



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

Processo nº 11065.725052/2014-68
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1001-000.808 – Turma Extraordinária / 1ª Turma
Sessão de 13 de setembro de 2018
Matéria Exclusão do Simples
Recorrente MARIA IVONE S CALSING - 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 e Eduardo Morgado Rodrigues (relator) que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa.

(assinado digitalmente)

LIZANDRO RODRIGUES DE SOUSA - Presidente e Redator.

(assinado digitalmente)

EDUARDO MORGADO RODRIGUES - Relator.

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

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 57 a 108) interposto contra o Acórdão nº 16-75.380, proferido pela 13ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo/SP (fls. 48 a 54), que, por unanimidade, julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela ora Recorrente, decisão esta consubstanciada na seguinte ementa:

"ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do Fato Gerador: 01/06/2012

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

A comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho constitui motivo para exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional.

DESCONHECIMENTO DA LEI. IMPOSSIBILIDADE DE ESCUSA.

Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece. Art. 3º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42).

PENA DE PERDIMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO E TERMO DE APREENSÃO E GUARDA FISCAL. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO.

O processo fiscal relativo a infrações cuja pena aplicada seja a de perdimento de mercadoria estrangeira deve ser submetido, em instância única, à decisão dos Delegados, Inspetores e Chefes de Inspetoria da Receita Federal do Brasil.

PENA DE PERDIMENTO. DEFESA. AUTO DE INFRAÇÃO E APREENSÃO DE MERCADORIAS.

As objeções quanto aos fundamentos fáticos e jurídicos que ensejam a pena de perdimento de bens devem ser apresentadas no correspondente Auto de Infração e Apreensão de Mercadorias.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio "

Por sua precisão na descrição dos fatos que desembocaram no presente processo, peço licença para adotar e reproduzir os termos do relatório da decisão da DRJ de origem:

"1. Trata-se de Manifestação de Inconformidade protocolizada pelo contribuinte em 23/01/2015 contra sua exclusão do Simples Nacional efetivada por meio do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/NHO nº 80, de 18 de dezembro de 2014, em virtude da lavratura, contra o contribuinte, de Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 1015400/263/2013 (processo administrativo nº 10521.720872/2013-95), datado de 26/11/2013.

1.1. Consta do citado Auto de Infração e Termo de Apreensão que foram encontrados no interior do estabelecimento da autuada maços de cigarro de origem ilícita. Foi lavrado Termo de Revelia em 19/11/2013 (fls. 05).

1.2. Foi a Contribuinte excluída do regime diferenciado por meio do supracitado ADE em razão do descumprimento do disposto no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006. Sabendo-se que a infração ocorreu em 19/06/2012, conforme consta do Termo de Início e Apreensão – Contrab./Descaminho lavrado pela Autoridade Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado de Santa Catarina, a exclusão do Simples Nacional teve efeito a partir de 01/06/2012, nos termos do art. 76, inciso IV, da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 94 de 29/11/2011.

2. Cientificado do ADE em 29/12/2014 (ciência pessoal – fls. 08), a Contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade contra sua exclusão do regime diferenciado na qual apresentou os seguintes argumentos:

2.1. Aduz que no processo administrativo nº 10521.720872/2013-95 foi enquadrada apenas e tão somente à pena de perdimento dos bens pagamento de multa de R\$ 11,00 (onze reais), com redução de 50% de seu valor, se paga em trinta dias. Afirmo que efetuou o pagamento no referido prazo e que não houve qualquer referência ou menção, nem tampouco enquadramento da possibilidade de exclusão do regime do Simples Nacional, o que implica cerceamento de defesa.

2.2. Assevera que adquiriu os produtos com as devidas notas fiscais, as quais foram exibidas aos agentes policiais. Pondera que, se alguém deve ser punido, é quem vendeu os produtos.

3. Em 09 de maio de 2016, a Contribuinte apresenta sentença absolutória da acusação de crimes praticados por particular contra a Administração."

Inconformada com a decisão de primeiro grau, que julgou improcedente a sua manifestação de inconformidade, a ora Recorrente apresentou Recurso Voluntário reiterando a inocorrência de prática de Contrabando ou Descaminho, logo, inexistente o motivo que deu azo a sua exclusão do Simples. Ainda, reitera também que tais circunstâncias foram comprovadas pelas documentação fiscal e sentença penal absolutória constantes dos autos.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Eduardo Morgado Rodrigues

O presente Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Conforme relatado a Recorrente foi excluída do regime simplificado por descumprimento do inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06, conforme segue:

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

(...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

Foi lavrado contra a Contribuinte o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 1015400/263/2013, sob a acusação de as mercadorias apreendidas terem sido fruto de contrabando ou descaminho.

Os conceitos de Contrabando e Descaminho são próprios da legislação penal, motivo pelo qual reporto aos artigos 334 e 334-A do Código Penal:

Descaminho

Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

(...)

Contrabando

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida.

(...)

Estabelecidas estas premissas, volto à análise ao caso concreto.

De plano há que se descartar a hipótese de contrabando. Conforme pacificado nos autos as mercadorias objetos que originaram o litígio se tratam de cigarros, produto que não tem sua importação e comercialização proibida no território nacional.

Outrossim, na própria fundamentação do Auto de Infração (fls. 2 e 3) a acusação alega que as mercadorias são "*constituídas por cigarros estrangeiros sem a documentação fiscal*", não fazendo qualquer alegação quanto eventual proibição dos mesmos.

Assim, resta analisar a eventual ocorrência de descaminho.

A Recorrente nega a prática de descaminho e alega que adquiriu as mercadorias em questão já no mercado interno, diretamente da empresa WESCHENFELDER & FERNANDES LTDA, em operação regular e com a devida documentação fiscal.

De fato, analisando as DANFE's de fls. 76 a 79, tem-se que a origem das mercadorias apreendidas foi a citada operação comercial, acobertada pelo respectivo documento fiscal idôneo.

Ademais, analisando os documentos e alegações constantes nos autos, não há qualquer elemento que indique a existência dependência entre as partes ou relação além da usual entre cliente e fornecedor.

Desta forma, restando comprovado que a Recorrente adquiriu regularmente as mercadorias comercializadas, em ambiente comercial normal, preenchendo todas as obrigações fiscais devidas nesta etapa, não há que a mesma ser apenada com a Exclusão do Simples.

Ainda que se viesse a dizer que o descaminho possa ter ocorrido em etapa comercial anterior - o que, ressalte-se, não foi dito pelo poder público em momento algum - não seria cabível exigir tal controle por parte da Contribuinte, vez que esse dever e competência é função do poder público fiscalizador, sendo razoável exigir do particular apenas o zelo quanto a regularidade da etapa comercial em que este participa.

Outrossim, corroborando o entendimento aqui externado, cabe notar que o respeitável Ministério Público ao tomar ciência dos fatos que desaguarão do Termo de Apreensão citado optou por apresentar Denúncia Penal (fls. 80 a 82) contra a responsável legal da Recorrente apenas com relação aos tipos penais prescritos no inciso V do art. 1º e incisos II e IX do art. 7º da Lei nº 8.137/90, a saber:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

(...)

I - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

(...)

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

(...)

II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;

(...)

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;"

Observe-se que em momento algum o representante do *Parquet* entendeu que houve a ocorrência de Descaminho (ou Contrabando), mas apenas eventual fraude a fiscalização tributária na operação de aquisição ou crimes contra a relação de consumo, qual seja, a exposição mercadorias em condições impróprias para o consumo ou cuja embalagem esteja em desacordo com as prescrições regulares.

Ainda, mesmo essas infrações objetos da denúncia, que nada se relacionam com a que supostamente embasou a presente exclusão do Simples, foram consideradas inexistentes pelo próprio Ministério Público.

Conforme consta da decisão judicial de fls. 39 a 45, a representante da Recorrente foi absolvida a pedido do próprio Ministério Público das acusações, tendo as suas conclusões sido adotadas como razões de decidir pela sentença final, as quais colaciono o quanto segue:

"A denúncia atribui às rés a pratica dos delitos acima mencionados contra relação de consumo, porque, no dia 19 de junho de 2012 na Rua Adolfo Schenkel nº 2170 nesta cidade, as acusadas expuseram à venda setenta e sete maços de cigarros de origem desconhecida e sem a devida documentação fiscal (Primeiro Fato); bem como expuseram à venda estes cigarros que estavam em desacordo com os direitos básicos dos consumidores, por não constar em suas embalagens informações necessárias e por não constarem registrados junto à ANVISA (Segundo Fato).

(...)

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 (fl. 70).

(...)

Quanto ao **Segundo Fato** descrito na denúncia, igualmente, a conduta não se encontra devidamente tipificada nos delitos invocados na inicial acusatória (...).

Com efeito, o fato de as mesmas se inserirem dentro de uma cadeia de consumo (aquisição e venda de mercadoria) faz com que não lhe seja exigível maior rigor na fiscalização dos produtos que adquirem para comercialização, sendo razoável que confiem na veracidade e legalidade das notas fiscais correspondentes. Até, porque conforme a Ré Cristiane Calsing em seu interrogatório judicial, referidos cigarros apreendidos "*constavam na tabela de preços*", do que se presume que estão em condições de serem consumidos e que já passaram pela devida fiscalização." (Grifou-se)

Assim, tem-se que o próprio representante do Ministério Público responsável pela denúncia, com a concordância do magistrado responsável, entendeu não apenas que não houve descaminho por parte da empresa Recorrente, mas que não houve qualquer irregularidade com a operação. Note-se que este dispõe expressamente que "*as acusadas lograram acostar ao feito (...) as Notas Fiscais correspondentes à aquisição de tais mercadorias*".

Igualmente, no mesmo sentido que já entendeu este julgador, o Parquet dispõe sobre a razoabilidade de se confiar na veracidade e legalidade das notas fiscais emitidas por ocasião da aquisição das mercadorias apreendidas.

É claro que, embora seja sempre desejável a harmonia e coerência de todas as decisões, este juízo não é diretamente vinculado às conclusões adotadas pelo Ministério Público ou pelo juiz responsável pelo referido processo penal.

Contudo, considerando que se tratam de autoridades públicas tão qualificadas quanto às autoridades fiscais e policiais responsáveis pelos termos de apreensão e exclusão lavrados, suas constatações certamente tem grande valor na formação do convencimento, especialmente quando vêm a reforçar as convicções já obtidas por esta análise.

Desta forma, resta claro que a ora Recorrente demonstrou a regularidade das operações por ela praticadas e a inexistência das condutas que serviram como base para a sua exclusão do regime simplificado.

Em face a todo o exposto, VOTO por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, com a consequente reforma da decisão de origem para determinar o enquadramento do contribuinte no Simples Nacional desde a data de sua exclusão pelo termo ora atacado.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Eduardo Morgado Rodrigues - Relator

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 (10521.720872/2013-95), 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 consequências 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