



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12719.720731/2019-86
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-002.147 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária**
Sessão de 15 de julho de 2021
Recorrente JACKSON BORGES SILVEIRA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/06/2019

SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. EXCLUSÃO. INDEPENDÊNCIA DO PROCESSO PENAL.

As instâncias civil, penal e administrativa são independentes, sem que haja interferência recíproca entre seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria.

Caracterizada, definitivamente, no âmbito administrativo a comercialização das mercadorias irregularmente introduzidas no território nacional, é possível se realizar a exclusão do infrator do Simples Nacional, independentemente do trâmite do processo penal.

SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. CAUSA DE EXCLUSÃO DE OFÍCIO.

As microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes do Simples Nacional que comercializarem mercadorias objeto de contrabando ou descaminho serão excluídas de ofício do referido Regime

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário .

(documento assinado digitalmente)
Ailton Neves da Silva- Presidente.

(documento assinado digitalmente)
Rafael Zedral- Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ailton Neves da Silva (Presidente), Rafael Zedral e Lucas Issa Halah.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente em face de decisão proferida pela Delegacia Regional de Julgamento, objetivando a reforma do referido julgado.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância, a seguir transcrito:

Da exclusão do Simples Nacional

Trata-se de processo relativo à exclusão do contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, iniciado com a "Representação Fiscal Exclusão Simples n.º 0927500-56010/2019" (fl. 3).

A fiscalização informa na Representação Fiscal que a empresa Jackson Borges Silveira foi autuada pela configuração da hipótese de dano ao erário prevista no artigo 105, inciso X, do Decreto-Lei n.º 37/1966, ao expor à venda, manter em depósito para comercialização ou em circulação comercial, mercadorias estrangeiras desacompanhadas de documentação comprobatória de sua regular importação ou aquisição no mercado interno, conforme o que consta do "Auto de Infração e Apreensão de Mercadoria n.º 0927500- 55908/2019", parte integrante do processo n.º 12719.720671/2019-00.

A decisão final administrativa resultou na aplicação da pena de perdimento, ficando caracterizada a comercialização de mercadorias estrangeiras objeto de contrabando ou descaminho, que é hipótese de exclusão de ofício do Simples Nacional prevista no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar n.º 123/2006.

A empresa foi excluída do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo - ADE BENFIS/SRRF09 n.º 63, de 16/08/2019, em virtude da constatação da hipótese prevista no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar n.º 123/2006. Os efeitos da exclusão retroagiram a 01/06/2019, nos termos do § 1º do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123/2006, combinado com o artigo 84, inciso IV, alínea "f", da Resolução CGSN n.º 140/2018, ficando a empresa impedida de optar pelo Simples Nacional nos três anos-calendário seguintes.

Da manifestação de inconformidade

O contribuinte teve ciência do ADE BENFIS/SRRF09 n.º 63/2019 em 09/09/2019 (fl. 49) e apresentou em 09/10/2019 a manifestação de inconformidade de fls. 53/66, cuja tempestividade está atestada à fl. 361 dos autos.

Em preliminar, o contribuinte alega que:

a) **identificou vícios no ato de lação e recolhimento das mercadorias**, o que teria cerceado o seu direito de defesa, tornando nulo o processo administrativo desde a origem. O

"Termo de Lacreção de Volumes" não contém a correta identificação das mercadorias apreendidas, pois não há quantificação e identificação de lacres utilizados para os volumes de mercadorias recolhidos. O prazo concedido para apresentação dos documentos comprobatórios da regularidade fiscal dos produtos recolhidos foi exíguo;

b) em nenhum momento lhe foi exposto, no curso do processo administrativo, que poderia ser aplicada a penalidade de exclusão do Simples Nacional. O "Termo de Lacreção de Volumes" não continha a indicação da possível aplicação da penalidade. Jamais foi cientificado de que a não apresentação de defesa administrativa em face do auto de infração acarretaria na conclusão da comercialização de produtos oriundos de descaminho ou contrabando e, ao final, a aplicação da penalidade tão gravosa. **Não é porque silenciou quanto ao perdimento das mercadorias que anuiu com a exclusão do regime tributário,** até porque sequer foi cientificado da possibilidade disso vir a ocorrer. Conclui que houve cerceamento ao seu direito à ampla defesa, devendo ser anulado o processo administrativo sem qualquer imposição penal ao impugnante.

No mérito, o contribuinte alega que **inexiste a apuração, por autoridade competente, da prática dos crimes de contrabando e/ou descaminho.**

Assevera que a hipótese do artigo 29, VII, da Lei Complementar n.º 123/2006, não traz a previsão de exclusão para os casos de suspeita dos crimes ou indícios dos mesmos, sendo necessário que se apure inicialmente o cometimento desses crimes para, posteriormente, configurada a infração penal, aplicar-se aos que dela se beneficiaram as demais penalidades cominadas, dentre elas a exclusão do Simples Nacional.

Alega que não há notícia nos autos da existência de inquérito policial e ação penal em curso, e nem da conclusão, por decisão judicial transitada em julgado, sobre o cometimento dos crimes.

Sustenta que, inobstante a independência das esferas administrativa e penal, a hipótese legal que embasa a conclusão no caso vertente é expressa em indicar que a comercialização que a justifica é aquela que envolva mercadorias produto de atos ilícitos (contrabando e descaminho), sendo inafastável o prévio reconhecimento do crime para posterior aplicação da pena de exclusão.

Afirma que, até que haja a conclusão por decisão judicial transitada em julgado de que os produtos comercializados foram objeto do crime de contrabando e descaminho, é indevida a aplicação da penalidade de exclusão do Simples Nacional.

Entende que, para a caracterização dos ilícitos penais, deve haver prova inequívoca de sua ocorrência, não podendo a autoridade fiscal presumir a comercialização de mercadorias oriundas de contrabando ou descaminho, pois o perdimento de mercadorias não é razão para a aplicação da pena de exclusão do Simples Nacional.

Afirma que detém os documentos fiscais comprobatórios da regularidade de aquisição das mercadorias apreendidas, conforme cópias das notas fiscais apresentadas por amostragem em anexo, e que vários dos produtos apreendidos pela RFB foram adquiridos 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.

Alega que é adquirente de boa fé, e observada a presunção de veracidade dos documentos/notas fiscais apresentados, recai sobre a autoridade fiscal o ônus probatório da ilicitude apontada (descaminho/contrabando).

Conclui que, não havendo prova contundente da caracterização da comercialização de mercadorias oriundas dos ilícitos de descaminho ou contrabando, é nula a decisão que aplica a penalidade prevista no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar n.º 123/2006, merecendo imediata revisão.

Ao final, requer:

a) seja atribuído efeito suspensivo à impugnação, suspendendo os efeitos das penalidades impostas até que seja proferida decisão final no processo administrativo fiscal;

b) como preliminares, seja reconhecida e declarada a nulidade do processo administrativo em questão, ante o cerceamento do direito de defesa, seja pela falta de intimação quanto à lavratura do Auto de Infração, seja pelos vícios contidos no procedimento, arquivando-se o processo administrativo sem a aplicação de qualquer penalidade, nos termos da fundamentação;

c) sucessivamente, no mérito, seja reconhecida e declarada a nulidade da decisão que excluiu a requerente do Simples Nacional pelo período de 03 anos, deixando de aplicar a penalidade, nos termos da fundamentação;

d) a liberação de todas as mercadorias da recorrente que permaneceram apreendidas (em decorrência da "Operação 3 Elementos") em poder da Receita Federal;

e) o arquivamento do presente processo administrativo, sem qualquer imposição ou imputação penal/administrativa/cível à Requerente.

f) caso não seja esse o entendimento, que seja ao menos concedido novo prazo para a identificação e comprovação da regularidade das mercadorias apreendidas;

g) a produção de provas testemunhais, documentais e, principalmente, periciais, e, ainda, a oportunidade de oferecimento de alegações finais, como facultado pela Lei n.º 9.784/1999;

h) independentemente de todos os pedidos anteriores, que sejam conservadas todas as mercadorias ora apreendidas, de modo que seja preservada a integridade da prova para futura realização de perícia judicial;

i) que todos os atos doravante sejam comunicados aos procuradores da autuada, conforme dados constantes no rodapé da contestação.

Em sessão de 09 de março de 2020 (e-fls. 253) a DRJ julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade do contribuinte, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do Fato Gerador: 01/06/2019

EXCLUSÃO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE TEMPESTIVA. EFEITO SUSPENSIVO.

A manifestação de inconformidade apresentada tempestivamente suspende os efeitos do Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples Nacional até a decisão definitiva desfavorável ao contribuinte.

PRODUÇÃO DE PROVAS.

A produção de provas deve obedecer às disposições da legislação que rege o processo administrativo fiscal federal.

PEDIDO DE PERÍCIA.

NECESSIDADE DE ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO.

O pedido de perícia efetuado pelo contribuinte sem a exposição de motivos que o justifiquem, sem a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, e sem o fornecimento do nome, endereço e qualificação profissional do seu perito, deve ser considerado não formulado.

DEPOIMENTO PESSOAL. ALEGAÇÕES FINAIS. IMPOSSIBILIDADE.

Inexiste previsão no julgamento de primeira instância para uma audiência de instrução em que sejam colhidos depoimentos pessoais, ou para que o contribuinte apresente suas alegações finais.

INTIMAÇÃO NO ENDEREÇO DO PROCURADOR. IMPOSSIBILIDADE.

No processo administrativo fiscal é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do Fato Gerador: 01/06/2019

SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. EXCLUSÃO DE OFÍCIO.

A comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho é causa de exclusão de ofício da empresa optante pelo Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Ciente da decisão de primeira instância em 02/05/2020 (e-fls. 265), o ora Recorrente apresenta **Recurso Voluntário** em 02/06/2020 (e-fls. 267), no qual expõe os fundamentos de fato e de direito a seguir sintetizados.

Suscita a nulidade do Acórdão recorrido “vez que deixou de enfrentar parte das razões da impugnação ofertada pela ora Recorrente.”, pois alega que havia demonstrado nulidades do ato administrativo de apreensão de mercadorias, ponto este que o Acórdão ignorou. E ainda que tais questões tivessem relação com outro processo administrativo, entende a recorrente que tais nulidades atingem a motivação da exclusão do simples Nacional e que portanto deveria ter sido apreciada pela DRJ.

E prossegue discorrendo sobre a operação empreendida pela RFB que resultou na apreensão das suas mercadorias, defendendo que houve irregularidades na atuação dos servidores. Cita normas da RFB supostamente não cumpridas pelos servidores.

Repete o argumento de que de que “*jamais foi cientificada de a não apresentação de defesa administrativa em face do auto de infração acarretaria na presunção de que aquelas mercadorias apreendidas eram fruto de descaminho. E que essa presunção originaria um novo processo administrativo, manejado também pela autoridade fazendária, aplicando-lhe penalidade muito mais gravosa do que aquela que lhe havia sido informada.*”

Alega também que o Acórdão recorrido seria nulo pois lhe foi negado produzir provas:

“2.3.15 No entanto, observado que o acórdão recorrido indeferiu a produção da prova capaz de evidenciar a ilegalidade da aplicação da pena, configura-se o cerceamento do direito de defesa da Recorrente.

2.3.16 Portanto, 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.”

Prossegue afirmando que não apresentou defesa no processo de perdimento por estar na sua esfera de liberdade assim proceder, mas que isto não significaria que não poderia comprovar posteriormente a regularidade das mercadorias em um outro processo, como o presente, que implica penalidade mais gravosa (exclusão do simples). Por isto, não poderia ter sido cerceado o direito à produção de provas:

“2.3.12 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).”

Defende também que não estaria caracterizado o descaminho (motivador da exclusão do Simples) pelo fato de que “*a ausência de prova de importação regular de mercadoria não induz à conclusão da prática de importação irregular de mercadorias*”.

Alega a aplicação da penalidade de perdimento de mercadorias é **decorrência** da caracterização do contrabando do descaminho e que a exclusão do simples, por sua vez, necessita que seja caracterizado o descaminho.

Finaliza pedindo a reforma do Acórdão recorrido para que seja revertida a sua exclusão do simples nacional.

É o relatório.

Fl. 7 do Acórdão n.º 1002-002.147 - 1ª Sejul/2ª Turma Extraordinária
Processo n.º 12719.720731/2019-86

Voto

Conselheiro Rafael Zedral, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B da Portaria MF n.º 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF n.º 329/2017.

Demais disso, observo que o recurso atende os outros requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Da preliminar de nulidade

Argumenta a recorrente que durante o processo de apreensão das mercadorias objeto de pena de perdimento, a RFB não informou da possibilidade de aplicação da pena de exclusão do simples nacional.

Inicialmente, cumpre observar que a exclusão do Simples nacional não se caracteriza por ser uma penalidade. A empresa é excluída do sistema Simples não porque cometeu infração administrativa passível de penalização, mas porque faltou-lhe condições de permanência no sistema que prevê que ocorridas determinadas situações a exclusão é obrigatória por lei.

Uma empresa que supera o limite de faturamento bruto previsto na LC 123/2006 não sofre uma penalidade ao ser excluída do Simples nacional mas apenas por obediência à lei.

Outros aspecto é que os procedimentos de perdimento e exclusão do simples são autônomos e seguem ritos próprios, como bem esclarecido pelo acórdão recorrido.

Ademais, a recorrente foi excluída do simples nacional por norma prevista na Lei Complementar 123/2006, o que provoca a lembrança do artigo 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro(decreto-lei 4657/42), ou seja que **“ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”**.

Portanto, todas as questões relacionadas ao perdimento das mercadorias foram tratadas no processo administrativo 12712.720671/2019-00, tais como o procedimento de lacração e identificação das mercadorias apreendidas, tornando-se definitiva a decisão administrativa que apreendeu e decretou a pena de perdimento das mercadorias apreendidas, sendo irrelevantes para o presente processo discussões sobre a já caracterizada responsabilidade da contribuinte no caso.

Ademais, a recorrente afirma no parágrafo 2.2.12 que *“ciente das consequências da ausência de apresentação de defesa”*, optou por não apresentar defesa, o que é uma contradição ao argumento de que não sabia que seria excluído do Simples porque não foi informado pela autoridade fiscal. Dentre as consequências da ausência de apresentação de defesa está o encerramento das questões envolvidas no caso, tornando definitiva a decisão

administrativa. A recorrente fez a escolha consciente de não apresentar, tendo total consciência das consequências de não questionar o procedimento de apreensão.

Mas correta esta a recorrente ao afirmar que “não é porque silenciou quanto ao perdimento das mercadorias, que anuiu com a exclusão do regime tributário”. De fato, silenciar quanto à apreensão da mercadoria não implica em concordar com a sua exclusão do simples. E a recorrente teve sua oportunidade de questionar sua exclusão nos presentes autos.

É também de causar estranheza o argumento de que “*se sequer lhe foi permitido conhecer quais os produtos foram efetivamente recolhidos*” pois consta no texto do Auto de infração com apreensão de mercadorias 0927500-55908/2019 que o representante, o próprio Jackson Borges Silveira, acompanhou o procedimento de conferência das mercadorias, atestando a integridade do lacre e reconhecendo que as mercadorias apreendidas foram adquiridas sem documentação idônea (e-fls. 5):

O representante do Sujeito Passivo, JACKSON BORGES SILVEIRA, CPF 047.348.029-80, compareceu ao DMA para presenciar os trabalhos de deslacrção e apresentar os documentos comprobatórios da regularidade fiscal das mercadorias ora retidas. Os volumes lacrados contendo as mercadorias retidas foram apresentados ao interessado. Após a verificação da integridade dos lacres e dos volumes, servidores desta Alfândega abriram os volumes. Neste momento, diante da apresentação à Fiscalização de Notas Fiscais de compras de mercadorias pelo autuado, a Fiscalização separou as mercadorias estrangeiras que foram adquiridas sem documento fiscal idôneo. O representante da empresa auxiliou neste procedimento e reconheceu a irregularidade destes produtos que foram apreendidos conforme este Termo.

Portanto, por entender que todas as questões relacionadas à apreensão foram tratadas em processo administrativo próprio, no qual a recorrente não apresentou defesa, consciente que estava das consequências da sua omissão, rejeito a preliminar de nulidade neste ponto.

Também rejeito a preliminar de nulidade no ponto em que argumenta a recorrente que o Acórdão não enfrentou os argumentos apresentados na impugnação e o faço por dois motivos.

Primeiro, porque o Acórdão enfrentou sim todos os argumentos apresentados :1) nulidades do procedimento de perdimento de mercadorias e 2) que não lhe foi informado que seria aplicada a “penalidade” de exclusão do simples nacional; 3) que inexistia a apuração, por autoridade competente, da prática dos crimes de contrabando e/ou descaminho.

Segundo, porque o julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos apresentados pela defesa, desde que explicita as razões da sua decisão.

No mesmo sentido, colaciono julgado do Pleno do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE O ÓRGÃO JUDICANTE SE MANIFESTAR SOBRE TODOS OS ARGUMENTOS APRESENTADOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

I – Ausência dos pressupostos do art. 535, II, do Código de Processo Civil.

II – Busca-se tão somente a rediscussão da matéria, porém os embargos de declaração não constituem meio processual adequado para a reforma da decisão.

III – O Órgão Julgador não está obrigado a rebater pormenorizadamente todos os argumentos apresentados pela parte, bastando que motive o julgado com as razões que entendeu suficientes à formação do seu convencimento.

IV – Embargos de declaração rejeitados.

(SS 4836 AgR-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 07/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 03-11-2015 PUBLIC 04-11-2015)

Este CARF também tem firme posição neste sentido:

“Ementa: ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

NULIDADE. ALEGAÇÃO DE ANÁLISE RASA DAS PROVAS NA INSTÂNCIA ANTERIOR. DESCABIMENTO.

O julgador, ao decidir, não está obrigado a examinar todos os fundamentos de fato ou de direito trazidos ao debate, podendo a estes conferir qualificação jurídica diversa da atribuída pelas partes, cumprindo-lhe entregar a prestação jurisdicional, considerando as teses discutidas no processo, enquanto necessárias ao julgamento da causa.

NULIDADE. INOVAÇÃO EM DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA.

A autoridade julgadora pode expressar livremente sua percepção dos fatos reunidos nos autos, inclusive acrescentando análises não cogitadas pela Fiscalização, em resposta à defesa do impugnante. Somente não lhe é permitido manter a exigência do crédito tributário com fundamento, exclusivamente, em argumentos novos, por ela adicionados à motivação do lançamento.

NULIDADE. FALTA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA OU AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO.

Afasta-se a tese de nulidade relativa à falta de indicação do artigo que supostamente serviria de fundamento para a autuação, especialmente quando se constata que a autoridade fiscal descreveu os fatos apurados de forma que a empresa e todos os intervenientes no processo puderam ter nítida compreensão das infrações autuadas. Inexistência de prejuízo à defesa ou ao exercício do contraditório. ” Processo nº 11030.721754/2014-70. 1ª TURMA/CÂMARA SUPERIOR REC. FISCAIS.

Acórdão nº 9101-004.250 – CSRF / 1ª Turma.

Relatora Viviane Vidal Wagner. Seção de 9 de julho de 2019.

E o acórdão recorrido fez referências às alegações da recorrente e decidiu pelos fundamentos que entendiam aplicáveis ao caso.

NULIDADE EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DE PROVAS.

Improcedente o argumento de produção de provas para que se comprove a regularidade da origem das mercadorias, pois, como vemos acima, a recorrente presenciou a abertura dos lacres e até ajudou à classificar e identificar as mercadorias apreendidas, não sendo totalmente verdadeira a alegação de que não acompanhou totalmente os procedimentos adotados no processo administrativo 12712.720671/2019-00.

Além do mais, a recorrente alegou que não apresentou impugnação consciente de suas consequências, como afirma no item 2.3.11, que assumiu o perdimento dos produtos:

“2.3.11 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.”

Portanto, rejeito as preliminares de nulidade.

MÉRITO

A recorrente não questiona a aplicação da exclusão de ofício das empresas do Simples Nacional quando constatada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho.

Seu argumento é que a exclusão não se aplicaria ao seu caso pois, nas suas palavras “**por expressa previsão legal, a aplicação da penalidade prevista no art. 29, inciso VII, da LC 123/06, exige a prova inequívoca da ocorrência da prática criminosa (descaminho) na importação das mercadorias, não decorrendo de mera presunção**”.

Sem razão a recorrente neste ponto. O artigo 29 da lei complementar 123/2006 **sequer exige** o cometimento do **crime** de contrabando ou descaminho, e muito menos que o autor do crime seja a empresa, o que seria impossível, ou seus representantes legais.

Como se sabe, pessoas jurídicas não cometem crimes. As exceções dos crimes contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular e contra o meio ambiente, passíveis de responsabilização à pessoa jurídica, não se aplicam ao caso.

Resta-nos verificar se o artigo 29 da lei complementar 123/2006 estaria se referindo à ato (crime) praticado pelos representantes legais.

Vejamos:

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

[...]

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;”

Como facilmente se verifica, a exclusão do simples é cabível com **o simples ato de comercializar** determinadas mercadorias, as quais foram objeto de contrabando ou descaminho.

O artigo 29 VII da LC 123/2006 não faz referência ao **crime** de contrabando ou ao **crime** de descaminho, mas apenas à conduta comercializar mercadoria que havia sido anteriormente contrabandeada ou descaminhada. Ou seja, trata a lei da conduta de trazer para o território nacional mercadoria de importação proibida (contrabando) ou, ainda que permitida, mas sem o pagamento dos tributos devidos e sem autorização de autoridade competente (descaminho).

O texto do artigo 105, inciso X do decreto-lei 37/1966 (**Art.105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria: X- estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no país, se não for feita prova de sua importação regular**) é exatamente a conduta descrita do artigo 29 VII da LC 123/2006 (**comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho**). O que é, repita-se, diferente de cometer o crime de contrabando ou descaminho.

O Acórdão recorrido afirma que “*as esferas administrativa e penal são independentes*”, que não significa que a Administração tributária analisa os crimes de modo independente ao Poder judiciário, mas sim que **ela sequer analisa/julga a ocorrência de crimes**.

Cabe à Administração apenas, nas palavras do relator do Acórdão recorrido, julgar os “*ilícitos tributários e aduaneiros, na forma da legislação de regência, e representar à autoridade competente, quando identificar fatos que configuram, em tese, crime de contrabando ou de descaminho*”.

A independência das esferas Administrativa e Judicial significa que ambas podem/devem apreciar **um mesmo fato** (entrada de mercadoria estrangeira sem pagamento de tributos) e julgar, **separadamente**, se houve ilícito administrativo tributário (Administração tributária-RFB) e/ou crime de descaminho (Poder Judiciário). Esta independência das esferas é excepcionada nos casos em que for comprovado no Poder Judiciário que o fato sequer existiu ou que foi cometido por outra pessoa.

A RFB não atribuiu à recorrente ou aos seus representantes legais a prática de qualquer crime, restringindo-se o processo administrativo 12712.720671/2019-00 apenas ao ilícito administrativo de por a venda mercadoria descaminhada, ou seja, “*expor à venda, manter em depósito para comercialização ou em circulação comercial, mercadorias estrangeiras desacompanhadas de documentação comprobatória de sua regular importação ou aquisição no mercado interno*”.

E quanto ao fato que interessa à Administração tributária, ou seja, expor a venda mercadoria sem comprovação de sua origem (descaminhada), é nítida a responsabilidade da recorrente. Não se pode cogitar que uma empresa não seja responsável pela higidez da procedência das mercadorias que comercializa. Portanto, quanto ao aspecto administrativo, a

recorrente é responsável por expor a venda mercadorias estrangeiras desacompanhadas de documentação comprobatória de sua regular importação ou aquisição no mercado interno.

Deste modo, a causa de exclusão tipificada no inciso VII, do art. 29, da Lei Complementar n.º 123/2006, é “*comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho*”, e não ser condenado por esses delitos.

E quanto ao Acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, relatado pelo juiz federal Roger Raup Rios (AC 5003946-75.2017.4.04.7104) transcrito nas e-fls. 278/279 dos presentes autos, além do fato de que decisões judiciais possuem força vinculante apenas entre as partes envolvidas e ao caso analisado, vemos que se trata de posição isolada, proferido em um julgamento proferido em 2018, que não se confirmou como entendimento prevalente nos julgamentos posteriores, como se verifica, **por exemplo**, no Agravo de Instrumento [Nº 5003222-04.2021.4.04.0000/PR](#) de 08/04/2021:

EMENTA:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. REINCLUSÃO NO SIMPLES NACIONAL. APREENSÃO DE BENS DE ORIGEM ESTRANGEIRA IRREGULAR. IMPOSSIBILIDADE.

1. A comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho enseja, nos termos do art. 29, inciso VII, da Lei Complementar 123/2006, a exclusão do Simples Nacional.

2. Não há falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa se a parte, ciente da exclusão, optou por não apresentar defesa no procedimento administrativo instaurado para apuração da infração.

(TRF4, AG 5003222-04.2021.4.04.0000, SEGUNDA TURMA, Relator ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA, juntado aos autos em 28/04/2021)

Pela leitura do voto, vemos que a recorrente também alega que “*a suposta prática do crime de contrabando e/ou descaminho, que deu ensejo à exclusão, nunca foi cometido, sendo decretada a pena de perdimento de bens, sem insurgência da parte, o que não justifica a exclusão do Simples Nacional*”.

O relator refuta a tese de dependência de comprovação do crime:

“Não há qualquer irregularidade na conduta adotada pelo Fisco, uma vez que apurada situação prevista na legislação como causa suficiente a obstar o recolhimento de tributos na forma do Simples Nacional. A propósito, a despeito do alegado pela agravante, existe amplo regramento legal a embasar a exclusão do contribuinte, como bem analisado na decisão agravada. “

E com todo respeito ao relator do Acórdão do TRF4 citado pela recorrente, o artigo 29 da LC 123/2006 não exige “*internalizar irregularmente produtos ou bens*” mas apenas a sua comercialização.

Portanto, correta a decisão da unidade de origem, ratificada pela DRJ, em excluir a recorrente no sistema Simples Nacional por aplicação do artigo 29 da Lei Complementar 123/2006.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Zedral- Relator