



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10920.721788/2019-81
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-002.170 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 10 de agosto de 2021
Recorrente DIRLENE KUSS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Exercício: 2019

PROCESSO ADMINISTRATIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES,
PROCESSO ADMINISTRATIVO DE PERDA DE MERCADORIA E
PROCESSO PENAL. AUTONOMIA

O processo criminal por contrabando e descaminho, o processo administrativo de perda de mercadoria e o processo administrativo de exclusão do Simples são autônomos, salvo quando o processo criminal aponta a inexistência do fato ilícito ou a negativa da autoria, levando à absolvição do réu no processo criminal.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. CONTRABANDO.
IMPROCEDÊNCIA.

Restando não comprovada a relação entre os bens fruto de contrabando apreendidos e a recorrente, estão ausentes os requisitos do artigo 29, VII da Lei Complementar 123/2006, sendo improcedente sua exclusão do Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário. Vencido o conselheiro Ailton Neves da Silva, que lhe negou provimento.

(documento assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ailton Neves da Silva, Rafael Zedral e Lucas Issa Halah

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão da DRJ que manteve a exclusão da Recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), levada a efeito por meio do Ato Declaratório Executivo BENFIS/SRRF09 Nº 100, de 6 de setembro de 2019, o qual foi elaborado a partir do Despacho Decisório Simples/BENFIS/SRRF 9ªRF nº 840/2019 (fls. 32/36). A exclusão foi fundamentada no art. 29, inciso VII da LC nº 123/06 e art. 83, inciso IV, alínea “c”, §2º da Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018.

A compreensão do contexto no qual se deu a aplicação da pena de perdimento de cuja confirmação decorreu o Ato Declaratório Executivo de exclusão é de suma importância e, s.m.j., o relatório da instância *a quo* deixou de mencionar aspectos relevantes ao deslinde da matéria.

Conforme o Boletim de Ocorrência de fl.3, o caso começou com o acionamento da Polícia Civil para atender a uma ocorrência de furto em andamento. No local, um endereço residencial, as autoridades policiais visualizaram um homem pulando o muro dessa residência e se evadindo. Tendo recebido a informação de que havia três indivíduos no imóvel e, identificando uma janela arrombada, os policiais adentraram e não localizaram ninguém. Entretanto, ocasionalmente, verificaram que **em um quarto cuja porta também estava arrombada** havia grande quantidade de caixas de cigarros supostamente oriundas do Paraguai.

Na sequência, o Boletim de Ocorrência relata que “apareceu no local” o locatário da residência, informando que o quarto onde foram localizados os cigarros era locado para outra pessoa, de nome Dirlene. Referido **locatário não foi identificado nem foi colhido seu depoimento**, ao que consta nos autos.

Conforme o item 11 do Parecer/Despacho Decisório de aplicação da pena de perdimento (fl. 20), ouvida na Polícia Civil a proprietária do imóvel, esta teria confirmado que alugara o quarto para a senhora Dirlene, que armazenaria produtos a serem empregados posteriormente em sua empresa.

As autoridades policiais então identificaram o endereço residencial de Dirlene (distinto daquele onde se encontrou as mercadorias apreendidas), verificando que no mesmo endereço funcionava o estabelecimento comercial de sua titularidade, DIRLENE KUSS ME (nome fantasia Mercearia da Dirlene). **Não há relato de que tenha sido feita qualquer vistoria no estabelecimento da empresa.**

Diante desse contexto, foi feita a apreensão de cigarros, capitulada pelas autoridades aduaneiras no inciso X do art. 105 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, c/c no inciso IV e no § 1º do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976; no inciso I do art. 87 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964; e nos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 399, de 30 de dezembro de 1968, para fins de aplicação da pena de perdimento, ocasionando a lavratura do o Auto de Infração e Apreensão de Cigarros nº 0920200-23746/2019 (fls. 27/30). O Auto de Infração determinou o montante de R\$ 52.525,00 relativamente ao IPI e Imposto de Importação que seriam devidos em uma importação regular das mercadorias, estimativa feita com base no artigo 65 da Lei nº 10.833/2003.

DIRLENE KUSS ME então apresentou impugnação contra o Auto de Infração e Apreensão de Cigarros, na qual, em síntese, conforme relato trazido às fls. 18 (Parecer n.º 319/2019/Ejulg/SRRF09), alegou o seguinte:

- a) Não restou demonstrada a autoria da titular da Recorrente quanto à prática do crime de contrabando ou descaminho.
- b) Não há provas de que a Recorrente ou sua titular seria proprietária dos cigarros.
- c) Os cigarros não foram encontrados em poder da Recorrente nem de sua titular.
- d) Não existem vínculos entre a Recorrente, sua titular, e o imóvel onde os cigarros foram encontrados.
- e) Discordou da valoração aduaneira procedida pela autoridade lançadora; e
- f) Requereu, por fim, a anulação da autuação.

O Parecer n.º 319/2019/Ejulg/SRRF09 (fls. 17/21), propôs a manutenção da aplicação da pena de perdimento e, ao que tudo indica esclarecendo questões manifestadas pela Recorrente ao Impugnar referido auto, consignou que a legislação aduaneira determinaria a aplicação cumulativa da pena de perdimento e da multa de R\$ 2,00 por maço apreendido, nos termos dos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei n.º 399, de 1968, e que valor aduaneiro atribuído pela autoridade fiscal teria serventia meramente estatística. Diante disso, foi proferido o Despacho Decisório de fl.21, mantendo a aplicação da pena de perdimento. O Auto de Infração e Apreensão de Cigarros n.º 0920200-23746/2019 não propôs a aplicação da multa de R\$ 2,00 por maço, razão pela qual a única penalidade então aplicada foi a pena de perdimento.

Confirmada a aplicação da pena de perdimento pelo Despacho Decisório (fl. 21), foi lavrada a Representação para Exclusão de Ofício do Simples Nacional 0920200-88538/2019 e proferido o Despacho Decisório Simples/BENFIS/SRRF 9ªRF n.º 840/2019 (fls. 32/36) que ensejou o Ato Declaratório Executivo de exclusão (Ato Declaratório Executivo BENFIS/SRRF09 N.º 100, de 6 de setembro de 2019) de fl. 37, pelo qual se excluiu a Recorrente do Simples Nacional com efeitos a partir de 11/02/2019, ficando a empresa impedida de optar pelo Simples Nacional nos três anos-calendário seguintes.

A Recorrente interpôs Manifestação de Inconformidade, na qual alegou que a fundamentação do Despacho Decisório teria observado somente o Boletim de Ocorrência, e desconsiderado o fato de que, até o momento, o Inquérito Policial não tinha chegado a qualquer conclusão quanto à autoria (anexa cópia do Inquérito Policial). Reitera inexistir prova de que a mercadoria apreendida seria de posse ou propriedade da Recorrente, bem como inexistir qualquer prova relativa à locação do imóvel no qual foram localizados os bens apreendidos que pudesse vincular a Recorrente a tais mercadorias.

Para corroborar sua argumentação, rememora que a janela do imóvel encontrava-se arrombada e que o Boletim de Ocorrência consigna que no imóvel haveria 3 indivíduos, um dos quais foi avistado pulando o muro, concluindo assim que *“a posse/propriedade e/ou autoria do crime de contrabando poderia ser imputada a qualquer um dos indivíduos, ou seja, poderia*

ser imputada a dona do imóvel, ao indivíduo que se evadiu, aos três indivíduos, ou até mesmo a outras pessoas que tinha acesso ao imóvel”.

Defende, ainda, a aplicação do artigo 112, III do CTN, afirmando que havendo dúvida quanto à autoria, imputabilidade, ou punibilidade, deve-se adotar a interpretação mais favorável ao acusado, afirmando que o dispositivo decorreria do princípio constitucional da presunção de inocência e, após trazer julgados para corroborar sua tese, requer a improcedência da exclusão. Alternativamente, requer a suspensão do processo até a apuração da autoria do crime de contrabando/descaminho nos autos 5012932-47.2019.4.04.7201 em trâmite na Justiça Federal de Santa Catarina.

O Acórdão da DRJ, ora recorrido, afirmou que o efeito suspensivo do Recurso Voluntário e a desnecessidade de se aguardar o desfecho na esfera penal obstaríam a determinação de suspensão do processo até o término do inquérito, até porque é da competência da Receita Federal do Brasil verificar o respeito aos critérios de permanência no Simples. Por fim, concluiu a DRJ que:

“Como se vê, as argumentações trazidas na Manifestação de Inconformidade relativas à exclusão da empresa do Simples Nacional foram as mesmas apresentadas por ocasião da impugnação ao auto de infração, e como já vimos foram consideradas improcedentes. Sendo assim, não cabe a este julgador rediscutir matérias já objeto de decisão administrativa discutida pelas partes.”

Em seu Recurso Voluntário (fls. 101/104), a Recorrente reitera seus argumentos pela ausência de prova de sua relação com as mercadorias apreendidas e com o imóvel em questão, frisando que acerca de tal fato só há o depoimento da proprietária do imóvel.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Lucas Issa Halah, Relator.

1 - ADMISSIBILIDADE

Inicialmente, reconheço a competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B, da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF). No mais, observo que o recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

2 – MÉRITO

2.1. INDEPENDÊNCIA RELATIVA ENTRE AS ESFERAS CRIMINAL, ADUANEIRA E FISCAL

Antes de entrar no mérito da causa e assim avaliar a presença ou ausência dos pressupostos de aplicação do art. 29, inciso VII da LC nº 123/06, deve-se avaliar a possibilidade de, no processo administrativo que discute a exclusão do Simples, se reavaliar questões *a priori* pacificadas no processo administrativo que concluiu pela aplicação da pena de perdimento.

A esse respeito, partilho do entendimento esposado pelo Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli no Acórdão 9101-005.478 – CSRF / 1ª Turma, de 13 de maio de 2021, e pelo Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque no Acórdão nº 1201-003.899, de 16 de julho de 2020, ambos no sentido de que se tratam de instâncias autônomas e independentes.

Vale a pena frisar que, no Acórdão nº 1201-003.899, de 16 de julho de 2020, julgou-se por unanimidade de votos haver evidências suficientes de que o contribuinte teria introduzido no território nacional mercadoria estrangeira com destinação comercial, razão pela qual se confirmou a exclusão do Simples. Entretanto, **essa conclusão foi tomada a partir de uma reanálise dos elementos fáticos e jurídicos envolvidos no caso e análise das provas e alegações trazidas no processo de exclusão, afastando portanto a justificativa adotada pela DRJ de que a confirmação da aplicação da pena de perdimento impediria a reavaliação do caso no processo administrativo de exclusão do Simples.**

O Racional já é antecipado de maneira clara e sucinta pelo Relator, com os seguintes dizeres:

“Vale dizer, não basta o fisco apreender e aplicar a pena de perdimento a bens encontrados no estabelecimento do contribuinte para proceder com a exclusão do Simples no ‘modo piloto automático’. **Deve a fiscalização, isto sim, cumprir com o ônus de comprovar que o contribuinte comercializou ou pretendeu comercializar mercadorias objeto de crime de descaminho**, situação esta que é diferente da causa do Auto de Infração de Apreensão de Mercadorias.” (grifo nosso)

Justamente para desenvolver os fundamentos dessa desvinculação, o Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque apresentou a declaração de voto que também transcrevo e adoto:

“Acompanhei o voto condutor da presente decisão, no qual não vejo o que reparar. Todavia, **solicitei a oportunidade de registrar o meu voto no presente acórdão para enfatizar um ponto o qual entendo ser de grande relevância, que é a**

autonomia do processo administrativo tributário em relação a outros processos que orbitam o cenário fático em tela.

Verifico que a exclusão do Simples em tela tem origem no fato de a fiscalização aduaneira em zona secundária ter apreendido mercadorias estrangeiras sem comprovante de regular importação sendo comercializadas. Na tomada de decisão realizada pela Administração Tributária, o fato de o contribuinte ter sido revel no correspondente processo de perdimento das mercadorias foi fundamental. O relator já pontuou que a referida revelia, tomada isoladamente, não é fundamento suficiente e é esse o ponto que gostaria de desenvolver.

Entendo que o processo criminal por contrabando e descaminho, o processo administrativo de perda de mercadoria e o processo administrativo de exclusão do Simples são autônomos, salvo quando o processo criminal aponta a inexistência do fato ilícito ou a negativa da autoria, levando à absolvição do réu no processo criminal e, por reflexo, nos referidos processos administrativos, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no MS 23.188, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal tem reiterado a independência das instâncias penal e administrativa afirmando que aquela só repercute nesta quando conclui pela inexistência do fato ou pela negativa de sua autoria. (MMSS 21.708, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 18.05.01, 22.438, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.02.98, 22.477, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14.11.97, 21.293, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 28.11.97). Segurança denegada.

No que diz respeito especificamente ao **processo administrativo de exclusão do Simples**, é de se salientar que **a conduta que dá ensejo à exclusão é ‘comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho’** (art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123/06), ou seja, **não se exige a prática do ‘crime’** que também é caracterizado pela mesma conduta (artigos 334 e 334-A do Código Penal Brasileiro) e **não se exige a apreensão e perda da mercadoria por parte da Administração Aduaneira**, também motivada pela mesma conduta.

Ainda que a conduta seja determinante para o crime, não se deve confundir os dois, pois a conduta é apenas um elemento do crime. O mesmo se diz da infração administrativa que resulta em dano ao erário. Assim, **não é lícita a vinculação do processo de exclusão do Simples a outro processo, seja criminal ou aduaneiro, sem embargo de as evidências colhidas em algum desses processos poderem instruir o processo de exclusão do Simples**. Assim, a revelia do comerciante no processo de perdimento da mercadoria não afasta a necessidade de a Administração Tributária comprovar a conduta que dá ensejo à exclusão do Simples e não afasta a necessidade de a autoridade julgadora de primeira instância apreciar a impugnação, abordando os argumentos da defesa.

Estas são as considerações que gostaria de registrar.

Na espécie, há evidências suficientes para se concluir que o contribuinte introduziu no território nacional, como bagagem, mercadoria estrangeira com destinação comercial, o que caracteriza a conduta de descaminho, pois o importador, ao agir assim, contornou uma série de exigências relativas aos controles aduaneiro e sanitário. Assim, é forçosa a exclusão do contribuinte do regime do Simples.”

As considerações acima transcritas são precisas, porque a Lei Complementar nº 123/2006, no inciso VII do seu art. 29, **não prevê como causa de exclusão do contribuinte a de lavratura e manutenção de Auto de Infração com apreensão de mercadorias, com a aplicação de pena de perdimento. O legislador explicitou ser necessária a prova de que o contribuinte comercialize mercadorias fruto dos crimes de contrabando ou descaminho, e essa prova deve ser apreciada pelo órgão administrativo competente para o julgamento do processo de exclusão do Simples.**

Não há identidade, confusão nem fungibilidade entre tais ocorrências, juridicamente distintas em sua natureza e efeitos. Tratam-se de normas diferentes, que estabelecem consequências diversas a partir de pressupostos diversos, ainda que ambas dentro da esfera de competência da Receita Federal do Brasil.

A identificação dessa distinção tem efeitos práticos relevantes, pois se é identificada no estabelecimento comercial do contribuinte a presença de bem fruto de descaminho, mas que não é objeto de comercialização (e.g. um freezer ou um fogão utilizados por um restaurante para armazenar e preparar os alimentos fornecidos a seus clientes) tal hipótese pode permitir a conclusão da prática de descaminho, mas não a exclusão do Simples, dado que tais mercadorias não estão postas à comercialização pelo contribuinte.

Também é relevante mencionar que as preocupações envolvidas na legislação aduaneira e no processo administrativo correspondente são distintas daquelas envolvidas no processo de exclusão do Simples, o que acarreta consequentemente diferenças nas formas de valorar os fatos e as provas.

Por fim, nunca é demais rememorar a gritante distinção entre as regras que regem o processo administrativo de natureza aduaneira, voltado à aplicação de pena de perdimento (com julgamento proferido em instância única por juízo singular do Delegado da Receita Federal do Brasil competente) e o processo administrativo fiscal de exclusão do Simples (regido pelo Decreto 70.235 e decidido com a garantia do duplo grau de jurisdição, sendo ambas as instâncias colegiadas e a segunda instância paritária)

Por tais razões, concluo que o processo aduaneiro no qual se decidiu pela aplicação da pena de perdimento é uma fonte importante, mas suas conclusões não são vinculantes nos autos ora sob questão. Somando-se a isso a juntada pela Recorrente, nestes autos, de prova nova (a cópia do inquérito policial) e o realce a aspectos não discutidos nos autos em que se aplicou a pena de perdimento, **entendo ser mandatária a análise autônoma de suas alegações, nestes autos.**

Consequentemente, em virtude da autonomia entre as esferas penal e administrativa, também antecipo entender descabido o pleito do contribuinte de se aguardar o desfecho da até a apuração da autoria do crime de contrabando/descaminho na esfera penal.

2.2. AUSÊNCIA DE PROVA CABAL DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA EXCLUSÃO

O artigo 29, VII da Lei Complementar 123/06 prevê a exclusão de ofício do Simples Nacional, da empresa que:

“VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;”

A autoridade fiscal, portanto, deve não somente (i) demonstrar a incidência nos tipos penais dos quais legislação tributária se valeu (contrabando e descaminho), como também (ii) estabelecer o vínculo entre as mercadorias fruto de tais crimes e o optante do Simples Nacional, (iii) demonstrando tratarem-se de mercadorias por ele postas ao comércio.

Não vejo nos autos a existência de indícios suficientes, quanto menos de prova cabal, de que a Recorrente teria relação com as mercadorias em questão, especialmente porque

os liames estabelecidos entre bens fruto de contrabando e a Recorrente são extremamente frágeis e foram devidamente contraditados pela Recorrente.

Compulsando os autos, verifico que os 21.010 (vinte e um mil e dez) maços de cigarro, quantidade bastante elevada, **foram apreendidos em um endereço residencial distinto do estabelecimento comercial da empresa recorrente** e distinto também do endereço de residência de sua titular.

Além disso, chegando ao local, a polícia, que havia sido acionada por furto e comunicada de que havia três pessoas na residência, se deparou com uma pessoa pulando o muro (não se sabe quem) e com o **arrombamento da janela da residência e da porta do cômodo no qual foram localizados os cigarros.**

Mais, o Boletim de Ocorrência relata que o locatário do imóvel em questão apareceu no local durante a operação policial e afirmou que justamente o cômodo no qual se localizaram os cigarros era locado a outra pessoa (supostamente a titular da empresa Recorrente). **O Boletim de Ocorrência, contudo, não identifica referido locatário, quanto menos colhe seu depoimento.**

Após, a proprietária do imóvel presta depoimento confirmando o relato de referido inquilino, **sem apresentar nenhuma prova da locação ou de que os bens apreendidos pertenciam ou estavam de fato sob a posse da titular da empresa Recorrente.**

Tem-se, portanto, como único elemento probatório de estabelecimento do liame entre os bens apreendidos e a Recorrente, o relato de suposto locatário não identificado, consignado no depoimento da própria autoridade policial, e o depoimento da proprietária, ambos que, por sua evidente relação com o imóvel, não podem ser consideradas pessoas isentas, já que os bens apreendidos presumem-se na posse e propriedade de quem detém a posse ou propriedade do imóvel onde encontrados.

Os poucos elementos que relacionam a Recorrente ao imóvel e aos bens apreendidos são extremamente frágeis e poderiam ter sido corroborados se, **por exemplo,** tivesse sido ao menos realizada uma vistoria no estabelecimento da Recorrente que eventualmente localizasse cigarros de mesma marca daqueles apreendidos.

Por fim, a enorme quantidade de cigarros apreendidos também causa estranhamento, sendo *prima facie* incompatível com a natureza, objeto e porte da empresa Recorrente — pequena empresa com o objeto social de “mercearia (comércio varejista em geral, com predominância de produtos alimentícios) e - comércio varejista de gás liquefeito de petróleo (glp).

Pelo exposto, aos olhos deste conselheiro, a prova presente nos autos é insuficiente para ensejar a exclusão com fundamento no artigo 29, VII da LC/123.

2.3. POSSIBILIDADE APLICAÇÃO DO ARTIGO 112 DO CTN

O contribuinte argui, ainda, que, havendo dúvida quanto à autoria, ou seja, quanto à vinculação entre os cigarros contrabandeados e a Recorrente, a aplicação do artigo 112, III do CTN demandaria a interpretação mais favorável ao acusado. Vejamos:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.”

Muito embora entenda que o dispositivo aplica-se à interpretação das normas tributárias que tratam das hipóteses de exclusão do Simples, no caso, a ausência de prova suficiente de autoria dispensa sua aplicação, no caso.

3 – DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário e, no mérito, dar-lhe provimento para julgar procedente o Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah - relator