



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12719.720770/2019-83
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.517 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 15 de julho de 2021
Recorrente EDINO DE SOUSA CARDOSO FILHO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2019

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. CONTRABANDO E DESCAMINHO.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando restar configurada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês em que incorridas as condutas.

PENA DE PERDIMENTO. CONTESTAÇÃO DO ILÍCITO. MATÉRIA PRECLUSA.

Deve ser excluída do Simples Nacional a pessoa jurídica que teve suas mercadorias apreendidas e submetidas ao rito estabelecido pelo Decreto- Lei nº 1.455, de 1976, resultando na decretação da pena de perdimento dos produtos em razão da prática de contrabando ou descaminho, mostrando-se preclusa na atual fase processual a discussão quanto à existência, ou não, do ilícito que deu azo ao perdimento das mercadorias, matéria decidida em instância única em outro processo.

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)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Barbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Carlos Alberto Benatti Marcon, Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 06-69.898, proferido pela 7ª Turma da DRJ/CTA, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela Recorrente, mantendo sua exclusão do Simples Nacional em decorrência da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, com efeitos de partir DE 01/06/2019, ficando impedida de optar pelo regime diferenciado de tributação pelos próximos três anos seguintes, consoante o disposto nos § 1º do art. 29 da LC nº 123, de 2006; combinado com o § 1º do art. 84 da Resolução CGSN nº 140, de 2018.

Fazendo um breve relatório nos autos, tem-se que foi lavrado Auto de Infração objeto do processo nº 12719.720695/2019-51, juntado às e-fls. 6/9 deste processo, com apreensão de mercadorias estrangeiras, após averiguação de que estavam exposta à venda, deposita ou em circulação comercial no país, sem documentação comprobatória de sua regular introdução no território nacional, ficando configurada a tese de que as mercadorias foram importadas clandestinamente, em foi aplicada a pena de perdimento às mercadorias às e-fls. 7 e 18, e abaixo relacionadas:

DESCRIÇÃO MARCA MODELO NºSÉRIE	NCM	QUANT.	MED.	UN (US\$)	UN(R\$)	TOTAL-US	TOTAL-R\$
1.CAIXA ACUSTICA JBL CHARGE 3, COM INDÍCIOS DE FALSIFICAÇÃO CHINA	85182990	3	UN	20,00	76,87	60,00	230,61
2.CAIXA ACUSTICA JBL CHARGE 2, COM INDÍCIOS DE FALSIFICAÇÃO CHINA	85182990	3	UN	20,00	76,87	60,00	230,61
3.CAIXA ACUSTICA JBL CHARGE MINI 3, COM INDÍCIOS DE FALSIFICAÇÃO CHINA	85182990	1	UN	20,00	76,87	20,00	76,87
4.SUTIA DE SILICONE CHINA	39262000	13	PAR	3,00	11,53	39,00	149,89
5.RADIO COMUNICADOR PORTATIL BAOFENG BF-777S CHINA	85171211	1	UN	25,00	96,09	25,00	96,09
6.CAPA PARA TABLET EXIBOM COM TECLADO CHINA	42022900	4	UN	7,50	28,83	30,00	115,32
7.CAPA PARA TABLET XIM-07, COM TECLADO CHINA	42022900	1	UN	7,50	28,83	7,50	28,83
8.ACCESS DE TELEVISAO OTT TV BOX CHINA	85299020	2	UN	30,00	115,31	60,00	230,62
9.CONVERSOR DE TV DIGITAL SATE A-DTR04 CHINA	85287119	1	UN	10,00	38,44	10,00	38,44
10.ROTEADOR WIFI TP-LINK TD-W8961N CHINA	85176241	1	UN	25,00	96,09	25,00	96,09
11.CAPA PARA TABLET GALAXY CHINA	42022900	1	UN	5,50	21,14	5,50	21,14
12.CAPA PARA TABLET COM TECLADO CHINA	42022900	1	UN	7,50	28,83	7,50	28,83
13.MAQUINA DE CORTAR CABELO COYU CHINA	85102000	3	UN	5,00	19,22	15,00	57,66
14.APARADOR DE PELO ANIMAIS NANZHONG NZ-803 CHINA	85102000	1	UN	10,00	38,44	10,00	38,44
15.DVD PLAYER PORTAT. C/TELA TUCANO ISDB-T CHINA	85219090	1	UN	65,00	249,84	65,00	249,84
16.LANTERNA CHINA	85131010	1	UN	6,00	23,06	6,00	23,06
17.LANTERNA CY CY-6620 CHINA	85131010	1	UN	7,00	26,91	7,00	26,91
18.LAMPADA XSD 60320, DECORATIVA CHINA	85393900	1	UN	3,00	11,53	3,00	11,53
19.OCULOS 3D VR BOX CHINA	90049090	1	UN	5,00	19,22	5,00	19,22
20.CONTROLE DE VIDEO GAME SIXAXIS SEM FIO CHINA	95045000	3	UN	10,00	38,44	30,00	115,32
21.CONTROLE DE VIDEO GAME YES CHINA	95045000	2	UN	5,00	19,22	10,00	38,44
22.CONTROLE DE VIDEO GAME USU-701 CHINA	95045000	2	UN	5,00	19,22	10,00	38,44
23.CONTROLE DE VIDEO GAME SEM FIO CHINA	95045000	1	UN	30,00	115,31	30,00	115,31
24.FONTE DE ENERGIA PARA VIDEO GAME CHINA	85043119	2	UN	10,00	38,44	20,00	76,88
25.ACCESS DE COMPUTADOR MEING CARREGADOR PARA NOTEBOOK CHINA	84733099	1	UN	10,00	38,44	10,00	38,44
26.CAIXA ACUSTICA CCB-1215 CHINA	85182990	1	UN	5,00	19,22	5,00	19,22
27.FONE DE OUVIDO BM70 MINI FONE PARA CELULAR, FALTA ACESSÓRIO CHINA	85183000	1	UN	30,00	115,31	30,00	115,31
28.ACCESS DE CELULAR SUPORTE PARA CELULAR CHINA	85177099	3	UN	6,00	23,06	18,00	69,18
29.TECLADO PARA COMPUTADOR CHINA	84716052	1	UN	2,50	9,61	2,50	9,61
30.TECLADO PARA COMPUTADOR FY K-816 CHINA	84716052	2	UN	2,50	9,61	5,00	19,22
31.FONE DE OUVIDO NIKE NK-198, COM INDÍCIOS DE FALSIFICAÇÃO CHINA	85183000	2	UN	10,00	38,44	20,00	76,88
32.FONE DE OUVIDO STUDIO CHINA	85183000	1	UN	8,00	30,75	8,00	30,75
33.CONTROLE DE VIDEO GAME CHINA	95045000	3	UN	5,00	19,22	15,00	57,66
Tipos de Bens: 33		Quantidade: 66,00				Totais US\$ 674,00	R\$ 2.590,66

Como a Recorrente, apesar de intimada, não tendo apresentado impugnação ao Auto de Infração objeto do processo nº 12719.720695/2019-51, ficando caracterizada a comercialização de mercadorias estrangeiras objeto de contrabando ou descaminho, foi lavrado o Termo de Revelia às e-fls. 16, com a decretação da pena de perdimento das mercadorias mencionadas, nos seguintes termos: *“Considerando que os autuados foram devidamente cientificados dos termos do Auto de Infração objeto deste processo, e transcorrido o prazo regulamentar sem apresentação de impugnação, declara-se a revelia, nos termos do artigo 27, § 1º, do Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976”*.

Neste contexto, foi exarado o Despacho Decisório SIMPLES/BENFIS/SRRF9ªRF nº 1084/2019, 9 de outubro de 2019, e-fls. 17/22, assim ementado:

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, com efeitos a partir do mês em que incorrida, impedindo nova opção pelos 3 (três) anos-calendário subsequente, conforme disposto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Por conseguinte, foi expedido Ato Declaratório Executivo BENFIS/SRRF09 Nº 143, de 9 de outubro de 2019, e-fls. 23, excluindo de ofício a Recorrente do Simples Nacional, pela incidência da hipótese de vedação – comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho –, com efeitos a partir de 01/06/2019, próprio mês de ocorrência, ficando impedida de optar pelo regime simplificado pelos próximos três anos seguintes, adiante reproduzido:

Ato Declaratório Executivo BENFIS/SRRF09 Nº 143, de 9 de outubro de 2019.

Exclui do Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional de que tratam os arts. 12 a 41 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a pessoa jurídica que menciona.

O AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso da atribuição que lhe conferem o artigo 6º, inciso I, alínea b da Lei Nº 10.593/2002, o artigo 286, inciso VIII, do Anexo I do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017, Portaria RFB nº 1.234, de 16 de julho de 2019 e as Portarias SRRF9 nº 177/2019 e 178/2019, e tendo em vista o disposto no artigo 28, parágrafo único, no artigo 29, parágrafo 5º e nos artigos 33 e 39 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, combinado com o artigo 83, inciso I e § 1º da Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018, declara:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, conforme apurado no processo administrativo 12719.720770/2019-83 a pessoa jurídica a seguir identificada, em virtude da constatação de hipóteses de exclusão, com fundamento legal no art. 29, inciso VII da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; art. 84, inciso IV, alínea “F”, § 1º da Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018:

Nome Empresarial: **EDINO DE SOUSA CARDOSO FILHO**
CNPJ : 22.007.077/0001-26

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 01/06/2019, ficando impedida de optar pelo Simples Nacional pelos próximos três anos seguintes, consoante o disposto nos § 1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006; combinado com o § 1º do art. 84 da Resolução CGSN nº 140, de 2018.

Art. 3º A pessoa jurídica poderá apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste ADE, manifestação de inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento - DRJ, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, nos termos do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 – que rege o Processo Administrativo Fiscal (PAF).

Parágrafo único Na hipótese de apresentação de impugnação tempestiva, o termo de exclusão somente se tornará efetivo quando a decisão administrativa for desfavorável ao contribuinte, conforme disposto no § 3º do art. 83 da Resolução CGSN nº 140, de 2018, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 84 dessa Resolução.

Cientificada do ADE, interpôs manifestação de inconformidade sustentando que:

a) os servidores da RFB apreenderam no estabelecimento da Recorrente, mercadorias que presumiram ser objeto de contrabando ou descaminho, sem aguardar que o contribuinte pudesse localizar as notas fiscais de determinados produtos;

b) para retirar determinadas mercadorias apreendidas apresentou as notas fiscais e assinou um documento (Auto de Infração) redigido pelo próprio órgão, porém frisou que não incorreu na hipótese de contrabando ou descaminho e, que, não há nada que comprove o referido ilícito;

c) o perdimento de bens, por si só, não configura hipótese de exclusão do Simples Nacional, ainda mais quando o referido perdimento é o único suposto indício de contrabando ou descaminho, conduta que implicaria sua exclusão;

d) para haver a exclusão do Simples Nacional exige-se a demonstração inequívoca de que as mercadorias comercializadas são objeto de contrabando ou descaminho, fato este não constatado no presente procedimento administrativo

e) não pode ser forçado a produzir prova de que “não fez” algo, sendo considerada prova diabólica, tanto no âmbito administrativo como judicial, diante da quase impossível produção.

Após apreciar a dita manifestação de inconformidade, a 7ª Turma da DRJ/CTA entendeu por bem julgá-la improcedente. A ementa da referida decisão segue transcrita:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2019

EXCLUSÃO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

Consoante o inciso VII, do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, é cabível a exclusão de ofício das pessoas jurídicas do Simples Nacional quando constatada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho., de 29 de setembro de 2017.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário ratificando as alegações já elencadas em sede de manifestação de inconformidade, alegando o que segue:

(...)

II - O Direito

É sabido que o perdimento de bens, por si só, não configura hipótese de exclusão do Simples Nacional, ainda mais quando o referido procedimento é o único suposto indício de contrabando ou descaminho, conduta que implicaria na exclusão do Simples Nacional, conforme art. 29, inciso VII, a Lei Complementar 123/2006.

É de entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que a circunstância de mercadorias serem objeto de contrabando ou descaminho **não pode ser presumida**.

Para que haja enquadramento de contrabando ou descaminho a fim de que seja determinada a exclusão do Simples Nacional deve haver constatação da prática do ilícito, não bastando o silêncio do contribuinte e o perdimento os produtos.

Da sentença de 1º grau, cujo recurso foi julgado pelo Tribunal Regional da 4ª Região, observa-se acertados argumentos, confirmados em Acórdão proferido em Apelação Cível n. 5003946-75.2017.4.04.7104/RS. Vejamos:

[...] Em casos tais, em imprescindível que a **administração demonstrem a prática ilícita, não presuma sua ocorrência**, inclusive porque não é dado, nem administrativa, nem judicialmente, exigir que alguém prove a não ocorrência de algo como forma de evitar que recaia sobre si punições que somente pode se aplicar pela constatação de ilicitude, não de inação.

[...] o contribuinte pode escolher entre a conveniência de se esforçar para demonstrar a regularidade de sua obtenção ou de se manter silente, com a consequente perda. [...] **Não pode a administração, em uma situação tal, partir de um fato administrativo simples e potestativo do contribuinte - escolher entre perder ou não a mercadoria - e chegar a uma conclusão muito mais grave - exclusão do Simples nacional**. Para isso, deve, necessariamente oportunizar e forma clara a autuação do imputado em sua própria defesa **e trazer evidências claras da prática ilícita**. Não foi o que aconteceu no presente caso. [...] **Ora, deixar de apresentar documentação comprobatória de internalização de bens é conduta materialmente diversa de internalizar irregularmente produtos ou bens.** (grifou-se).

O acima exposto foi citado no Acórdão mencionado para confirmar o entendimento de 1º grau de que "A exclusão do regime do Simples **exige a demonstração inequívoca** de que as mercadorias comercializadas são objeto de contrabando ou descaminho." (grifou-se).

No atual Processo Administrativo (12719.720770/2019-83), não está presente qualquer comprovação do ato ilícito ao qual o contribuinte está sendo imputado, não havendo motivo contundente para que se proceda com a exclusão.

O recorrente não pode, como dito acima, ser forçado a produzir prova de que "não fez" algo, sendo considerada prova diabólica, tanto no âmbito administrativo, quanto no judicial, diante da impossibilidade de sua produção.

Não parece justo que o recorrente seja excluído do Simples Nacional com a imputação de ato ilícito presumido, primeiro por conta da ausência de comprovação do mesmo e, em segundo lugar, por observação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Sabe-se que a exclusão do Simples em medida considerada mais grave, não podendo bastar para o seu prosseguimento apenas indícios. Entretanto, se a autoridade julgadora do presente recurso não estiver convencida dos argumentos trazidos para tanto, ao menos que se atente aos princípios acima mencionados.

Além de grande parte das mercadorias do estabelecimento terem de pronto documentação regular apresentada e, ainda, além de grande parte dos produtos apreendidos também terem sido resgatados com a devida documentação, há que se observar que a quantidade de produtos que padeceram de perdimento é mínima, não parecendo justa a exclusão, tendo em vista a penalidade de perdimento já aplicada.

Ademais, a empresa recorrente é o "ganha pão" de três pessoas, sendo que a sua injusta inclusão do Simples causará danos irreparáveis às famílias do proprietário e dos funcionários que dependem do funcionamento da empresa.

É por todo exposto e, estando a empresa recorrente em pleno atendimento aos requisitos legais de enquadramento no regime do Simples Nacional, que se passa ao requerimento final.

III - Requerimento Final

Por todo o exposto, REQUER o recebimento do presente recurso voluntário com a revisão do Acórdão que indeferiu a impugna n. 12719.720770/2019-83, a fim de eu a empresa recorrente possa permanecer no regime instituído pela LC 123/2006.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça,, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Conforme já relatado, a Recorrente foi excluída do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo BENFIS/SRRF09 Nº 143, de 9 de outubro de 2019, e-fls. 23, com base no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, em virtude da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, *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;

(...)

§ 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.(grifos meus)

A Recorrente alega que a exclusão Simples Nacional da Recorrente não deve prevalecer visto que não restou comprada a prática do ilícito, pois o contrabando e o descaminho não pode ser presumido.

Ocorre que as discussões relativas à caracterização do contrabando ou descaminho deveriam ter sido feitas no auto de infração nº 12719.720695/2019-51, o que não foi feito, posto que devidamente cientificada, a Recorrente não apresentou impugnação ao mencionado auto de infração e, por conseguinte, foi lavrado do Termo de Revelia, com a decretação da pena de perdimento das mercadorias objeto do dito processo.

Desta forma, tornou-se definitiva tanto a pena de perdimento, como a situação ensejadora da apreensão e posterior perdimento do bem. Nesta senda, a discussão sobre o contrabando ou descaminho deveria ter sido realizada no processo próprio e, como não o foi, houve a decretação da revelia. Ou seja, ocorreu a preclusão temporal quanto ao fato de a mercadoria ser ou não objeto de contrabando ou descaminho.

Contudo, ainda que assim não o fosse, insta salientar que a Recorrente não trouxe aos autos qualquer documento que comprovasse suas alegações. Em tempo, também insta mencionar que o dever de comprovar a regular origem das mercadorias recai sobre a contribuinte, conforme inteligência do artigo 689, X, do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/2009):

Art.689.Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, caput e §1º, este com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59):

[...]

X-estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País, **se não for feita prova de sua importação regular;** grifei”

Repise-se: a Recorrente teve a oportunidade de apresentar as notas fiscais que comprovariam a regularização das mercadorias que estavam sob comercialização dentro de seu estabelecimento, porém só o fez em relação a algumas das mercadorias que foram apreendidas.

O que demonstra, inclusive, que caso a Recorrente possuíssem as notas fiscais de todas as mercadorias com certeza as teria apresentado. Neste sentido, não se vislumbra nenhuma produção de prova negativa ou diabólica, como alega a Recorrente, pois é dever legal do estabelecimento quando inquirido pela Fiscalização ou mesmo em sua defesa demonstrar a regularidade na aquisição de suas mercadorias, como bem restou consignado no acórdão de piso.

Destarte, deve-se manter o ato de exclusão do Simples Nacional, com fulcro no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, combinados com o inciso IV, letra "f" do art. 76, da Resolução CGSN nº 94, de 2011, tendo em vista a constatação de irregularidade das mercadorias de origem ou procedência estrangeira, por meio da Representação Fiscal - Exclusão do Simples Nacional.

Afinal, a inércia da Recorrente no Processo nº 12719.720695/2019-51 tem efeitos não só no âmbito aduaneiro, com a decretação da pena de perdimento, mas também no tributário, com sua exclusão do Simples Nacional em razão de ter sido considerado incontroverso, na seara administrativa, que houve comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Por fim, no que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Destarte, tem-se que nos estritos termos legais este entendimento está de acordo com o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CAREF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015).

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário no sentido de manter decisão recorrida.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça,