



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10925.721641/2014-37
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.026 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de outubro de 2020
Recorrente BELONI SALETE HEINZ - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIA OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. EXCLUSÃO.

A comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho constitui motivo para exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional, consoante expressa previsão legal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da contribuinte do regime do SIMPLES NACIONAL, vencido o Conselheiro Luciano Bernart que dava provimento.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Paula Santos de Abreu, Wilson Kazumi Nakayama (Suplente convocado), Junia Roberta Gouveia Sampaio, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (SP).

Adota-se, em sua integralidade, o relatório do Acórdão nº 16-71.477 - 8ª Turma da DRJ/SPO, complementando-o, ao final, com as pertinentes atualizações processuais.

*Trata-se de manifestação de inconformidade apresentada em face do Ato Declaratório Executivo DRF/JOA-SC nº 119/2014 (fls. 15 e 17), que excluiu o contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - **Simples Nacional**, com efeitos a partir de 01/10/2012, por ter sido constatada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, conforme apurado pela fiscalização, incorrendo na situação excludente prevista na Lei Complementar nº 123/2006, art. 29, inciso VII.*

Consoante documentos extraídos do processo administrativo nº 10925.722959/2012-73 (fls. 02/06), cuidava-se de 21 maços de cigarros de origem estrangeira que estavam expostos à venda sem prova de sua regular importação. Segundo relatado no Despacho Decisório lavrado pela Saort/DRF/JOA (fls. 12/14), os fatos foram apurados durante operação de combate ao contrabando e descaminho em 23/10/2012 na cidade de Caçador/SC. Tendo sido autuado o contribuinte e, posteriormente, com a lavratura de Termo de Revelia (fls. 07) naquele processo, concluiu-se pela exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional.

Cientificado da exclusão em 21/10/2014 (AR de fls. 20/21), o interessado apresentou, em 19/11/2014, a Manifestação de Inconformidade de fls. 22/25 alegando, em primeiro lugar, que o recurso deveria ser recebido no efeito suspensivo e que a exclusão somente poderia se operar após o trânsito em julgado. Alega ainda que apenas tomou conhecimento do Auto de Infração e do Termo de Apreensão e Guarda Fiscal das mercadorias por ocasião da notificação de sua exclusão do Simples Nacional, com o recebimento do Ofício nº 285/2014. Entende que a intimação por edital, conforme consta no processo 10925.722959/2012-73 (fls. 37), somente poderia ser realizada após a tentativa frustrada da intimação por via postal e pessoal - o que não ocorreu - configurando vício formal insanável que impossibilitou a apresentação de tempestivo recurso naqueles autos. Por esses motivos, requer seja tornado sem efeito o ato que a excluiu do Simples Nacional.

Do Acórdão de Manifestação de Inconformidade

A 8ª Turma da DRJ/SPO, por meio do Acórdão nº **16-71.477**, julgou a Manifestação de Inconformidade Improcedente, conforme a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. EFEITO SUSPENSIVO.

A manifestação de inconformidade interposta em âmbito federal contra exclusão do Simples Nacional se enquadra no conceito de recurso administrativo admissível pelas leis reguladoras do

processo tributário administrativo a que se refere o inc. III do art. 151 do CTN. Contudo, na hipótese de confirmação da exclusão por decisão administrativa definitiva, a referida exclusão produzirá efeitos a partir do mês consignado no Ato Declaratório Executivo.

SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIA OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. EXCLUSÃO.

A comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho constitui motivo para exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional, consoante expressa previsão legal.

A decisão *a quo* considerou a Manifestação de Inconformidade Improcedente, com base nos seguintes **fundamentos**:

Do Efeito Suspensivo

1. Inicialmente, afirma o contribuinte que a sua manifestação de inconformidade deveria ser recebida no efeito suspensivo. No entanto, antes de se analisar esta questão, é oportuno fazer algumas ressalvas. É que, na situação em comento, estamos a falar de dois procedimentos distintos.
2. O primeiro, tratado no processo administrativo nº 10925.722959/2012-73, refere-se à apreensão e demais providências da autoridade aduaneira relativas à mercadoria estrangeira desacompanhada dos documentos comprobatórios de sua regular importação. Tal procedimento, iniciado com a apreensão das mercadorias e lavratura do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal (fls. 02/05), culminou com a declaração de revelia e do perdimento das mercadorias (cópia do Termo de Revelia às fls. 07). Como consignado no auto de infração, o rito do processo é o previsto no Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976.
3. O segundo procedimento, por seu turno, é o objeto do presente processo administrativo nº 10925.721641/2014-37 que, embora seja decorrente das apurações contidas no outro processo, se refere à exclusão do contribuinte do Simples Nacional por constatada a hipótese excludente prevista no inciso VII, do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006.
4. Destarte, cumpre primeiramente ressaltar que o presente julgamento não diz respeito ao procedimento tratado no processo nº 10925.722959/2012-73, mesmo porque à Delegacia de Julgamento (DRJ) não compete apreciar aquela matéria em sede de recurso administrativo, haja vista que referido processo não segue o rito do PAF (Decreto nº 70.235/72), e sim o rito do retro mencionado Decreto-lei nº 1.455/76. Por conseguinte, qualquer pleito de efeito suspensivo da manifestação de inconformidade de fls. 22/25 há de ser analisado tão somente com relação à matéria tratada no presente processo de nº 10925.721641/2014-37.
5. No tocante à matéria do presente processo, que trata de exclusão do Simples Nacional por ADE exarado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em

Joaçaba/SC, cabe o rito do processo administrativo fiscal federal (PAF) regulado no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, e alterações posteriores. E, conforme entendimento explicitado pela Coordenação-Geral de Tributação (Cosit) na Solução de Consulta Interna nº 18, de 30/07/2014:

6. Com base no art. 39 da LC nº 123, de 2006, entende-se que a Manifestação de Inconformidade contra a Exclusão do Simples Nacional se enquadra no conceito de recurso administrativo admissível pelas leis reguladoras do processo tributário administrativo a que se refere o inciso III do art. 151 do CTN.
7. Nos termos do § 3º do art. 75 da Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional (RCGSN) nº 94, de 29 de novembro de 2011, a impugnação do ato de exclusão do Simples Nacional tem efeito suspensivo, razão pela qual o lançamentos de ofício que teve tal ato de exclusão como premissa necessária terá caráter preventivo, e, portanto, estará com a exigibilidade suspensa.
8. Assim sendo, a apresentação da manifestação de inconformidade tem efeito suspensivo, consoante expressamente reconhecido na SCI Cosit nº 18/2014, o que implica em admitir que o ato de exclusão somente surtirá efeito quando houver a prolação de decisão administrativa definitiva e que eventual crédito tributário lançado de ofício em virtude da exclusão fica com a sua exigibilidade suspensa enquanto a manifestação de inconformidade estiver pendente de apreciação.
9. Cumpre ressaltar, porém, que na hipótese de haver decisão definitiva desfavorável ao interessado, a exclusão produzirá efeitos a partir do mês de outubro de 2012, como consignado no ADE DRF/JOA-SC nº 119/2014 (fls. 15 e 17), consoante prevê o § 1º, do art. 29, da LC nº 123/2006.

Do Alegado Vício no PA 10925.722959/2012-73

10. No mérito, o interessado alega vício no procedimento fiscal, por entender que a intimação por edital o impediu de apresentar impugnação contra o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de fls. 02/05, devendo, por essa razão, ser cancelado o ADE DRF/JOA-SC nº 119/2014.
11. Porém, toda a argumentação desenvolvida pela manifestante reporta-se à validade da autuação tratada em outro processo administrativo, que não é objeto do presente julgamento. Além disso, conforme já ponderado anteriormente neste voto, falece competência à DRJ para se pronunciar naquele processo em sede de recurso (na situação hipotética de apresentação de tempestiva impugnação - o que não ocorreu). Cumpre-nos, portanto, apenas tomar em consideração a situação jurídica que deflui dos autos do PA 10925.722959/2012-73.
12. Evidentemente, os vícios e as incorreções eventualmente contidos nos atos administrativos podem ser devidamente saneados de ofício, desde que pela autoridade competente. Restando evidenciada a incorreção relatada pela

manifestante, caberia à DRJ remeter o processo àquela autoridade para as devidas providências. Entretanto, não é o que se verifica no presente caso, pois o interessado não demonstra, ainda que perfunctoriamente, o alegado vício na intimação.

13. Enfim, nos autos próprios (sob nº 10925.722959/2012-73), em instância própria (formalmente prevista como única e a cargo do Ministro da Fazenda, segundo o art. 27, § 4º, do Decreto-Lei nº 1.455, de 1976), consolidou-se, juridicamente, o fato de o presente contribuinte vir a comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. Nesse diapasão, reifica-se a hipótese excludente do regime tributário simplificado e favorecido, nomeado Simples Nacional (art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006).
14. Resta plenamente demonstrado, portanto, o cabimento da exclusão de ofício do Simples Nacional consubstanciada no ADE DRF/JOA-SC nº 119/2014.

Do Recurso Voluntário

A Recorrente, inconformada com o Acórdão de 1ª Instância, apresenta recurso voluntário, com as seguintes razões e fundamentos jurídicos:

- a) De início ressalta que a defesa contempla a impossibilidade de exclusão do Simples Nacional, e, com a apresentação da competente defesa administrativa, requerendo seja recebida no efeito suspensivo, e a exclusão somente poderá se operar, quando do trânsito em julgado, conforme decisões emanadas da Receita Federal do Brasil sobre o assunto;
- b) Antes de passar a debater outros pontos, requer reforçar que a recorrente não é reincidente pelo crime a ela imputado. Salienta que o Artigo 29, VII, Lc nº 123 de 14 de Dezembro de 2006, que institui a exclusão de ofício não especifica quantidades de produtos irregulares para seja aplicada a pena de exclusão do simples.
- c) Ainda o artigo acima institui como regra comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, sendo que no caso em questão os produtos somente estavam na posse da requerida e não sendo comercializado.
- d) Conforme relatado acima a recorrente em momento algum vendeu ou teve anteriormente em seu estabelecimento qualquer produto contrabandeado.
- e) Em sua faceta material (substantive due process), "(...) a cláusula do devido processo legal compreende os postulados de direito material (...)", e envolve também a atuação proporcional e razoável da Administração Tributária.
- f) Os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, a despeito de terem o mesmo objetivo, não possuem a mesma significação jurídica. Como bem precisa Helenilson Cunha Pontes, "(...) a razoabilidade, na medida em que impede a irracionalidade sistemática, representa uma exigência da própria

coerência do sistema jurídico, e assim a garantia do devido processo legal, todavia, assume inegável relevo na ordem jurídica pátria como instrumento que impede a edição de normas de inegável irracionalidade sistemática, uma das dimensões da razoabilidade" . . Já "(...) o princípio da proporcionalidade permite a ponderação e a harmonização dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados, diante das peculiaridades fáticas e jurídicas de cada problema jurídico prático a ser regulado"

- g) Da maneira obscura como foi realizada, a presente autuação é absurdamente contrária aos preceitos mais basilares de nosso ordenamento.
- h) Deve-se considerar a injuridicidade do procedimento adotado pelo Fisco e, conseqüentemente houve subversão do Estado Democrático de Direito, restando clara a injuridicidade e inconstitucionalidade do procedimento fiscal;
- i) Pois a Constituição Federal, em seu inciso LIV do art. 5º, consagra o devido processo legal e, sequencialmente, o inciso LV, assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa;
- j) O due process of law é cláusula de ímpar importância, inscrita em nossa Constituição, e que foi violada no presente processo;
- k) O contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88) visam garantir a isonomia entre as partes, princípios assegurados tanto em processo judicial como em administrativo e no presente caso a recorrente nem foi intimada corretamente, maculando de vício este processo administrativo;
- l) O direito ao contraditório impõe como destaca com precisão Hugo de Brito Machado, "(...) que nenhuma decisão ocorrerá sem a manifestação dos que são parte no conflito. No processo administrativo fiscal a garantia do contraditório quer dizer que o contribuinte tem o direito de manifestar-se sobre toda e qualquer afirmação dos agentes fiscais, antes da decisão.
- m) No caso, deve assegurar aos administrados, no processo administrativo, a oportunidade de produzir as provas que entender convenientes e apresentar defesa.
- n) Contudo, perscrutando os autos a interessada somente tomou conhecimento da intimação acerca da impugnação do Auto de Infração e termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0920300.00764/12, objeto do processo administrativo-fiscal nº 10925722959/2012-73, datado de 04.12.2012. após o recebimento do Ofício nº 285/2014, no qual consta a exclusão de ofício da pessoa jurídica, com efeitos retroativos a 01.10.2012.
- o) Ora, a intimação por edital publicado uma única vez no Diário Oficial da União, só deve ocorrer se frustradas as tentativas de intimação por via postal ou pessoal, decorrentes da constatação de estar o intimado em lugar ignorado ou incerto, o que não é o caso dos autos.

- p) A propósito, a intimação por edital somente poderia ocorrer depois de tentadas às intimações postal e pessoal. Além dos mais a autarquia possuía os endereços comerciais e residenciais da empresa, porém, a intimação para que a pessoa jurídica apresentasse defesa somente ocorreu por via editalícia.
- q) Assim, caso frustrada a primeira tentativa, deveria a Administração proceder à intimação no endereço da sede da empresa. Ainda que essa medida fosse também negativa, havia a possibilidade da intimação pessoal da pessoa física.
- r) Em virtude da frustrada intimação, a empresa ficou impedida de interpor recurso contra a decisão que culminou na decretação de revelia e declaração de perdimento das mercadorias.
- s) Diante disso, a ampla defesa foi violada em relação a pessoa jurídica, eis que sua intimação foi comprometida.

Voto

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende ao demais requisitos, motivo pelo qual dele conheço.

Da Preliminar

A Recorrente alega que a sua ampla defesa foi violada, pois entende que a intimação para que apresentasse defesa, no processo de apreensão de mercadorias de origem estrangeira, ocorreu somente por edital, *in verbis*:

Em sua faceta material (substantive due process), "(...) a cláusula do devido processo legal compreende os postulados de direito material (...)" , e envolve também a atuação proporcional e razoável da Administração Tributária.

Os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, a despeito de terem o mesmo objetivo, não possuem a mesma significação jurídica. Como bem precisa Helenilson Cunha Pontes, "(...) a razoabilidade, na medida em que impede a irracionalidade sistemática, representa uma exigência da própria coerência do sistema jurídico, e assim a garantia do devido processo legal, todavia, assume inegável relevo na ordem jurídica pátria como instrumento que impede a edição de normas de inegável irracionalidade sistemática, uma das dimensões da razoabilidade" . . Já "(...) o princípio da proporcionalidade permite a ponderação e a harmonização dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados, diante das peculiaridades fáticas e jurídicas de cada problema jurídico prático a ser regulado"

Da maneira obscura como foi realizada, a presente autuação é absurdamente contrária aos preceitos mais basilares de nosso ordenamento.

Deve-se considerar a injuridicidade do procedimento adotado pelo Fisco e, consequentemente houve subversão do Estado Democrático de Direito, restando clara a injuridicidade e inconstitucionalidade do procedimento fiscal;

Pois a Constituição Federal, em seu inciso LIV do art. 5º, consagra o devido processo legal e, sequencialmente, o inciso LV, assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa;

O due process of law é cláusula de ímpar importância, inscrita em nossa Constituição, e que foi violada no presente processo;

O contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88) visam garantir a isonomia entre as partes, princípios assegurados tanto em processo judicial como em administrativo e no presente caso a recorrente nem foi intimada corretamente, maculando de vício este processo administrativo;

O direito ao contraditório impõe como destaca com precisão Hugo de Brito Machado, "(...) que nenhuma decisão ocorrerá sem a manifestação dos que são parte no conflito. No processo administrativo fiscal a garantia do contraditório quer dizer que o contribuinte tem o direito de manifestar-se sobre toda e qualquer afirmação dos agentes fiscais, antes da decisão.

No caso, deve assegurar aos administrados, no processo administrativo, a oportunidade de produzir as provas que entender convenientes e apresentar defesa.

Contudo, perscrutando os autos a interessada somente tomou conhecimento da intimação acerca da impugnação do Auto de Infração e termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0920300.00764/12, objeto do processo administrativo-fiscal nº 10925722959/2012-73, datado de 04.12.2012. após o recebimento do Ofício nº 285/2014, no qual consta a exclusão de ofício da pessoa jurídica, com efeitos retroativos a 01.10.2012.

Ora, a intimação por edital publicado uma única vez no Diário Oficial da União, só deve ocorrer se frustradas as tentativas de intimação por via postal ou pessoal, decorrentes da constatação de estar o intimado em lugar ignorado ou incerto, o que não é o caso dos autos.

A propósito, a intimação por edital somente poderia ocorrer depois de tentadas às intimações postal e pessoal. Além dos mais a autarquia possuía os endereços comerciais e residenciais da empresa, porém, a intimação para que a pessoa jurídica apresentasse defesa somente ocorreu por via editalícia.

Assim, caso frustrada a primeira tentativa, deveria a Administração proceder à intimação no endereço da sede da empresa. Ainda que essa medida fosse também negativa, havia a possibilidade da intimação pessoal da pessoa física.

Em virtude da frustrada intimação, a empresa ficou impedida de interpor recurso contra a decisão que culminou na decretação de revelia e declaração de perdimento das mercadorias.

Diante disso, a ampla defesa foi violada em relação a pessoa jurídica, eis que sua intimação foi comprometida.

Conforme esclarecido na decisão a quo, o contexto envolve dois procedimentos fiscais distintos, um de apreensão de mercadorias estrangeiras e outro de exclusão do Simples Nacional:

O primeiro, tratado no processo administrativo n.º 10925.722959/2012-73, refere-se à apreensão e demais providências da autoridade aduaneira relativas à mercadoria estrangeira desacompanhada dos documentos comprobatórios de sua regular importação. Tal procedimento, iniciado com a apreensão das mercadorias e lavratura do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal (fls. 02/05), culminou com a declaração de revelia e do perdimento das mercadorias (cópia do Termo de Revelia às fls. 07). Como consignado no auto de infração, o rito do processo é o previsto no Decreto-lei n.º 1.455, de 7 de abril de 1976, que dispõe:

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

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

§ 2º Apresentada a impugnação, a autoridade preparadora terá o prazo de 15 (quinze) dias para remessa do processo a julgamento.

[...]

O segundo procedimento, por seu turno, é o objeto do presente processo administrativo n.º 10925.721641/2014-37 que, embora seja decorrente das apurações contidas no outro processo, se refere à exclusão do contribuinte do Simples Nacional por constatada a hipótese excludente prevista no inciso VII, do art. 29 da Lei Complementar n.º 123/2006, transcrito a seguir juntamente com outros dispositivos relevantes ao caso (grifos incluídos):

O primeiro, tratado no processo administrativo n.º 10925.722959/2012-73, refere-se à apreensão e demais providências da autoridade aduaneira relativas à mercadoria estrangeira desacompanhada dos documentos comprobatórios de sua regular importação. O segundo procedimento, por seu turno, é o objeto do presente processo administrativo n.º 10925.721641/2014-37 que, embora seja decorrente das apurações contidas no outro processo, se refere à exclusão do contribuinte do Simples Nacional por constatada a hipótese excludente prevista no inciso VII, do art. 29 da Lei Complementar n.º 123/2006.

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

[...]

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho; [...]

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

[...]

Art.39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

[...]

§5º A impugnação relativa ao indeferimento da opção ou à exclusão poderá ser decidida em órgão diverso do previsto no caput, na forma estabelecida pela respectiva administração tributária.

§6º Na hipótese prevista no § 5o, o CGSN poderá disciplinar procedimentos e prazos, bem como, no processo de exclusão, prever efeito suspensivo na hipótese de apresentação de impugnação, defesa ou recurso.

Diante dos esclarecimentos, constata-se que as alegações do contribuinte quanto à forma de intimação referem-se ao procedimento de apreensão e demais providências da autoridade aduaneira relativas à mercadoria estrangeira desacompanhada dos documentos comprobatórios de sua regular importação, processo administrativo nº **10925.722959/2012-73**. Portanto tais argumentos devem ser rejeitados, pois dizem respeito à matéria estranha ao presente processo.

Essa questão também foi abordada na decisão recorrida que entendeu que não tinha competência para analisar essa matéria em sede de recurso:

Destarte, cumpre primeiramente ressaltar que o presente julgamento não diz respeito ao procedimento tratado no processo nº 10925.722959/2012-73, mesmo porque à Delegacia de Julgamento (DRJ) não compete apreciar aquela matéria em sede de recurso administrativo, haja vista que referido processo não segue o rito do PAF (Decreto nº 70.235/72), e sim o rito do retro mencionado Decreto-lei nº 1.455/76.

[..]

No mérito, o interessado alega vício no procedimento fiscal, por entender que a intimação por edital o impediu de apresentar impugnação contra o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de fls. 02/05, devendo, por essa razão, ser cancelado o ADE DRF/JOA-SC nº 119/2014.

Porém, toda a argumentação desenvolvida pela manifestante reporta-se à validade da autuação tratada em outro processo administrativo, que não é objeto do presente julgamento. Além disso, conforme já ponderado anteriormente neste voto, falece competência à DRJ para se pronunciar naquele processo em sede de recurso (na situação hipotética de apresentação de tempestiva impugnação - o que não ocorreu). Cumpre-nos, portanto, apenas tomar em consideração a situação jurídica que deflui dos autos do PA 10925.722959/2012-73.

Evidentemente, os vícios e as incorreções eventualmente contidos nos atos administrativos podem ser devidamente saneados de ofício, desde que pela autoridade competente. Restando evidenciada a incorreção relatada pela manifestante, caberia à DRJ remeter o processo àquela autoridade para as devidas providências. Entretanto, não é o que se verifica no presente caso, pois o interessado não demonstra, ainda que perfunctoriamente, o alegado vício na intimação.

Apenas para argumentar, ressalta-se que não houve nenhuma ilegalidade na intimação para que o contribuinte apresentasse defesa, no processo de apreensão de mercadorias de origem estrangeira, pois o rito desse processo é previsto no Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, que dispõe:

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

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

§ 2º Apresentada a impugnação, a autoridade preparadora terá o prazo de 15 (quinze) dias para remessa do processo a julgamento.

[...]

Destaca-se que, nesse rito, não há precedência entre a intimação via pessoal ou por edital, portanto rejeita-se todas as alegações da recorrente quanto à violação da ampla defesa.

Do Mérito

A Recorrente alega que a conduta, descrita no auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal, não caracteriza a comercialização de mercadorias, in verbis:

Antes de passar a debater outros pontos, requer reforçar que a recorrente não é reincidente pelo crime a ela imputado. Salienta que o Art Artigo 29, VII Lc nº 123 de 14 de Dezembro de 2006, que institui a exclusão de ofício

não especifica quantidades de produtos irregulares para seja aplicada a pena de exclusão do simples.

Ainda o artigo acima institui como regra comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, sendo que no caso em questão os produtos somente estavam na posse da requerida e não sendo comercializado.

Conforme relatado acima a recorrente em momento algum vendeu ou teve anteriormente em seu estabelecimento qualquer produto contrabandeado.

A fim de analisar a conduta da recorrente, transcreve-se a seguir a descrição dos fatos no Auto de Infração e Termo de Apreensão (fls. 2 a 5):

Este Auto de Infração versa sobre a apreensão de cigarros de origem estrangeira de propriedade da empresa ora autuada em virtude de estarem expostos à venda em solo brasileiro sem prova de sua regular importação e, conseqüentemente, sem o pagamento dos tributos federais incidentes (Imposto de Importação, IPI, PIS-Importação, COFINS-Importação).

[...]

Na ocasião, foram encontrados, no interior do estabelecimento, maços de cigarro de origem estrangeira sem documentos que comprovassem a sua regular entrada no país.

[...]

Entende-se que o fato das mercadorias serem apreendidas no estabelecimento comercial da recorrente já é suficiente à demonstração do caráter comercial envolvido na situação.

No caso concreto, a fiscalização aduaneira lavrou Auto de Infração com apreensão de mercadorias, após constatação de que havia no estabelecimento da empresa mercadorias de procedência estrangeira não acobertada por documentação fiscal que comprovasse a sua regular importação. Os termos do mencionado auto de infração não foram contestados à época, tanto que a autoridade aduaneira lavrou o termo de revelia e declarou a pena de perdimento da mercadoria.

A conduta da recorrente enquadra-se como hipótese excludente do regime do Simples Nacional, prevista no inciso VII, do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, transcrito a seguir:

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

[...]

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

[...]

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

[...]

Conclusão

Ante todo o exposto, voto no sentido negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da contribuinte do regime do SIMPLES NACIONAL.

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias