



Processo nº 10925.721707/2014-99
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.291 – 1^a Seção de Julgamento / 4^a Câmara / 2^a Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2021
Recorrente ORLANDIR JOSE CORDEIRO DE SOUZA
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 recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL, vencida a Relatora que dava provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Evandro Correa Dias.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Paula Santos de Abreu – Relatora

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias – Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Marco Rogério Borges, Leonardo Luís Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Iagaro Jung Martins, Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela contribuinte identificada acima em face do Acórdão exarado pela 5^a Turma da DRJ/SPO na sessão de 25 de novembro de 2015 que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela contribuinte para determinar a manutenção da exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/02/2012 e impossibilidade de realizar nova opção por esse regime pelos 3 (três) anos-calendário seguintes, em virtude da comercialização de mercadorias objeto de descaminho.

2. Conforme relatório da Resolução n. 1402-001.128 proferida em sessão de 15 de julho de 2020, a Recorrente foi excluída do Simples Nacional em virtude de terem sido encontrados, no interior do estabelecimento da contribuinte, 26 maços de cigarro de origem estrangeira sem documentos que comprovassem a sua regular entrada no país, consequentemente, sem o pagamento dos tributos federais incidentes (Imposto de Importação, IPI, PIS-Importação, COFINS-Importação).

3. Em decorrência deste fato, a fiscalização formalizou a apreensão das mercadorias para aplicação da pena de perdimento, nos termos do inciso X do artigo 105 do Decreto-lei 37 de 1966.

4. Em virtude de não ter apresentado impugnação contra este ato, a DRF/JOA lavrou termo de revelia, declarou a pena de perdimento da mercadoria apreendida (fl. 7) e ato contínuo, emitiu o Ato Declaratório Executivo DRF/JOA-SC n.º 165, de 08/10/2014 para comunicar à Recorrente sua exclusão do Simples Nacional (fl. 15).

5. Em sua defesa, a Recorrente alega não ter tido a oportunidade de se defender no processo administrativo em que se discutia a prática do crime de descaminho e do qual decorreu este processo administrativo fiscal, vez que não foi intimada para tal e que não tem como suportar o ônus do auto de infração.

6. A turma julgadora da DRJ/SPO, contudo, entendeu não ter havido no processo administrativo em questão, nenhuma das hipóteses de nulidade previstas no art. 59 do Decreto n.º 70.235/1972, Destaca ainda que o contribuinte teve 24 horas para apresentar os documentos que comprovassem a regularidade da mercadoria, sob pena de perdimento e que isso por si só já seria suficiente para que a contribuinte pudesse se defender da infração.

7. Esta Turma, ao avaliar os argumentos da Recorrente apresentados em seu recurso voluntário, entendeu que:

- a) Este processo é decorrente do processo administrativo de n. 10925.722957/2012-84 e seu julgamento depende da devida comprovação da prática do crime de descaminho pela contribuinte.
- b) Embora o Termo de Início e Apreensão, lavrado **pela Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina** tenha sido devidamente assinado tanto pelas autoridades competentes quanto pelo preposto da contribuinte, não há, nos autos, qualquer evidência da intimação da contribuinte para ciência do auto de

infração, lavrado **pela Receita Federal do Brasil**, conforme expressamente exigido pelo art. 23 do Decreto 70.235/72¹.

c) que é o Auto de Infração que apresenta os fatos imputados ao contribuinte, o enquadramento legal e os prazos de impugnação, sendo o Termo de Início e Apreensão, apenas uma parte do referido documento. A falta de uma ciência válida do Auto de Infração é vício que enseja nulidade do processo administrativo, de modo a garantir seu seu direito ao contraditório e ampla defesa.

8. Por este motivo, o julgamento foi convertido em diligência, por maioria de votos, para que fosse verificado se a contribuinte foi devidamente cientificada da lavratura do auto de infração no processo de n. 10925.722957/2012-84, nos termos da legislação vigente para que este julgamento pudesse prosseguir.

9. Como resultado da diligência, foi acostado aos autos cópia do edital de intimação à fl. 53.

É o relatório.

¹ Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;

Voto Vencido

Conselheira Paula Santos de Abreu, Relatora.

1. Conforme relatado acima, a Recorrente foi excluída do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/JOA-SC n.º 165, de 08/10/2014 a partir de 01/10/2012 e com impedimento à opção nos três anos-calendários seguintes, em razão de ter sido autuada por comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

2. A Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional (fls. 9-10), esclarece que:

(...)

DOS FATOS

O interessado é optante do SIMPLES NACIONAL, conforme consulta aos sistemas internos da RFB.

Consta do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0920300.00763/12, processo nº 10925-722957/2012-84), e documentos instrutivos, cujas cópias estão anexadas ao presente processo, que o interessado foi autuado com resultado no perdimento de mercadorias de procedência estrangeira em situação irregular no país, objeto de contrabando e/ou descaminho, que estavam em sua posse com intuito de comercialização.

Possível, então, dentro dos termos legais, a eventual exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL.

Há declaração de revelia em relação ao interessado.

DA BASE LEGAL

A Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o SIMPLES NACIONAL, estabelece regra de exclusão para determinados casos, entre eles:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL dar-se-á quando: (...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

DA PROPOSIÇÃO

Face ao constatado, propomos a EXCLUSÃO DE OFÍCIO do interessado ora representado, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, com base no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123/06, tendo em vista o estado de comercialização em que se encontravam as mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Dante do exposto, encaminho a presente Representação à SAORT/DRF/JOAÇABA-SC para providências de sua alçada.

3. Como já destacado na Resolução de n. 1402-001.128, não caberia neste processo administrativo fiscal, discutir a ocorrência, ou não, da prática de comercialização de

mercadoria objeto de descaminho pela ora Recorrente, vez que tal questão foi objeto de discussão no processo de n. 10925.722957/2012-84, onde se operou sua revelia.

4. Ocorre que a Recorrente alega não ter tido a oportunidade de se defender naquele processo e, por ter tido seu direito de defesa cerceado, este processo seria nulo, vez que o presente processo é decorrente do primeiro.

5. Por este motivo, este processo foi convertido em diligência para que a unidade de origem **juntasse aos autos a cópia da intimação da contribuinte para ciência da lavratura do auto de infração do qual decorre este processo.**

6. Em resposta, a Superintendência da Receita Federal do Brasil da 9^a Região Fiscal destacou que não há previsão legal para intimação via postal (muito embora nada se tenha sido solicitado neste sentido), e, por isso, a intimação foi realizada por edital, acostando aos autos cópia da mesma (fl. 53). Não há, todavia, qualquer demonstração de tentativa de intimação pessoal, conforme expressamente determinam os artigos 774 do Decreto 6.759/2009 e 27 do Decreto-Lei n.º 1.455/1976 c/c o artigo. 23, §1º do Decreto 70.235/72:

Art.774. Decreto 6.759/2009: 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 n.º 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 n.º 1.455, de 1976, art. 27, §1º).

Art. 27 do Decreto-Lei n.º 1.455/1976. **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.

Art. 23 Decreto 70.235/72: . Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei n.º 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei n.º 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei n.º 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Quando resultar improíbico um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado:
(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - no endereço da administração tributária na internet; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

7. Nota-se que, diferentemente do entendimento da autoridade fiscal, de que o art. 23 do decreto-Lei nº 1.455/1976 seria legislação específica aplicável aos processos de perdimento de mercadorias por contrabando ou descaminho e que esta não prevê ordem específica de preferência para a citação do administrado, podendo ser ela pessoal ou por edital, a percepção desta relatora se alinha ao disposto no acórdão de n. AC: 50030118520104047005 PR 5003011-85.2010.4.04.7005, julgado em 17/09/2014, pela Terceira Turma do TRF-4 que assim esclarece:

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PERDIMENTO DE VEÍCULO. TRANSPORTE DE MERCADORIAS ESTRANGEIRAS. PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO. INTIMAÇÃO.

1. A partir da conjugação do Decreto-Lei n.º 37/66, do Decreto-Lei n.º 1.455/76 e do Decreto n.º 6.759/09 (Regulamento Aduaneiro) temos que a pena de perdimento de veículo pode ser aplicada sempre que este servir à condução de mercadoria sujeita à pena de perda, por representar um dano ao erário, mesmo nos casos em que o proprietário do veículo não seja o seu condutor no momento da infração, nem lhe pertençam as mercadorias apreendidas, contanto que, ciente da situação fática, seja por ela responsável, em virtude de ter para ela concorrido 011 dela se beneficiado.

2. Somente após ter havido insucesso na tentativa de intimação da parte interessada, por um dos meios previstos no artigo 23 do Decreto n.º 70.235/72, incisos I a III, é que se poderá dar a intimação via edital.

3. Não deve prevalecer a aplicação do art. 27 do Decreto-Lei n.º 1455/1976, pois este decreto não disciplina completamente o rito para de citações e intimações, mas apenas prevê que as intimações serão feitas pessoalmente ou por edital.

(TRF-4 - AC: 50030118520104047005 PR 5003011-85.2010.4.04.7005, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA, Data de Julgamento: 17/09/2014, TERCEIRA TURMA)

4. Hipótese em que o Fisco não observou os procedimentos legais para dar conhecimento da existência do Procedimento Administrativo ao proprietário do veículo, no local e da forma que a lei prevê para o caso.

8. É preciso reconhecer que a citação por edital deve ser usada em situações excepcionais como quando o contribuinte não pode ser encontrado ou quando estiver localizado em local incerto ou inacessível ou nos casos expressos em lei, conforme previsto no art. 256, do CPC.

9. Outrossim, diante do resultado da diligência, é forçoso reconhecer que a Recorrente não foi adequadamente citada para se defender da autuação de comercialização de mercadoria objeto de descaminho.

10. Repisa-se que, conforme o já mencionado art. 774 Decreto 6.759/2009, que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior, é o Auto de Infração que apresenta os fatos imputados ao contribuinte, o enquadramento legal e os prazos de impugnação, sendo o Termo de Início e Apreensão, apenas uma parte do referido documento.

11. Por este motivo, é fundamental que o contribuinte seja devidamente intimado do auto de infração para que possa exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Até porque o Termo de Início e Apreensão foi lavrado pela Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina e o Auto de Infração só foi lavrado dias depois, pela Secretaria da Receita Federal, sem que se tenha dado à contribuinte ciência dos efeitos, na esfera federal, da apreensão das mercadorias em seu estabelecimento.

12. Cumpre salientar que não se trata aqui de julgar a validade daquele processo administrativo, mas sim, avaliar se as consequências decorrentes daquele processo poderia provocar os efeitos, objeto deste processo.

13. Não tendo tido a oportunidade de se defender das imputações que lhe foram impingidas, é de se reconhecer que assiste Razão à Recorrente quando requer a nulidade deste processo, nos termos do §1º do art.59 do Decreto 70.235/72, vez que o julgamento deste processo decorre diretamente do resultado daquele, onde o Recorrente poderia se defender da autuação por comercialização de mercadorias objeto de descaminho:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou **com preterição do direito de defesa.**

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

(...)

14. Por este motivo, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, para cancelamento do ADE DRF/JOA-SC n.º 165, de 08/10/2014 e consequente exclusão da recorrente do Simples Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Paula Santos de Abreu

Voto Vencedor

Conselheiro Evandro Correa Dias, Redator designado.

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.

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.

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 n.º **10925.722957/2012-84**. Portanto tais argumentos devem ser rejeitados, pois dizem respeito à matéria estranha ao presente processo.

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 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.

[...]

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 e a nulidade do processo de suas exclusão do regime do Simples Nacional, pois procedimento (Auto de Infração e Apreensão de Mercadorias) que antecede o ato de exclusão da empresa do Simples Nacional observou a legislação em vigor relativa a ciência do interessado.

Do Mérito

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, transrito 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