auto de Infração e a pena de perdimento dos bens, gerando, automaticamente, a exclusão da Contribuinte do SIMPLES Nacional pelo motivo de *comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho* – em razão exclusiva de revelia.

Entende-se que, certamente, não houve qualquer prova, cabal e definitiva, que a Contribuinte praticou a comercialização de mercadorias objeto de *contrabando ou descaminho*. Ora, tais notas fiscais – então não apresentadas na oportunidade da fiscalização, referentes à mercadoria estrangeira – foram supostamente acostadas nestes autos - mas a DRJ entendeu que havia precluído tal defesa e meio de prova, com a revelia nos autos daquele Auto de Infração, prevalecendo a presunção da prática de *contrabando e descaminho*..

Não há dúvidas que a sua revelia naquele outro processo administrativo referente à infração apurada, em nome da presunção de legitimidade dos atos administrativos, fez prevalecer a exação e as penalidades correspondentes – nada mais correto e lícito, dentro da ordem jurídica vigente.

Porém, tal prevalência não é capaz de gerar uma verdadeira **presunção** da prática de *contrabando e descaminho*.

Contrabando e descaminho são tipos penais delineados nos arts. 334 e 334-A do Código Penal vigente, que abarcam uma série de condutas e práticas para a sua materialização

(lembrando que os *atos* apurados nessa demanda ocorreram antes da vigência da Lei n.º 13.008/14). Constatar a ocorrência de *tipos penais* demanda a comprovação específica, construída pelo agente acusador, de modo que a exprimir, satisfatoriamente, a concretude da ocorrência das hipóteses legais previstas como crime.

Data maxima venia, não é o que se verificou no processo administrativo n.º 13971.724384/2014-28, onde se apreendeu mercadorias as quais a Contribuinte não conseguiu, naquele momento, fazer a demonstração satisfatória para a Autoridade Fiscal da regularidade fiscal dos bens.

A Lei Complementar n.º 123/2006, no inciso VII do seu art. 29 não trouxe a previsão de lavratura e manutenção de Auto de Infração com apreensão de mercadorias, com a aplicação de pena de perdimento, como hipótese de exclusão do contribuinte; o Legislador foi claro em tal item: é necessário que o contribuinte seja flagrado comercializando mercadorias fruto dos crimes de contrabando ou descaminho.

Não há identidade, confusão ou *fungibilidade* entre tais ocorrências, juridicamente distintas em sua natureza e efeitos, e a apreensão e o perdimento, de modo que não houve, no presente caso, a prova satisfatória de prática dos crimes de *contrabando* e *descaminho*, sendo improcedente o ADE DRE/JOI n.º 20, de 20 de abril de 2015- repita-se: produzido *automaticamente* em face da Autuação sofrida e não combatida.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, manetendo o v. Acórdão n.º 1201.003.900.

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - Relator

Voto Vencedor

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Redatora designada

O I. Relator restou vencido na negativa de provimento ao recurso fazendário. Apresentadas três soluções para o litígio, depois das votações sucessivas na forma do art. 60 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015, prevaleceu o entendimento de que deveria ser dado provimento parcial ao recurso especial, com retorno dos autos ao Colegiado de Origem.

Como bem circunstanciado pelo I. Relator, o dissídio jurisprudencial está caracterizado acerca dos efeitos da revelia em processos de pena de perdimento de mercadorias de origem estrangeira. O paradigma indicado pela PGFN (Acórdão n.º 1803-002.564) nega conhecimento aos argumentos deduzidos pelo sujeito passivo contra a inocorrência de

comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho, dada a revelia caracterizada no processo que resultou na pena de perdimento das mercadorias correspondentes. Já o acórdão recorrido afirma a ilegitimidade da exclusão da Contribuinte do Simples Nacional sob o entendimento de que tal exclusão *exige mais do que a existência de Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias estrangeiras irregulares*, exigindo a comprovação do *ilícito em si (ou seja, o próprio descaminho ou contrabando)*.

Neste cenário, prevaleceu no presente julgamento a solução intermediária, que não invalida o ato de exclusão por haver prova suficiente de comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho, mas admite a discussão, no contencioso administrativo em face do ato de exclusão, da efetivação daquela prática, apesar da revelia caracterizada no processo de pena de perdimento de mercadorias importadas.

Em discussão recente neste Colegiado, esta Conselheira declarou o seguinte voto no Acórdão nº 9101-005.478, cujos fundamentos jurídicos são aqui adotados como razões de decidir:

Esta Conselheira acompanhou o I. Relator em suas conclusões para dar provimento ao recurso especial, mas discordando de suas premissas, em especial quanto à impossibilidade de a revelia no processo administrativo de apreensão de mercadorias, afirmadas como oriundas de contrabando ou descaminho, autorizar a exclusão do Simples Nacional. Isto porque, conforme as características da acusação fiscal nos autos da apreensão, a revelia pode, sim, evidenciar a prática que autoriza a exclusão, qual seja, a comercialização de *mercadorias objeto de contrabando ou descaminho*, nos termos do art. 29, inciso VII da Lei Complementar nº 123/2006.

Veja-se que a lei não estabelece a prática de contrabando ou descaminho como motivo para exclusão, mas apenas a comercialização de mercadorias com esta origem, do que decorre a obrigação do comerciante, também imposta por outras normas tributárias, de manter documentação regular da aquisição dos produtos a serem revendidos. Desnecessário, assim, que o Fisco prove a *efetiva ocorrência de contrabando ou descaminho*, o que demandaria, inclusive, a identificação do agente do crime. Deve o sujeito passivo, para usufruir do regime simplificado de recolhimento, demonstrar que as mercadorias por ele comercializadas foram regularmente adquiridas no mercado interno ou externo e, na ausência desta prova, resta caracterizada a hipótese de exclusão.

Neste contexto, a aplicação da pena de perdimento do processo de apreensão de mercadorias de origem estrangeira pode autorizar a conclusão, sim, que o sujeito passivo estava comercializando *mercadorias objeto de contrabando ou descaminho*, provando-se por indícios consistentes e convergentes esta condição.

Frise-se: a exigência aqui em debate é dirigida ao sujeito passivo que pretende usufruir de regime favorecido de tributação. Não está em debate a qualidade da prova para caracterização dos crimes de contrabando ou descaminho.

Como bem consignado no paradigma, *na pena 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*. Decorrente lógica dessa premissa é, na hipótese de não ser desconstituída a pena de perdimento, restar incomprovado, pelo sujeito passivo, a regular importação das mercadorias apreendidas. Assim, se tais mercadorias têm origem estrangeira, pode haver indícios consistentes e convergentes de que o sujeito passivo, comerciante e optante pelo Simples Nacional, operava com *mercadorias objeto de contrabando ou descaminho*.

A Lei Complementar nº 123/2006 não exige a prova cabal de que *o contribuinte de fato tenha importado ou adquirido mercadoria importada irregularmente*, como expresso no paradigma. A exigência legal é de demonstração de que mercadorias com esta origem, independentemente de quem tenha praticado o crime de contrabando ou descaminho, foram expostas a venda por sujeito passivo comerciante e optante e pelo

Simples Nacional. Assim, discorda-se aqui, também, da afirmação posta na sentença confirmada pela Primeira Turma do TRF da 4ª Região na Apelação nº 5003946-75.2017.4.04.7104, referida no paradigma, no sentido de que *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*. Basta a autoridade fiscal provar que as mercadorias comercializadas têm origem estrangeira e que não seja provada a sua importação regular.

Por certo, como também referido nessa sentença, o sujeito passivo pode avaliar se tem interesse em questionar a apreensão das mercadorias, especialmente considerando o seu valor e o custo da defesa, e preferir perdê-las, a sofrer o encargo de provar administrativamente a importação regular. Contudo, ao fazer esta escolha, sua revelia soma-se como indício da prática impeditiva da permanência no regime simplificado de recolhimentos e lhe impõe o ônus de demonstrar, no âmbito do processo administrativo de exclusão do Simples Nacional, que não realizou a prática prevista no art. 29, inciso VII da referida Lei.

Assim, é neste labor que deve ser avaliado se sujeito passivo logrou sucesso.

Como alegado em recurso voluntário, a apreensão em tela se deu em relação a *produtos considerados sem cobertura de documento fiscal idôneo sob a tese de conterem indícios de importação irregular, infração punível com pena de perdimento* e, embora ele tenha comparecido ao órgão fiscalizador *em posse dos documentos fiscais relativos aos produtos apreendidos*, na sua confrontação com os volumes apreendidos a autoridade fiscal concluiu que *não restaram “perfeitamente indicados” no documento fiscal de aquisição pela recorrente, posto que não informava a marca e modelo dos produtos*, promovendo a aplicação da pena de perdimento, contra a qual a Contribuinte optou não recorrer.

Ocorre que, desde a manifestação de inconformidade, a Contribuinte argumenta que *as mercadorias apreendidas não tem origem ilícita*, e especificamente reiterou, em recurso voluntário, que:

Porém ao confrontar os produtos com as descrições contidas nas notas fiscais de aquisição, emitidas por terceiros, foi detectado pelo agente fiscal a ausência de alguns dados inseridos no documento fiscal, relativos à marca e modelo das mercadorias apreendidas, alegando que as descrições estariam incompletas e não se alinhariam com as descrições determinadas pela própria fiscalização.

Desse simples fato, surgiu a presunção de que as mercadorias teriam sido ingressadas no território nacional por origem clandestina e, portanto, seria aplicada à Recorrente a pena de perdimento.

Ao dispensar análise ao presente caso, é de fácil verificação que o SIMPLES fato de ter o agente fiscal entendimento diferente sobre a marca e modelo dos produtos, levou a Recorrente a ser julgada e condenada na Receita Federal de São José/SC, por crime devidamente tipificado em lei penal, sem observância dos critérios atinentes ao procedimento condenatório, que posteriormente serviria, em continuidade à discricionariedade da fiscalização como capitulação para fundamentar a Exclusão de ofício da Recorrente do regime simplificado de Tributação – SIMPLES Nacional.

Mais à frente, a Contribuinte se estende em afirmar a correspondência entre as mercadorias apreendidas e a descrição consignada pelo fornecedor na nota fiscal apresentada à Fiscalização, contendo 47 (quarenta e sete) bolsas, em número superior às 39 (trinta e nove) apreendidas, questionando a presunção de irregularidade pautada no *simples fato do produto ser descrito em parte com a denominação “China” pela própria RFB* e as consequências que lhe são atribuídas por *divergência originada entre as descrições realizadas pela fiscalização e aquelas contidas no documento fiscal de aquisição do contribuinte (emitido por terceiro)*, além de referir a conformidade da descrição contida na nota fiscal com as regras do Sistema Público de Escrituração

Digital impostas às empresas com maior número de operações e faturamento mais elevado que a Recorrente ou seu fornecedor.

Confirma-se no Auto de Infração às e-fls. 04/06 que a autoridade fiscal pautou suas conclusões nas exigências do Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto nº 7.212/2010 – RIPI/2010, acerca da descrição exigida em nota fiscal para “Dados do Produto”, concluindo que:

A descrição genérica dos produtos (BOLSA) na nota fiscal apresentada não ampara os produtos de origem estrangeira (China) retidos que apresentam indicação de marca e/ou modelo, ainda mais, porque no dia da fiscalização, conforme Relatório Fiscal anexo, quando o proprietário foi perguntado se todas as mercadorias expostas à venda tinham comprovação de sua entrada por nota fiscal, respondeu que a maioria tinha nota fiscal de aquisição, ou seja, nem todas as mercadorias expostas à venda foram adquiridas com nota fiscal. Outra informação relevante neste contexto é o fato de que o fornecedor em questão não tem nenhum registro de importação de mercadorias, conforme se observa no dossiê RADAR anexo;

Ou seja, sem caracterizar o emitente da nota fiscal como importador, a autoridade fiscal concluiu que a descrição nela consignada era insuficiente, frente às exigências do RIPI/2010, para correlacioná-la com as mercadorias de origem estrangeira apreendidas, também suscitando que poderia haver correspondência deste documento fiscal com outras mercadorias de origem nacional que estavam expostas no estabelecimento. Sob esta premissa, concluiu que *o interessado não logrou comprovar a regular importação/aquisição das mercadorias estrangeiras retidas, o que demonstra que estas mercadorias de origem estrangeira, encontradas nas dependências do estabelecimento comercial e retidas pela fiscalização, entraram no território nacional de forma clandestina, estando, portanto, sujeitas à apreensão para aplicação da penalidade de perdimento.*

Como dito, o sujeito passivo optou por não discutir o perdimento, e na sequência foi proposta a sua exclusão do Simples Nacional *em decorrência da constatação de existência de mercadorias objeto do contrabando ou descaminho sendo comercializadas no estabelecimento da pessoa jurídica em questão.*

Diz o Código Tributário Nacional em seu art. 112 que a lei tributária que define infrações deve ser interpretada *da maneira mais favorável ao acusado*, em caso de dúvida quanto, dentre outros aspectos *à natureza ou às circunstâncias materiais do fato* (inciso II). E, no presente caso, há dúvida razoável quanto ao fato de as mercadorias apreendidas serem objeto de contrabando ou descaminho. Restou provado tratar-se de mercadorias de origem estrangeira mas, assim como há a possibilidade de a nota fiscal de aquisição corresponder a mercadorias presentes no estabelecimento e que não foram apreendidas, há também a possibilidade de o fornecedor das mercadorias ter adquirido as mercadorias de um importador, e assim interpretar que não estava obrigado à descrição exigida para os produtos, do que decorre a dúvida se as mercadorias apreendidas corresponderiam, ou não, aos produtos adquiridos daquele fornecedor.

Estas as razões para concluir que, nestes autos, o sujeito passivo logrou suscitar dúvida razoável acerca da infração que lhe foi imputada e ensejou sua exclusão do SIMPLES Nacional, e assim DAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

Naqueles autos, o recurso especial fora interposto pelo sujeito passivo e tendo como paradigma, precisamente, o acórdão recorrido, nº 1201-003.900. Contudo, como bem expresso acima, o provimento ao recurso especial dado por esta Conselheira não representou concordância com os fundamentos do paradigma, e sim resultou das circunstâncias específicas das evidências reunidas no processo de pena de perdimento.

Nestes autos, a apreensão da mercadoria de origem estrangeira se deu mediante retenção de encomendas postais junto à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, exigindo-se

da Contribuinte em tela, acerca dos produtos descritos às e-fls. 46/47, a apresentação de *notas fiscais de aquisição das mercadorias estrangeiras constantes dos objetos postais PD877774732br (1 Antena Omni direcional 9DBi – China) e PD872287163BR (1 Gravador de DVD)*. Como ressaltado na intimação de e-fl. 48, o não atendimento da intimação implicaria o perdimento das mercadorias e demais consequências legalmente previstas. Ausente tal manifestação, lavrou-se o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias de e-fls. 56/59, também não impugnado, o que ensejou a exclusão da Contribuinte da sistemática simplificada a partir da prática vedada, constatada em 22/08/2014.

Diversamente do consignado no acórdão recorrido, firma-se aqui o entendimento de que há, nestes autos, materialidade suficiente da conduta vedada no art. 29, inciso VII da Lei Complementar nº 123/2006: a Contribuinte comercializou mercadoria de origem estrangeira e, não provando a sua regular aquisição, presume-se que tais mercadorias são *objeto de contrabando ou descaminho*. Apenas que esta realidade é constituída mediante presunção, e não ficção, de onde decorre a possibilidade de o prejudicado provar sua inocorrência, inclusive mediante desconstituição de seus indícios.

Em manifestação de inconformidade, o sujeito passivo pretendeu provar, por meio dos documentos de e-fls. 79/80, que adquiriu as mercadorias em referência no mercado interno. A autoridade julgadora de 1ª instância, apesar de afirmar a preclusão em razão da revelia caracterizada no processo de perdimento, anotou que *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)*.

Em recurso voluntário, a Contribuinte complementou seus esclarecimentos para refutar as objeções da autoridade julgadora de 1ª instância (e-fls. 100/106), inclusive juntando outras provas de sua condição de microempreendedor individual, mas tais argumentos não foram apreciados pelo Colegiado *a quo*, que afirmou insuficientemente motivado o ato de exclusão, vez que *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 contrabando), o que não ocorreu nesse caso concreto*.

Ainda que o voto condutor do acórdão recorrido traga consignado que *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*, tem-se nesta referência mero *obiter dictum*, dada a premissa maior antes expressa, acerca da qual, inclusive, admitiu-se erigido o dissídio jurisprudencial.

E, na análise desse dissídio, imperiosa se mostra a reforma daquela premissa maior com fundamento nos argumentos antes expressos, e o consequente retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para efetiva apreciação das provas apresentadas pelo sujeito passivo em busca da desconstituição da acusação de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Na medida em que a PGFN pretende a afirmação da *preclusão temporal no que toca à discussão sobre a mercadoria ser ou não objeto de contrabando ou descaminho no procedimento de representação fiscal para a exclusão do SIMPLES*, não é possível prover o recurso fazendário.

Estas as razões, portanto, para DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso especial da PGFN, com retorno ao Colegiado de origem.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada.

Declaração de Voto

Conselheira Livia De Carli Germano

Optei por apresentar a presente declaração de voto para esclarecer as razões pelas quais, no mérito, acompanhei o i. Relator em suas conclusões, para negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

Concordo com o i. Relator que, no caso, não houve a prova satisfatória de prática dos crimes de *contrabando* e *descaminho*. Mas, não em antes pedir a devida e respeitosa licença, tenho percepção um pouco mais restrita a respeito da interpretação a ser dada à hipótese de exclusão do SIMPLES prevista no artigo 29 da Lei Complementar 123/2006, que diz:

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

...

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

Como se percebe, a legislação tributária faz referência a tipos definidos como crimes na lei penal.

Em nosso sistema jurídico, a única esfera que tem competência para dizer se houve ou não a prática de crimes é a justiça penal:

CF88 (grifamos)

Art. 5º

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de **sentença penal condenatória**;

Embora haja discussão acerca do alcance desse dispositivo constitucional quanto a seu aspecto temporal, não há dúvida de que *não se pode considerar uma pessoa culpada por crime antes da prolação de uma sentença penal condenatória*.

Para mim, isso significa que, antes de sua condenação na esfera penal, o sujeito passivo não pode sofrer as consequências de condenação por crime ainda não julgado na esfera competente. E ser excluído do SIMPLES com base em acusações de que tenha praticado contrabando ou descaminho, antes de uma sentença penal que assim o condene, é impor ao

sujeito passivo as consequências de tais crimes à revelia do pronunciamento da esfera competente a respeito de tais condutas.

Assim, compreendo que, para que possa haver exclusão do SIMPLES com base no artigo 29, VII, da LC 123/2006, é imprescindível que o ato de exclusão faça referência à sentença penal condenatória pelos crimes de contrabando ou descaminho.

É dizer, o sujeito passivo não pode ser excluído do SIMPLES pela prática de contrabando ou descaminho com base em um mero entendimento de uma autoridade administrativa acerca do cometimento de tais infrações, simplesmente porque tal autoridade administrativa não é competente para dizer se tais infrações ocorreram. Seria impor ao sujeito passivo as consequências de uma pena aplicável a um crime pelo qual ele ainda sequer foi julgado, que dirá condenado.

No caso, o sujeito passivo foi revel no processo administrativo de apreensão de mercadorias. Independentemente disso, a norma prevê (e de fato no caso houve) a respectiva representação fiscal para fins penais, de maneira que tal conduta do sujeito passivo não tem o condão de interferir no andamento de eventual processo penal que vise à análise e, se for o caso, à condenação por supostos crimes. Assim, a conduta do sujeito passivo de não se defender naquele processo administrativo é neutra, no sentido de que sua revelia não o prejudica nem o beneficia quanto a ato ou processo que vise à sua exclusão do SIMPLES com base no artigo 29, VII, da LC 123/2006.

Foi neste sentido que orientei meu voto para negar provimento ao recurso especial.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Declaração de Voto

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Quanto ao conhecimento do Recurso Especial, acompanhei o voto do ilustre Relator, Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella.

Entretanto, quanto ao mérito, peço vênia para discordar do bem fundamentado voto.

Conforme relatado, nos presentes autos discute-se a exclusão do contribuinte do Simples Nacional em razão da *comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho*.

Para o ilustre Conselheiro Relator, “não houve qualquer prova, cabal e definitiva, que a Contribuinte praticou a comercialização de mercadorias objeto de *contrabando ou descaminho*”.

Ocorre que o Ato Declaratório Executivo de exclusão do contribuinte do Simples Nacional foi emitido em razão do que ficou consolidado no processo administrativo nº

13971.724384/2014-28, no qual, após lavratura de Auto de Infração com apreensão mercadorias, o contribuinte, devidamente intimado, foi considerado revel.

Em razão da definitividade do Auto de Infração lavrado, assim como da aplicação da pena de perdimento das mercadorias apreendidas, a Representação Fiscal para Fins Penais de que trata o processo nº 13971.722091/2015-97 foi encaminhada ao Ministério Público Federal, comunicando ao *Parquet* a “*ocorrência de fatos que, em tese, configuram crime de Descaminho, definido pelo art. 334 do Código Penal*”.

Considerando-se que o inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006¹ elenca como razão suficiente para exclusão do Simples Nacional o ato de “*comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho*”, não se exigindo condenação ou qualquer outras consequências para que a exclusão seja realizada, entendo que a matéria encontra-se definitivamente decidida no âmbito administrativo, não mais cabendo sua rediscussão nos presentes autos.

Admitir-se a análise dos fatos tratados em outro processo administrativo, com a devida vênia, abre a possibilidade, em tese, de termos decisões conflitantes sobre os mesmos fatos. Explico.

No caso concreto, o contribuinte não se defendeu no processo relativo ao Auto de Infração e em que foi aplicada a pena perdimento de bens apreendidos, mas poderia tê-lo feito.

A possibilidade de análise das provas ou circunstâncias que redundaram nas penalidades aplicadas no processo principal (com decisão definitiva no âmbito administrativo) ser analisada em processo decorrente possibilita, em tese, que, sobre os mesmos fatos, hajam decisões conflitantes no âmbito administrativo, não passíveis de uniformização de entendimento, o que, com as escusas devidas aos que pensam em sentido contrário, demonstra a incorreção do procedimento adotado.

Por essas razões, encaminhei, em primeira votação, por conhecer e negar provimento ao Recurso Especial.

Vencido nessa primeira rodada de votos, na sequência, encaminhei meu voto por CONHECER do Recurso Especial, e, no mérito, por DAR-LHE provimento parcial com retorno dos autos à turma *a quo* para exame das provas apresentadas pelo contribuinte quanto à suposta inocorrência de venda de mercadorias objeto de descaminho.

(documento assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto

¹ Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:
[...]
VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;
[...]

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

Em que pese o bem fundamentado voto do d. relator, pugnando pelo desprovemento do recurso da Procuradoria da Fazenda Nacional, entendo que a questão envolvendo a comprovação da hipótese de exclusão do Simples Nacional prevista no art. 29, inc. VII da Lei Complementar nº 123/2006 deve ser vista sob a perspectiva do controle administrativo aduaneiro da importação de bens e mercadorias realizado pela autoridade aduaneira e não sob o prisma da comprovação penal da ocorrência dos crimes de contrabando e/ou descaminho.

Observa-se que o dispositivo não faz referência ao crime de contrabando ou descaminho, mas tão somente à circunstância de que a mercadoria comercializada seja “objeto” de contrabando e descaminho, *verbis*:

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

[...]

I - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

[...]

Ora, ao dizer da lei, a hipótese de exclusão se consuma com a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, sendo irrelevante a caracterização ou imputação da conduta subjetiva do crime de contrabando ou descaminho à quem quer que tenha promovido o ingresso irregular da mercadoria importada no território nacional.

Assim, basta a caracterização de que a mercadoria comercializada ou exposta à venda seja importada de forma irregular, configurando-se uma das hipóteses previstas: contrabando ou descaminho.

Nesse aspecto, compete à autoridade aduaneira proceder ao controle e fiscalização das mercadorias estrangeiras que ingressam no território nacional, sendo que constatada a sua importação irregular ou proibida esta fica a apreensão e decretação da pena de perdimento pela autoridade administrativa competente, nos termos previstos no Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/2009), *verbis*:

[...]

Art. 774. As infrações a que se aplique a pena de perdimento serão apuradas mediante processo fiscal, cuja peça inicial será o auto de infração acompanhado de termo de apreensão e, se for o caso, de termo de guarda fiscal (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 27, caput).

§ 1º Feita a intimação, pessoal ou por edital, a não-apresentação de impugnação no prazo de vinte dias implica revelia (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 27, § 1º).

§ 2º Considera-se feita a intimação e iniciada a contagem do prazo para impugnação quinze dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado.

§ 3º A revelia do autuado, declarada pela autoridade preparadora, implica o envio do processo à autoridade competente, para imediata aplicação da pena de perdimento, ficando a mercadoria correspondente disponível para destinação, nos termos dos arts. 803 a 806.

[...]

Art. 689. **Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses,** por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, caput e § 1º, este com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59):

I - em operação de carga ou já carregada em qualquer veículo, ou dele descarregada ou em descarga, sem ordem, despacho ou licença, por escrito, da autoridade aduaneira, ou sem o cumprimento de outra formalidade essencial estabelecida em texto normativo;

II - incluída em listas de sobressalentes e de provisões de bordo quando em desacordo, quantitativo ou qualitativo, com as necessidades do serviço, do custeio do veículo e da manutenção de sua tripulação e de seus passageiros;

III - oculta, a bordo do veículo ou na zona primária, qualquer que seja o processo utilizado;

IV - existente a bordo do veículo, sem registro em manifesto, em documento de efeito equivalente ou em outras declarações;

V - nacional ou nacionalizada, em grande quantidade ou de vultoso valor, encontrada na zona de vigilância aduaneira, em circunstâncias que tornem evidente destinar-se a exportação clandestina;

VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado;

VII - nas condições do inciso VI, possuída a qualquer título ou para qualquer fim;

VIII - estrangeira, que apresente característica essencial falsificada ou adulterada, que impeça ou dificulte sua identificação, ainda que a falsificação ou a adulteração não influa no seu tratamento tributário ou cambial;

IX - estrangeira, encontrada ao abandono, desacompanhada de prova do pagamento dos tributos aduaneiros;

X - estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País, se não for feita prova de sua importação regular;

XI - estrangeira, já desembarçada e cujos tributos aduaneiros tenham sido pagos apenas em parte, mediante artifício doloso;

XII - estrangeira, chegada ao País com falsa declaração de conteúdo;

XIII - transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos aduaneiros e de outros gravames, quando desembarçada com a isenção referida nos arts. 142, 143, 144, 162, 163 e 187;

XIII - transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos aduaneiros e de outros gravames, quando desembarçada com a isenção referida nos arts. 142, 143, 162, 163 e 187; (Redação dada pelo Decreto nº 7.213, de 2010).

XIV - encontrada em poder de pessoa física ou jurídica não habilitada, tratando-se de papel com linha ou marca d'água, inclusive aparas;

XV - constante de remessa postal internacional com falsa declaração de conteúdo;

XVI - fracionada em duas ou mais remessas postais ou encomendas aéreas internacionais visando a iludir, no todo ou em parte, o pagamento dos tributos aduaneiros ou quaisquer normas estabelecidas para o controle das importações ou, ainda, a beneficiar-se de regime de tributação simplificada (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105, inciso XVI, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.804, de 1980, art. 3º);

XVII - estrangeira, em trânsito no território aduaneiro, quando o veículo terrestre que a conduzir for desviado de sua rota legal, sem motivo justificado;

XVIII - estrangeira, acondicionada sob fundo falso, ou de qualquer modo oculta;

XIX - estrangeira, atentatória à moral, aos bons costumes, à saúde ou à ordem públicas;

XX - importada ao desamparo de licença de importação ou documento de efeito equivalente, quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa, na forma da legislação específica;

XXI - importada e que for considerada abandonada pelo decurso do prazo de permanência em recinto alfandegado, nas hipóteses referidas no art. 642; e

XXII - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

[...] (g. n.)

Como é cediço, compete, também, às autoridades administrativas vinculadas à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB², a fiscalização e controle aduaneiro, de sorte que, a constatação da ocorrência de apreensão de mercadorias objeto de importação irregular, seguida da aplicação da pena de perdimento, pela ausência de comprovação da regular importação, enseja a lavratura de representação pela autoridade aduaneira responsável, com vistas à exclusão do Simples Nacional, tendo em vista o disposto no art. 29, inc. VII da LC. nº 123/2006.

² Lei nº 10.592/2002:

Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo: (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

b) elaborar e proferir decisões ou delas participar em processo administrativo-fiscal, bem como em processos de consulta, restituição ou compensação de tributos e contribuições e de reconhecimento de benefícios fiscais; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

c) executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

d) examinar a contabilidade de sociedades empresariais, empresários, órgãos, entidades, fundos e demais contribuintes, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 do Código Civil e observado o disposto no art. 1.193 do mesmo diploma legal; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

e) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à interpretação da legislação tributária; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

f) supervisionar as demais atividades de orientação ao contribuinte; (Incluída pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

II - em caráter geral, exercer as demais atividades inerentes à competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

§ 1o O Poder Executivo poderá cometer o exercício de atividades abrangidas pelo inciso II do caput deste artigo em caráter privativo ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

[...]

Desta feita, me parece bastante evidente que o legislador, quando previu tal hipótese de exclusão, visou a integração entre a legislação tributária e aduaneira, forte no sentido de impedir que empresas beneficiárias do regime simplificado fossem utilizadas para a comercialização de mercadorias estrangeiras objeto de importação irregular, em flagrante concorrência desleal com as demais empresas e em prejuízo das empresas produtoras nacionais.

Não me parece razoável concluir que a lei tributária exija a comprovação da ocorrência de crime de contrabando ou descaminho e a efetiva responsabilização penal do responsável para que se possa configurar a hipótese de exclusão da empresa do Simples Nacional, mesmo porque o ato de introdução irregular das mercadorias, no tocante a esfera penal, necessariamente deve ser atribuído à pessoas físicas que, podem ou não serem ligadas à empresa que venha a comercializar a mercadoria.

Assim, o que caracteriza a hipótese de exclusão é a comprovação de que a mercadoria comercializada é proveniente de contrabando ou descaminho, ou seja, foi objeto de importação irregular, por quem quer que seja, sendo ônus da empresa que comercializa tais mercadorias a comprovação de que estas foram importadas de forma regular por si ou por terceiros, ou, quando menos, a comprovação de aquisição de terceiros na boa-fé de que foram regularmente importadas.

Na hipótese dos autos, foi apreendido volume significativo de mercadorias importadas que foram comercializadas pela recorrente e que se encontravam em trânsito para os adquirentes por meio de remessa postal. Realizada a apreensão da mercadoria pela autoridade administrativa competente e intimada a contribuinte a fazer prova de sua regular importação esta se manteve inerte, caracterizando-se a revelia no âmbito do processo administrativo respectivo, ensejando a aplicação da pena de perdimento.

Assim, entendo que restou configurada a hipótese legal de exclusão do Simples Nacional, não cabendo, no âmbito deste processo, a reanálise fática relativa à comprovação da origem das mercadorias.

Não obstante, nas discussões durante o julgamento a d. conselheira Edeli Pereira Bessa, suscitou tal necessidade de exame das provas juntadas pela contribuinte no tocante à comprovação da regularidade das mercadorias objeto de apreensão e perdimento pelo colegiado *a quo*, o que ensejou votações sucessivas do colegiado em face de 3 posições divergentes, nos termos regimentais, prevalecendo ao final esta proposta, na qual restei vencido.

Com efeito, entendo que precluiu o direito da contribuinte de fazer prova da importação regular das mercadorias objeto da apreensão e perdimento pela autoridade aduaneira, a uma, por que foi objeto de procedimento próprio levado à efeito pela autoridade competente e, a duas, pela precariedade de meios de avaliação de que dispõem os conselheiros que vierem a apreciar as provas juntadas nesses autos, seja quanto à sua autenticidade, seja quanto ao seu conteúdo, o que inviabiliza, a meu ver, um juízo de valor definitivo sem uma avaliação pela autoridade aduaneira competente que, como registrado, já havia esgotado o seu mister ante à inércia da contribuinte no âmbito do processo administrativo próprio.

Por todo o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial da Procuradoria da Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado

