



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10935.720183/2013-19
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.979 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2020
Recorrente RODANDO MOTO CENTER LTDA. - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/10/2012

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIA OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. PENA DE PERDIMENTO APLICADA. HIPÓTESE LEGAL CONFIGURADA.

Confirmado o perdimento da mercadoria apreendida, objeto de contrabando ou descaminho, configura-se hipótese legal de exclusão de ofício da empresa optante pelo Simples Nacional.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. EFEITOS RETROATIVOS. CABIMENTO.

Os atos praticados pelo sujeito passivo enquanto optantes do Simples Nacional são passíveis de revisão e sujeitos às consequências previstas na lei de regência, inclusive à exclusão retroativa do regime.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator, com exceção do conselheiro Cleucio Santos Nunes, que votou pelas conclusões do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lucia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert, Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente). Ausente, momentaneamente, o conselheiro Ricardo Marozzi Gregório.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face do Acórdão n.º 15-38.659, proferido pela 4ª Turma da DRJ/Salvador/BA, em 28 de abril de 2015, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada contra o Ato Declaratório Executivo – ADE, expedido pela DRF-Cascavel/PR, que determinou a exclusão da empresa do Simples Nacional, conforme sintetizado na seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/10/2012

MERCADORIA IMPORTADA DESACOMPANHADA DA DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DE SUA REGULAR AQUISIÇÃO NO MERCADO INTERNO. DESCAMINHO. PENA DE PERDIMENTO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

A comercialização de mercadoria importada, sem a apresentação da documentação comprobatória de sua regular aquisição no mercado interno, implicou no perdimento do produto, matéria decidida de forma definitiva na esfera administrativa, não mais cabendo, na atual fase processual, uma nova discussão da matéria.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. EFEITOS RETROATIVOS.

A comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho constitui motivo para exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional, que produzirá efeitos a partir do próprio mês em que for constatada a prática do contrabando ou do descaminho.

Cientificada do acórdão recorrido em 05/05/2020 (AR, fl. 160), a contribuinte apresentou recurso voluntário em 02/06/2015 (fls. 162/171), na qual alega, em síntese:

- a) Que jamais comercializou irregularmente produtos, não havendo o que se cogitar em aplicação de penalidades e principalmente, a sua exclusão do Simples Nacional;
- b) Que apesar de lhe ser imputada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho, em nenhum momento se apontou qual seria a prática específica adotada, sendo imprescindível tal apontamento vez que contrabando e descaminho são práticas distintas, que não se confundem;
- c) Que sequer foi esclarecida acerca dos motivos pelos quais foi reputada como cometidora de ato ilícito, já que no Termo de Exclusão não consta quais fatos específicos caracterizam a hipótese de exclusão;
- d) Que jamais procedeu de forma ilícita, nunca tendo importado ou exportado mercadorias proibidas, ou tampouco, tendo promovido a sua entrada ou saída do território nacional sem pagamento de tributos ou com pagamento a menor do que o devido;

- e) Que a única implicação que teve em relação a suas mercadorias envolvendo a entidade fazendária diz respeito ao evento que deu ensejo ao Termo de Deslacração de Volumes, mas que tais fatos não são hábeis para a aplicação da penalidade de Exclusão do Simples Nacional, nem para a tipificação das condutas de contrabando e descaminho;
- f) Que embora não tenha certeza de que sejam estes mesmos os motivos que ensejaram a exclusão do Simples Nacional, suscitou-os visando a demonstrar a licitude de suas operações, refutando por completo a acusação fiscal no sentido de que as mercadorias eram estrangeiras e com falsa declaração de conteúdo, acostando documentos a impugnação que “comprovam que nem todos os produtos eram de origem estrangeira”.
- g) Que no que diz respeito aos produtos importados, sempre foram licitamente introduzidos no mercado nacional, mediante o cumprimento de todos os trâmites legais exigidos, principalmente no que tange ao pagamento de tributos;
- h) Que, ademais, não houve a comercialização das mercadorias uma vez que as mesmas foram apreendidas, não se tendo ultimado as operações mercantis;
- i) Que, “como corolário do perdimento de bens não se pode cogitar na incidência do tipo penal do descaminho na forma estatuída pelo art. 1º, §4º, inciso III do Decreto nº 37/1966, com a redação dada pela Lei nº 10.833/03, art. 77;
- j) Que esse dispositivo “revela que os bens apreendidos pela Administração Fiscal e submetidos a perdimento de mercadoria não sofrem a incidência de imposto de importação”;
- k) Que “não sendo hipótese de incidência tributária, sequer se poderia falar em exclusão do pagamento do imposto ou direito, logo, o núcleo do tipo penal do art. 334 não ocorre no caso concreto, refutando-se, por completo, a materialização do descaminho;
- l) Que não houve a clara e concreta indicação da ilicitude cometida pela empresa, capaz de justificar a exclusão da mesma do Simples Nacional e que a exclusão do Simples Nacional não possui sustentáculo em provas suficientes da ocorrência do evento;
- m) Que não se justifica a exclusão retroativa do Simples Nacional, com base no art. 6º da Resolução CGSN nº 15, de 01/07/2013, que viola o princípio da segurança jurídica com seu enunciado estabelecido no art. 5º, inc. XXXVI da CF/1988.

Ao final requer o provimento do recurso, com a desconstituição do ADE de Exclusão do Simples Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos pressupostos legais e regimentais. Assim, dele conheço.

A recorrente alega que apesar de lhe ser imputada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho, em nenhum momento se apontou qual seria a prática específica adotada, sendo imprescindível tal apontamento vez que contrabando e descaminho são práticas distintas, que não se confundem.

Apesar da veemência da recorrente acerca dos desconhecimentos dos fatos que lhe foram imputados e que deram ensejo à exclusão do Simples Nacional, o simples manejo dos autos revela que o mesmo contém todos os elementos necessários à compreensão dos motivos que ensejaram a expedição do ADE de exclusão do Simples Nacional, à começar pela Representação de Exclusão, fls. 25/27, que relata os fatos e propõe a adoção da medida, *verbis*:

1. DOS FATOS

1.1. O sujeito passivo é optante do SIMPLES NACIONAL, conforme tela do sistema CNPJ em anexo;

1.2. No dia 01/10/2012 foram retidas, através de Termo de Lacreção de Volumes, mercadorias estrangeiras sem comprovação de regular importação, pela Equipe de Repressão Aduaneira da DRF Cascavel/PR;

1.3. Conforme descrito no Auto de Infração e Apreensão de Mercadoria n.º 10935.000422/2013-11, e em seus documentos instrutivos, cujas cópias estão anexadas ao presente processo, o sujeito passivo foi autuado com o perdimento de mercadorias de procedência estrangeira em situação irregular no país, que estavam em sua posse, caracterizando a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, acarretando a exclusão de ofício do SIMPLES.

2. DA BASE LEGAL

2.1. A Lei Complementar n.º 123/2006, que instituiu o SIMPLES NACIONAL, estabelece (grifos e sublinhados nossos):

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

[...]

VII – comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

[...]

3. DA PROPOSIÇÃO

3.1. Face ao constatado, propomos a EXCLUSÃO DE OFÍCIO do sujeito passivo aqui 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 n.º 123/06, tendo em vista que o sujeito passivo efetuou a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. Conforme disposto no art. 31, inciso II, da Lei Complementar n.º 123/06, no art. 6.º, inciso VI, da Resolução CGSN n.º 15/2007 e no art. 10 da Resolução CGSN n.º 20/2007, a exclusão aqui proposta deve surtir efeito a partir de 01/10/2012;

3.2. Assim, proponho que após a emissão de Termo de Revelia ou Parecer Técnico confirmando a aplicação da pena de perdimento das mercadorias de procedência estrangeira relacionadas no processo administrativo de perdimento de mercadorias n.º 10935.000422/2013-11, cópia de tal documento seja anexada ao presente processo e que este seja encaminhado à chefia da SAANA/DRF/CASCADEL/PR para emissão de Termo de Exclusão do SIMPLES NACIONAL do sujeito passivo aqui representado.

Além disso, consta dos autos a cópia do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias (fls. 2/4); Termo de Lacreção de Volumes (fl. 10), cópias de notas fiscais das mercadorias apreendidas, emitidas pela recorrente (fls. 13/15); Termo de Deslacreção de Volumes (fl. 19); Edital de Intimação e Comunicação por AR postal (fl. 28/30); Termo de Perdimento n.º 378/2013 (fl. 31) e Termo de Exclusão do Simples Nacional (fl. 32).

Pelos elementos acima citado resta claro que a exclusão do Simples Nacional se deveu à apreensão de mercadorias importadas que foram comercializadas pela recorrente e encaminhadas por via postal a seus clientes, que foram inicialmente retidas pela fiscalização aduaneira e ante a falta de apresentação de comprovação da origem regular, foram objeto de perdimento.

A própria recorrente fez referência ao Termo de Deslacreção, acima citado, em sua impugnação e recurso e intenta demonstrar que nem todas as mercadorias ali contidas seriam de origem estrangeira.

Como foi ressaltado no acórdão recorrido, o momento de comprovar a origem regular da aquisição das mercadorias retidas pela fiscalização aduaneira se deu no processo próprio (n.º 10935.000422/2013-11) transcorreu sem qualquer manifestação da contribuinte, sendo imprópria a discussão nesses autos:

No que tange à documentação anexada com a Manifestação de Inconformidade, destaque-se que a interessada não as apresentou quando da impugnação ao Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal, tanto que foi lavrado o Termo de Perdimento à folha 31, em instância única, cuja decisão definitiva precedeu à representação fiscal para exclusão do Simples Nacional. No Termo de Perdimento foi consignada a revelia da interessada, restando caracterizada a definitividade da aplicação da penalidade competente na esfera administrativa.

Portanto, os argumentos acerca da regular importação das mercadorias não deve ser objeto de apreciação nestes autos, porquanto seu exame deve se situar no âmbito do julgamento do Auto de Infração e do Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias lavrados, fórum apropriado para sua discussão.

Melhor sorte não é reservada ao argumento de que o termo de exclusão do Simples Nacional não é preciso quanto à real natureza da origem ilícita das mercadorias importadas comercializada pela recorrente, se originada de contrabando ou descaminho.

A própria recorrente traz em sua peça recursal a distinção entre as duas figuras, restando claro que, não sendo proibida a importação das mercadorias apreendidas, estas teriam sido introduzidas ilegalmente no país mediante descaminho, sendo desnecessária sua enunciação no caso.

De fato, o que a lei complementar busca obstar é a comercialização de mercadorias importadas irregularmente pelas pessoas jurídicas optantes pelo Simples Nacional, sejam elas introduzidas por meio de contrabando, seja por descaminho.

A recorrente alega, ainda, que não houve a comercialização das mercadorias uma vez que as mesmas foram apreendidas, não se tendo ultimado as operações mercantis.

Ora, trata-se mais uma vez de alegação com base em interpretação distorcida do dispositivo legal.

No caso concreto, resta claro que a empresa comercializou mercadorias importadas regularmente, embora não tenha se consumado a entrega dos produtos aos adquirentes tendo em vista que a fiscalização aduaneira identificou a situação e reteve as mercadorias que haviam sido remetidas pela via postal aos adquirentes e, posteriormente, efetuou o perdimento das mesmas.

A interpretação trazida pela recorrente implicaria em exigir que a fiscalização aduaneira se abstivesse de praticar o ato de ofício de apreensão da mercadoria importada irregularmente, para que se caracterizasse a hipótese legal de exclusão do Simples Nacional. Se tal ocorresse a recorrente certamente alegaria que a própria fiscalização aduaneira considerou regular a comercialização das mercadorias importadas, tanto que as teria retido e, posteriormente liberado.

Em argumentação um tanto confusa, a recorrente alega, ainda, que “como corolário do perdimento de bens não se pode cogitar na incidência do tipo penal do descaminho na forma estatuída pelo art. 1º, §4º, inciso III do Decreto nº 37/1966, com a redação dada pela Lei nº 10.833/03, art. 77.

Assevera que este dispositivo “revela que os bens apreendidos pela Administração Fiscal e submetidos a perdimento de mercadoria não sofrem a incidência de imposto de importação”.

E conclui que “não sendo hipótese de incidência tributária, sequer se poderia falar em exclusão do pagamento do imposto ou direito, logo, o núcleo do tipo penal do art. 334 não ocorre no caso concreto, refutando-se, por completo, a materialização do descaminho.

O dispositivo legal referido, dispõe, *verbis*:

"Art. 1º - O imposto sobre a importação incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no Território Nacional.

[...]

§4º - O imposto não incide sobre mercadoria estrangeira:

[...]

III - Que tenha sido objeto de pena de perdimento, exceto na hipótese em que não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida.

Trata-se tão somente de regra que exclui a cobrança do imposto de importação sobre mercadorias que tenham sido objeto de perdimento, exceto na hipótese de que esta não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida.

A não incidência do imposto neste caso se deve ao fato de que a pena de perdimento em prol da Fazenda Nacional absorve qualquer imposto que seria devido na importação da mercadoria.

Tal fato nada tem a ver com a caracterização da pena de perdimento e, tampouco, da hipótese legal de exclusão do Simples Nacional, que enseja a comprovação de comercialização de mercadoria importada irregularmente, seja por meio de contrabando ou de descaminho.

Por fim, a recorrente alega a impossibilidade de produção de efeitos retroativos ao ato de exclusão do Simples Nacional.

A questão foi bem enfrentada pelo acórdão recorrido, de sorte que transcrevo abaixo seus fundamentos, que adoto como razão de decidir, *verbis*:

[...]

Quanto à ilegalidade dos efeitos retroativos do Termo de Exclusão do Simples Nacional, a partir de 01/10/2012, data em que as mercadorias foram apreendidas, a Lei Complementar n.º 123, de 2006, assim prevê:

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.

Em igual sentido dispõe o artigo 76 da Resolução n.º 94, de 29 de novembro de 2011, do Comitê Gestor do Simples Nacional:

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

f) comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

As normas apresentadas não deixam dúvida quanto ao fato de que a exclusão de ofício da microempresa ou da empresa de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos a partir do mês em que for configurada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou de descaminho, não havendo, portanto, porque este julgamento se afastar do quanto nelas previsto. Alegações de inconstitucionalidade ou ilegalidade não podem ser apreciadas na esfera administrativa, por falta de competência.

[...]

Nesses termos, considerando-se que em 01/10/2012 a autoridade fiscal constatou a prática do descaminho, a literalidade dos dispositivos legais apresentados impõe que sejam dados efeitos retroativos à exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional.

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado