



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 11065.725045/2014-66
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1001-000.549 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 9 de maio de 2018
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL
Recorrente ADRIANA DE FATIMA PINHEIRO & CIA LTDA-ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO E DESCAMINHO.

Os fatos valorados e a norma impositiva na esfera penal não são os mesmos considerados na imputação da infração administrativa da pena de perdimento. Eventual sentença absolutória na esfera penal não invalida a pena de perdimento e não anula exclusão do Simples Nacional que lhe foi conseqüente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso Voluntário, vencidos os conselheiros José Roberto Adelino da Silva (relator) e Eduardo Morgado Rodrigues que lhe davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente e Redator do Voto Vencedor.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues, Lizandro Rodrigues de Sousa e Jose Roberto Adelino da Silva

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão, número 16-69.231, da 6ª Turma da DRJ/SPO, o qual indeferiu a Manifestação de Inconformidade contra a exclusão de ofício do Simples Nacional da pessoa jurídica acima identificada, por meio do Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO nº 73, de 18 de dezembro de 2014 (fl. 06), com efeitos a partir de 01/06/2012, em razão da definitividade da aplicação da pena de perdimento a que se refere o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal do processo administrativo nº 10521.720265/2013-25, com fundamento no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123/2006, e no art. 76, inciso IV, alínea “f”, da Resolução CGSN nº 94/2011.

A ora recorrente apresentou uma impugnação ao referido termo, cujo acórdão da DRJ foi contrário à manifestação de inconformidade, a qual reproduzo, com a devida vênia, o voto:

Voto

5. Sendo a manifestação de inconformidade tempestiva e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, dela tomo conhecimento.

6. Da leitura à cópia do processo administrativo nº 10521.720265/2013-25 (fls. 02/05), verifica-se que foi lavrado Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal contra a pessoa jurídica manifestante, tendo em vista a apreensão de mercadorias no endereço do estabelecimento da interessada, constituídas por cigarros estrangeiros sem documentação fiscal, em operação realizada em 19/06/2012.

7. A interessada então foi excluída do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO nº 73/2014 (fl. 07), em razão da definitividade da aplicação da pena de perdimento, com fundamento no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123/2006, e no art. 76, inciso IV, alínea “f”, da Resolução CGSN nº 94/2011. Os efeitos da exclusão de deram a partir de 01/06/2012.

8. Inicialmente, nota-se que a manifestante traz argumentações relacionadas ao processo administrativo nº 10521.720265/2013-25, no que tange à licitude na compra das mercadorias apreendidas.

9. Cumpre esclarecer, que tais argumentações e justificativas não podem ser acolhidas, tendo em vista que referidas discussões poderiam ser abordadas em processo administrativo próprio, de nº 10521.720265/2013-25, e não podem ser analisadas no presente processo, que trata da exclusão da interessada do Simples Nacional.

10. Desta forma, o litígio está relacionado às argumentações feitas pela interessada, relacionadas à exclusão do Simples Nacional, de que trata o presente processo.

Da exclusão de ofício do Simples Nacional:

11. Entende a defesa que, como no processo administrativo nº 10521.720265/2013-25, que serviu de base para a expedição do Ato Declaratório Executivo em questão, a interessada foi enquadrada apenas na

pena de perdimento dos bens e pagamento da multa, não havendo qualquer referência sobre exclusão do Simples Nacional, ocorreu cerceamento de defesa, o que acarretou afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sendo ainda o Ato Declaratório medida arbitrária, com abuso de poder.

12. Tais argumentações não se fundamentam, tendo em vista que a exclusão do Simples Nacional, no caso da comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho, que fundamentou o Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO de nº 73/2014, está prevista na Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Simples Nacional, nos seguintes moldes:

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.

13. Neste sentido, a Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/2011, assim estabelece:

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)

(g.n.)

(...)

f) comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

14. Como descrito anteriormente, no processo administrativo nº 10521.720265/2013-25 foi lavrado Auto de Infração e aplicada a pena de perdimento, tendo em vista a apreensão de mercadorias no estabelecimento da interessada, constituídas por cigarros estrangeiros sem documentação fiscal.

15. Note-se que a possibilidade de exclusão do regime do Simples Nacional não deveria ser abordada naquele processo, pois o mesmo não se referia a tal assunto. Além disso, a hipótese de exclusão em que incorreu a interessada está prevista nas normas referentes ao Simples Nacional, como citado acima.

16. Desta forma, Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO nº 73/2014 (fl. 07) foi expedido em observância às disposições contidas no art. 29, inciso VII e § 1º, da LC nº 123/2006 e no art. 76, inciso IV, “f”, da Resolução CGSN nº 94/2011.

17. Também não se fundamenta a alegação de que ocorreu cerceamento de defesa, tendo em vista a possibilidade de a interessada impugnar o Ato Declaratório que a excluiu do Simples Nacional, conforme estabelecem as normas abaixo:

Lei Complementar nº 123/2006:

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.

(...)

Resolução CGSN nº 94/2011:

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

§ 3º Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos

da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

18. Assim, não há que se falar em medida arbitrária no ato de exclusão, ou afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, por cerceamento ao direito de defesa, que inclusive foi exercido pela interessada, por meio da defesa ora analisada.

19. Cumpre ainda esclarecer, que decisão judicial mencionada pela defesa, que não possua eficácia *erga omnes*, proferida em processo do qual a interessada não tenha participado, não tem efeito vinculante em relação às decisões proferidas pelas Delegacias de Julgamento da Receita Federal. Destarte, não pode ser estendida genericamente a outros casos, somente aplicando-se à questão em análise.

20. Por fim, com relação às alegações de ser a pena de exclusão desproporcional, e que o Ato Declaratório em questão afronta os princípios da razoabilidade, proporcionalidade ou igualdade, deve-se esclarecer que as mesmas não podem ser acolhidas.

21. Conforme artigo 7º, inciso V, da Portaria do Ministério da Fazenda nº 341, publicada no DOU de 14/07/2011, e artigo 116, inciso III, da Lei nº 8.112/1990, é dever do julgador observar as normas legais e regulamentares, bem como o entendimento da Receita Federal do Brasil - RFB expresso em atos normativos.

22. Assim, em respeito ao princípio da legalidade, que norteia os atos da Administração Pública, não cabe ao julgador administrativo apreciar as alegações relacionadas à afronta a princípios constitucionais de normas regularmente editadas.

23. Diante do exposto, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade.

Voto Vencido

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva Relator

Inconformada, a recorrente apresentou o Recurso Voluntário, tempestivo que apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, previstos no Decreto 70.235/72, e, portanto, dele eu conheço.

A recorrente, em seu recurso, faz basicamente, as mesmas alegações, quando da impugnação, que foram refutadas pela DRJ, quais sejam:

- houve pena de perdimento de mercadorias, com consequente aplicação de multa cabível;
- não houve referência (no processo) a possibilidade de outra penalidade, no caso, *exclusão do SIMPLES*;

- no processo 10521.720265/2013-25, a recorrente comprovou que as mercadorias, objeto da apreensão, foram regularmente adquiridas, ou seja, com a devida nota fiscal emitida pela empresa Weschenfelder e Fernandes LTDA;
- em última instância, entende que houve ofensa ao princípio da *ampla defesa e contraditório*;
- afirma que há presunção da legalidade na aquisição de mercadoria com a devida nota fiscal, que os bens estavam devidamente acompanhados desta e que o documento é plenamente válido. Argui que *se a internalização da mercadoria pela empresa fornecedora dos produtos foi irregular, como a recorrente poderia desconfiar se a empresa lhe forneceu a devida nota fiscal*;
- que não existe nos autos prova da comercialização das mercadorias, o que não atende ao art. 29, inciso VII, da LC 123/2006;
- por último, requer que seja invalidado o acórdão que a excluiu do simples, com a consequente invalidação de todos os atos administrativos praticados em decorrência da exclusão, inclusive, aqueles que constituíram débitos tributários em seu desfavor, de natureza diversa daqueles pertinentes à pessoa jurídica que está inserida no regime do SIMPLES NACIONAL.

Posteriormente, apresentou (fls 57 a 64) sentença absolutória da Primeira Vara Judicial da Comarca de São Sebastião do Caí, onde foi proferida a seguinte sentença:

EM RAZÃO DO EXPOSTO, julgo **IMPROCEDENTE** a pretensão deduzida na denúncia, para absolver as acusadas **CRISTIANE CALSING** e **ADRIANA DE FÁTIMA PINHEIRO** da imputação dos crimes capitulados nos arts. 1º, inc. V e 7º, inc. II e IX, ambos da Lei nº 8.137/90, na forma do art. 70, *caput*, do Código Penal com fulcro no art. 386, III, do CPP.

Na análise dos fatos, temos o seguinte:

O Primeiro Fato descrito na denúncia não corresponde à realidade dos autos, porquanto as acusadas lograram acostar ao feito, juntamente com sua Defesa Preliminar, as Notas Fiscais correspondentes à aquisição de tais mercadorias (fls. 70). Ademais, a venda de produtos sem a devida documentação fiscal, como narrado na denúncia (fls. 02-verso) não se amolda nem no inciso II tampouco no inciso IX do art. 7º da Lei 8.137/90, de maneira que não tipifica, por si só, crime contra as relações de consumo. Tal conduta até pode configurar ilícito administrativo, a ser punido em sede apropriada, mas não os delitos em questão.

Observa-se que a recorrente apresentou as notas fiscais de aquisição, como informa no presente recurso, o que presume a sua boa fé. Negar isto seria admitir a existência de conluio, o que não foi alegado nos autos.

A LC 123/2006, art. 29, dispõe que:

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

(...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

A exclusão, como se observa do acórdão, proferido pela DRJ, deu-se por (item 6 do acórdão):

6. Da leitura à cópia do processo administrativo nº 10521.720265/2013-25 (fls. 02/05), verifica-se que foi lavrado Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal contra a pessoa jurídica manifestante, tendo em vista a apreensão de mercadorias no endereço do estabelecimento da interessada, constituídas por cigarros estrangeiros sem documentação fiscal, em operação realizada em 19/06/2012.

Já no item 7, do referido acórdão, tem-se que:

7. A interessada então foi excluída do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO nº 73/2014 (fl. 07), em razão da definitividade da aplicação da pena de perdimento, com fundamento no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123/2006, e no art. 76, inciso IV, alínea “f”, da Resolução CGSN nº 94/2011. Os efeitos da exclusão de deram a partir de 01/06/2012. 8. Inicialmente, nota-se que a manifestante traz argumentações relacionadas ao processo administrativo nº 10521.720265/2013-25, no que tange à licitude na compra das mercadorias apreendidas.

Ora, se ela foi inocentada da acusação, na esfera criminal, entendo não haver razão para que seja excluída do Simples Nacional, com base no art. 29, da LC 123/2006, posto não ter sido provado o descaminho ou contrabando por parte da recorrente.

Além do mais, se foi aplicada a pena de perdimento das mercadorias, a recorrente não teria como comercializá-las, não se aplicando o inciso VII, artigo 29 da LC 123/2006.

Assim, voto no sentido de dar provimento ao presente recurso, sem crédito tributário em litígio.

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva

Voto Vencedor

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa - Redator do Voto Vencedor

Não houve cerceamento do direito de defesa, pois as fases deste contencioso administrativo foram todas cumpridas, na forma do Decreto 70235/72. As alegações a respeito da procedência das mercadorias objeto de contrabando ou descaminho deveriam ser feitas no processo próprio, e não neste.

A LC 123/2006, em seu art. 29, VII prescreve a exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional se provado que comercializavam mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. As provas são o Auto de Infração e Termo de Apreensão (e-fls. 02/03) e Relação da Mercadorias Apreendidas (e-fl. 04). A comprovação da procedência deveria dar-se em autos próprios (10521.720265/2013-25), o que não aconteceu. A exclusão depende portanto das provas coletadas e da prescrição legal específica para a exclusão:

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

(...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

Os fatos valorados e a norma impositiva da sentença judicial (penal) não são os mesmos considerados na imputação da infração administrativa. Tanto que a juíza ressalva a possibilidade de existência de infração administrativa:

O Primeiro Fato descrito na denúncia não corresponde à realidade dos autos, porquanto as acusadas lograram acostar ao feito, juntamente com sua Defesa Preliminar, as Notas Fiscais correspondentes à aquisição de tais mercadorias (fls. 70). Ademais, a venda de produtos sem a devida documentação fiscal, como narrado na denúncia (fls. 02-verso) não se amolda nem no inciso II tampouco no inciso IX do art. 7º da Lei 8.137/90, de maneira que não tipifica, por si só, crime contra as relações de consumo. Tal conduta até pode configurar ilícito administrativo, a ser punido em sede apropriada, mas não os delitos em questão.

E quanto à infração administrativa o contribuinte não obteve sucesso no processo próprio (pena de perdimento). Ademais não há a prova de que a ação penal transitou em julgado, isto se considerássemos que os atos avaliados e as conseqüências legais nas duas instâncias (esferas) são os mesmos. Desta forma, a sentença anexada não invalida a exclusão do Simples Nacional.

Por fim, para praticar a "comercialização das mercadorias", prevista para a exclusão do Simples Nacional, de acordo com o que prevê o art. 29, inciso VII, da LC 123/2006, basta a exposição à venda e a conseqüente pena de perdimento.

Pelo exposto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário.

(Assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa

Processo nº 11065.725045/2014-66
Acórdão n.º **1001-000.549**

S1-C0T1
Fl. 69
