



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12719.720555/2019-82
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1001-002.647 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 10 de novembro de 2021
Recorrente FIRSTONE INFORMATICA DO BRASIL EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2019

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS DECORRENTES DE CONTRABANDO E DESCAMINHO.

Consoante o artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, a comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho constitui motivo para exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional. A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês em que incorrida a conduta.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Sergio Abelson – Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva- Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Abelson (Presidente), José Roberto Adelino da Silva e Thiago Dayan da Luz Barros.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão de nº 109-001.141, da 6ª Turma da DRJ/DRJ09, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade (MI), apresentada pela ora Recorrente, contra O Ato Declaratório Executivo – ADE nº 35, de 15 de maio de 2019, fls. 21, que a excluiu do regime do Simples Nacional.

Consta nos autos, que o presente ADE teve origem em uma Representação Fiscal para Exclusão do Simples (fls. 3), emitida após a constatação de que a empresa comercializava mercadorias estrangeiras desacompanhadas de documentação comprobatória de sua regular

importação, conforme Auto de Infração e Apreensão de Mercadoria constante no Processo Administrativo Fiscal nº 12719.720514/2018-13.

Em sua MI, a ora recorrente argumentou que:

Na data de 09/08/2018, um produto de propriedade da empresa foi apreendido quando era transportado por uma empresa prestadora de serviços pela Fiscalização da RFB. Explica que foi emitida a Nota Fiscal Eletrônica, fls. 19, em nome da manifestante e conforme consta do auto de infração a empresa não possui registro no RADAR, sendo assim, não poderia realizar importações.

Justifica que por um erro material da equipe de contabilidade da empresa, a referida nota foi emitida com o CNPJ da manifestante, enquanto que deveria ter sido emitida pela FIRSTONE INFORMÁTICA DO BRASIL LTDA, que possui registro no RADAR e pode realizar importações regularmente.

Afirma que não obstante tal equívoco, o auto de infração foi lavrado sem a intimação eletrônica por meio do portal E-CAC para manifestar-se e apresentar a documentação necessária para comprovar o ocorrido, bem como demonstrar a regularização da situação.

Aduz que analisando os autos verificou que a RFB intimou a manifestante por edital de maneira imediata, de modo a configurar clara nulidade processual, em razão da ausência de intimação e devido processo legal. Explica que com o decurso do prazo foi decretada a revelia e posterior declaração de exclusão do Simples Nacional, sendo a presente peça a sua impugnação. Cita diversos dispositivos legais a respeito da intimação, sendo que sua falta torna nula a autuação.

Entende que é por meio do portal eletrônico do e-cac, definido como domicílio tributário, que deveria ter sido feita a intimação.

Ressalta que somente após o esgotamento do processo administrativo fiscal é que a empresa pode ser excluída do Simples Nacional, de modo que ao não ser intimada a apresentar documentos e manifestar-se torna nulo o ato de exclusão.

Por fim, pede a nulidade do despacho decisório que determinou a revelia da empresa, sem intimação via e-cac, bem como a suspensão dos efeitos da exclusão, julgando-se improcedente a exclusão.

A DRJ afirmou que:

Às fls. 42, consta despacho da Delegacia da Receita Federal do Rio de Janeiro – DRF/RJ01, no qual afirma que a empresa obteve junto ao Judiciário um Liminar revertendo à exclusão até que fosse julgado o contencioso. Em 30/08/2019 a RFB intimou a empresa a comprovar o que alegava no Mandado de Segurança nº 5054453-21.2019.4.02.510/RJ. Como resposta a empresa informou que apresentou defesa no processo nº 12719.720.514/2018-13. A Fiscalização relata, ainda, que o argumento realizado pela Manifestante, fls. 37, que de houve erro no CNPJ quando da emissão da nota fiscal seria inconsistente e que caberia a DRJ realizar uma análise mais detalhada a este respeito.

A DRJ, em julgamento realizado 17/09/2020, pronunciou a seguinte decisão:

ACÓRDÃO Nº 109-001.141 - 7ª TURMA DA DRJ09

DATA DA SESSÃO 17 DE SETEMBRO DE 2020

PROCESSO Nº 12719.720555/2019-82

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2019

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. COMÉRCIO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando for constatado comércio de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

INTIMAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO E APREENSÃO DE MERCADORIAS. INCOMPETÊNCIA. ANÁLISE.

As Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil é incompetente para apreciar às alegações concernentes a intimação em autos de infração e apreensão de mercadorias que segue o rito previsto no Decreto-Lei nº 1.455, de 1976.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

A recorrente foi cientificada em 23/11/2020 (fl.52) e apresentou o seu Recurso Voluntário (RV) em 20/12/2020 (fl.52).

Em seu RV, a recorrente traz um resumo dos fatos e alega, em preliminar, a nulidade da decisão, por ter havido omissão na decisão recorrida, posto que não apreciados os fundamentos da impugnação. Alegou nulidade do processo por ter havido vícios no ato da lacração e no recolhimento das mercadorias. Adicionalmente, aduz:

Inobstante isso, a autoridade julgadora a quo deixou de analisar as preliminares de nulidade suscitadas, sob o argumento de que ambas se referiam aos procedimentos realizados nos autos de processo administrativo distinto, que possui suas próprias regras de tramitação.

Notadamente, a autoridade julgadora se referiu ao processo administrativo nº 12719.720657/2019-06 em que foi lavrado o auto de infração com apreensão de mercadorias e em que, ao final, diante da não apresentação de impugnação pela Recorrente, foi decretada a revelia e aplicada a pena de perdimento das mercadorias apreendidas.

Então, segundo a decisão recorrida, não poderia a Recorrente rediscutir as matérias atinentes àquele processo administrativo já encerrado no presente processo, que trata da exclusão do Simples Nacional.

...

Ocorre que, com a devida vênia, o que apontou a Recorrente é a existência de vício de motivação no presente processo administrativo, de modo que a autoridade a quo não poderia deixar de analisá-lo. Explica-se:

A penalidade de exclusão do Simples Nacional aplicada no presente processo administrativo se deu em razão da previsão do art. 29, inciso VII, da Lei Complementar 123/2006, que impõe a exclusão de ofício das empresas do Simples Nacional quando constatada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho:

...

Por sua vez, conforme constou no despacho decisório que aplicou a penalidade de exclusão do Simples Nacional ao Requerente (anexo à INTIMAÇÃO SIMPLES/BENFIS/SRRF9ª. RF nº 896/2019), a presunção da origem descaminhada das mercadorias decorre da conclusão daquele processo administrativo nº 12719.720657/2019-06.

Assim, entende que, como este PAF tem origem naquele processo, a autoridade deveria ter enfrentado a tese arguida pela recorrente, cita decisão judicial (não vinculante), o art. 31, do Decreto 70.235/72 e art. 50, da Lei 9.784/99.

Novamente, alega vícios no processo nº 12719.720657/2019-06, que apreendeu as mercadorias e que esses vícios maculam todo o processo, mencionando, novamente a IN SRF 46/95, como o fizera em sede de MI. Afirma que não se defendeu posto que lhe seria mais custoso arcar com os trâmites em comparação com a própria penalidade. Repete que não foi cientificada que poderia ser excluída do Simples. Cita a Constituição Federal – CF, art. 93, incisos IX e X, art. 31, do Decreto 70.235/72 e art. 50, da Lei 9.784/99 e jurisprudência.

Segue insistindo na tese de que não lhe foi dado saber da possível exclusão e que *não é porque silenciou quanto ao perdimento das mercadorias, que anuiu com a exclusão do regime tributário, até porque, repita-se, sequer cientificada da possibilidade disso vir a ocorrer.* Cita jurisprudência.

Assim, requer a nulidade do processo.

Argui, também, a nulidade em razão do indeferimento da produção de provas. Argumenta que:

Além disso, um dos pedidos feitos pela ora Recorrente quando apresentada sua impugnação foi pela oportunidade de produção de provas, especialmente a prova pericial, pugnando que, para tanto, fossem conservadas as mercadorias apreendidas.

2.3.2 Isso porque, como dito na impugnação apresentada na origem, após ser devidamente cientificada da punição à qual estava sujeita, a Recorrente ressaltou dispor de documentos comprobatórios de regularidade da importação das mercadorias – notas fiscais. Vários desses documentos, inclusive, foram juntados na origem, por amostragem, diante do curto prazo para tanto.

Além disso, como já discorrido na origem e melhor abordado no tópico adiante, nos termos do já exposto acima, vários dos produtos apreendidos pela Receita Federal tinham origem no mercado interno, assim devidamente identificados em suas próprias embalagens, bem como nas notas fiscais. Todavia, esse fato foi ignorado pela autoridade fiscal que, repita-se, procedeu com a apreensão indiscriminada de mercadorias.

Contudo, a produção de provas foi negada pela autoridade julgadora a quo. Segundo os fundamentos da decisão recorrida, o pedido de produção de provas, sobretudo a pericial, não teria seguido o rito legal, sendo considerado inexistente.

Ainda segundo a decisão, o pedido de prova pericial da parte não foi acolhido porque não foram apresentados os motivos justificadores, não foram formulados quesitos e não foi indicado o perito para a realização do ato.

Ocorre que o pedido de produção de provas apresentado, mormente a prova pericial, indicou como objeto determinado a averiguação da regularidade das mercadorias apreendidas, seja em razão da existência de prova da sua regular importação, ou ainda por causa da origem nacional daqueles produtos.

Da mesma forma, indicou-se que a produção da prova poderia ser feita pelos próprios servidores da RFB, acompanhados do representante legal da Recorrente, mediante a conferência das mercadorias apreendidas e dos documentos comprobatórios de regularidade dispostos pela Recorrente.

...

Assim, optou a Recorrente, naqueles autos, ciente daquela penalidade, por não fazê-lo. Contudo, é muito diferente do que ocorre no presente processo administrativo, que tramita em rito distinto e cuja penalidade é muito mais gravosa do que aquela.

Até mesmo porque, relembra-se, o fato da Recorrente não ter apresentado defesa diante do auto de infração, com a aplicação da revelia naquele processo administrativo, não significa que a Recorrente não podia comprovar a regularidade das mercadorias. Significa apenas que, diante daquela conjuntura, optou por não apresentar, assumindo o perdimento dos produtos.

No entanto, quando iniciado novo processo administrativo com a imputação de fatos diversos (origem descaminhada das mercadorias), com a aplicação de penalidade muito mais grave e não previamente comunicada a Recorrente, é imperioso que seja oportunizado a esta a produção da prova, sob pena de configurar atentado ao direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88).

Cita jurisprudência e alega que a revelia quanto ao auto de infração que não tem o condão de induzir à presunção de origem descaminhada das mercadorias, discorre sobre o que entende ter sido irregular no processo de apreensão das mercadorias. Afirma que:

Note que o legislador não previu como razão para a aplicação da penalidade a apuração perfunctória feita pela autoridade administrativa. Caso contrário, o legislador também teria previsto que a materialidade exigida para a aplicação da pena do art. 29, inciso VII, da LC 123/06, seria a apuração, em tese, do comércio de mercadorias objeto de descaminho, que é feita na da representação fiscal para fins penais.

Dito isso, rigorosamente, o que se requer é que seja observada a independência entre esferas, reconhecendo que a penalidade prevista no art. 29, inciso VII, da LC 123/06, não pode ser aplicada diante da mera presunção da Administração Pública.

Até mesmo porque, como já defendido anteriormente, a revelia da Recorrente quanto ao auto de infração lavrado pela autoridade fiscal no processo nº 12719.720657/2019-06 não conduz, em âmbito administrativo, à presunção da origem descaminhada das mercadorias.

Essa é a inteligência do art. 774, inciso II, alínea a, do Decreto 6.759/2009, que prevê a pena de perdimento como corolário da revelia no processo administrativo fiscal com apreensão de mercadorias:

...

Argumenta que o art. 21, do Decreto 70.235/72, não prevê a que um dos efeitos da revelia seja a presunção da prática criminosa e que, em atenção ao princípio da legalidade (art. 5º, II e art. 37 caput, CF/88), o fato de a recorrente não ter se insurgido contra o auto de infração não acarreta na prova inequívoca da prática criminosa prevista no art. 29, da LC 123/2006, cita jurisprudência, não vinculante.

Em suma, afirma:

a) A Recorrente detém os documentos fiscais comprobatórios da regularidade de aquisição das mercadorias apreendidas.

b) Vários dos produtos apreendidos pela Receita Federal foram adquiridos pela Recorrente no mercado interno, de empresas legalmente constituídas, conforme informações constantes tanto nas embalagens dos produtos, com identificação da empresa importadora, quanto nas próprias notas fiscais. Sequer foi a Recorrente a responsável pela internalização dos produtos no território nacional, não havendo como presumir que os produtos sejam objeto de descaminho ou contrabando.

Por fim, requer:

a) Preliminarmente, seja atribuído efeito suspensivo ao presente Recurso Voluntário, nos termos do art. 33, caput, do Decreto 70.235/72, suspendendo os efeitos das penalidades impostas até que seja proferida decisão final no processo administrativo;

b) Ainda como preliminar de mérito, requer seja declarada a nulidade e cassado o acórdão recorrido, que deixou de enfrentar as preliminares da impugnação da ora Recorrente, retornando o processo à origem para que seja proferida nova decisão, dessa vez com o enfrentamento de todas as razões suscitadas pela parte, nos termos da fundamentação;

c) Sucessivamente, caso não se entenda pela procedência do pedido anterior, que ao menos sejam analisadas as teses de nulidade suscitadas e, diante dos vícios formais e de motivação na origem do processo administrativo, seja declarada a sua nulidade, ante o cerceamento do direito de defesa, arquivando-se o processo administrativo sem a aplicação de qualquer penalidade, nos termos da fundamentação;

d) Também como preliminar de mérito, diante do cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório em razão do indeferimento do pedido de produção de prova, deve o acórdão ser cassado em razão da sua nulidade, retornando o feito à origem e oportunizando a Recorrente a ampla produção de provas, nos termos do requerimento originário, conforme a fundamentação;

e) No mérito, diante da ilegalidade da presunção da origem descaminhada das mercadorias apreendidas para fins de aplicação da penalidade prevista no art. 29, inciso VII, da LC 123/06, e diante da ausência de provas nesse sentido, seja reformado o acórdão recorrido para declarar a nulidade do despacho decisório de imposição da penalidade, arquivando-se o processo administrativo sem a aplicação de qualquer penalidade, nos termos da fundamentação;

f) Ao final, o arquivamento do presente processo administrativo, sem qualquer imposição ou imputação penal/administrativa/cível a Recorrente;

g) Caso não seja esse o entendimento de Vossas Senhorias, requer seja ao menos concedido novo prazo para a identificação e comprovação da regularidade das mercadorias apreendidas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, por força da Portaria 543/2020, em vigor na ocasião, que suspendeu os prazos, para a prática de atos processuais, inicialmente, até 29 de maio de 2020, prorrogado, sucessivamente, para 31/08/2020, e que atende aos demais requisitos determinados pelo Decreto 70.235/72, portanto, dele eu conheço.

A recorrente requereu o efeito suspensivo de sua exclusão, o que já ocorreu na medida em que apresentada a MI e, posteriormente, o RV, consoante o parágrafo 3º, ao art. 83, da Resolução CGSN 140/2018:

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

§ 3º Na hipótese de a ME ou a EPP, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

Tem-se que a controvérsia do presente caso reside na exclusão de ofício da Recorrente do Simples Nacional (LC nº 123/06), em razão da apreensão de mercadorias advindas de contrabando e/ou descaminho.

Como fundamento legal, enquadrou o ADE na hipótese de exclusão prevista no inciso VII, do Art. 29, da LC nº 123/2006, “in verbis”:

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

(...)

VII - **comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;**” (grifo nosso)

No presente caso, restou evidente, pelo Auto de Infração e Termo de Apreensão, que foram apreendidas mercadorias de procedência estrangeira, introduzidas irregularmente no país, devidamente lacradas.

A própria recorrente, inclusive, declarou que:

Declaração

O interessado declara à Fiscalização que as mercadorias estrangeiras identificadas, separadas e que estão sendo apreendidas foram adquiridas sem documento fiscal idôneo e que sua regularidade na importação ou circulação no território nacional não pode comprovar. Estas mercadorias adquiridas sem documento fiscal foram compradas pessoalmente no comércio do centro da cidade de São Paulo-SP; que as lojas nas quais comprou produtos desta forma, não oferecem o documento fiscal ou quando fornecem, o documento está no valor bem abaixo do verdadeiro e as mercadorias discriminadas não são as realmente adquiridas, que paga a vista em dinheiro, portanto não tem comprovante de pagamento.

Ou seja, não negou a origem das mercadorias e nem que não possuía a documentação fiscal. Constata-se, ainda, pelo Termo de Revelia (fl.12), que a Recorrente não impugnou o referido Auto de Infração, tendo a pena de perdimento sido aplicada, e o processo administrativo transitado em julgado. Ou seja, a recorrente abdicou do seu direito de fazer a prova da regular importação/aquisição das mercadorias, mesmo afirmando possuir a documentação regular.

Dessa forma, é manifesto que a prática delituosa restou configurada, e que por ser uma hipótese excludente expressamente prevista na Lei Complementar nº 123/2006, o Ato de Exclusão, emitido pela autoridade fiscal, fora devido.

Quanto às preliminares de nulidade, temos que o art. 59, do Decreto 70.235/72, dispõe:

Art. 59. São nulos:

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

Ao contrário do que afirma, a DRJ analisou os requerimentos feitos. Assim como em sede de RV, em sede de MI a recorrente optou por questionar as razões que levaram ao

processo nº 12719.720657/2019-06, que não é objeto da lide, e que já está encerrado e o réu considerado revel. Portanto, não há como requerer a apresentação de provas adicionais em relação a um processo já encerrado.

Além disso, são estapafúrdias as alegações de que não tinha conhecimento da possibilidade de exclusão do Simples, além de não haver previsão legal, é inadmissível alegar o desconhecimento da lei, consoante o art. 3º, do Decreto-Lei nº 4.657/42:

Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Por concordar com a decisão da DRJ, peço a devida vênia para a ela aderir, com base no artigo 50, da Lei 9.784/99.

Em relação aos requerimentos, temos:

Letra “a”: efeito suspensivo previsto na Resolução CGSN 140/2018, como acima exposto.

Letra “b”: as preliminares foram devidamente analisadas pela DRJ, senão vejamos a transcrição da parte do acórdão que trata do assunto:

Quanto às questões preliminares arguidas pelo interessado, esclarece-se que o processo nº 12719.720657/2019-06 (Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias nº 0927500-54714/2019) e este processo nº 12719.720721/2019-41, que trata da exclusão do Simples Nacional em decorrência das disposições da Lei Complementar nº 123/2006, têm tramitação diversa, obedecendo cada qual o seu rito próprio: o primeiro de acordo com as disposições da legislação aduaneira, e o segundo na forma do Decreto nº 70.235/1972.

Letra “c”: nulidade por cerceamento do direito de defesa, mais do que provado que não houve, posto que o réu foi considerado revel no outro processo e que não está em discussão nesse, conforme já respondido no item precedente.

Letra “d”: o acórdão não é nulo, consoante os itens precedentes.

Letra “e”: não há presunção de descaminho, a própria recorrente declarou isso, consoante já reproduzido neste voto.

Letra “f”: não há razão para o arquivamento deste processo.

Letra “g”: descabido o pedido para abrir um novo prazo para identificação de mercadorias em um processo já encerrado e que não é parte desta lide.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar todas as preliminares suscitadas para, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva

