



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12719.721460/2012-18
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-004.717 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de agosto de 2020
Recorrente WENSING & FERNANDES LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DESCAMINHO.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á na hipótese de a empresa comercial varejista manter em seu estoque ou expostas à venda para comercialização mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

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)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Junior, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Rogerio Garcia Peres, Giovana Pereira de Paiva Leite, Lucas Esteves Borges, Bianca Felicia Rothschild, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado por WENSING & FERNANDES LTDA – ME contra decisão da DRJ/FOR (fls. 64 a 68), que julgou improcedente a manifestação de inconformidade contra Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão (fl. 20) do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

A referida exclusão, com efeitos a partir de setembro de 2012, ocorreu em virtude de o contribuinte ter comercializado mercadorias objeto de descaminho, conforme apurado pela fiscalização (fls. 10/11), nos termos do art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

A DRJ/FOR, ao analisar a manifestação de inconformidade, decidiu válida a exclusão em razão da apreensão no estabelecimento de mercadorias desacompanhadas de documentação que comprovasse a regular importação destinadas à revenda e pelo fato de que, embora na esfera criminal o Poder Judiciário tenha considerado a atipicidade da conduta do agente, com fundamento no princípio da insignificância, essa decisão não condiciona o processo administrativo-tributário.

Em sede de recurso voluntário, o sujeito passivo alega não ter havido comprovação na esfera administrativa da prática do crime de descaminho e que o Poder Judiciário rejeitou a denúncia com base no princípio da insignificância. Com a rejeição da denúncia, acabou-se por extinguir o processo antes que tivessem sido produzidas quaisquer provas sobre a prática de crime de descaminho. Informa que não há provas no processo administrativo de que os objetos apreendidos foram adquiridos no estrangeiro sem o devido recolhimento dos tributos para posterior revenda no mercado nacional. Além disso, a mera detenção de mercadorias estrangeiras não é causa de exclusão do Simples Nacional, que a condiciona à hipótese de comercialização, para tanto, cita jurisprudência do TRF 4ª Região. Que a Lei prevê apenas a comercialização como causa de exclusão do Simples Nacional e que essa conduta não está demonstrada no processo. Ao final requer o cancelamento do ADE de exclusão do Simples Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, Relator.

1. Conhecimento

O sujeito passivo foi cientificado da Decisão de primeira instância em 15/07/2016, conforme Aviso de Recebimento (fls. 72), portanto o Recurso Voluntário apresentado em 12/08/2016, conforme Termo de Análise de Solicitação de Juntada (fls. 92) é **tempestivo**.

2. Mérito

Em relação ao argumento sobre a rejeição da denúncia com base no princípio da insignificância e o seu reflexo para a solução do presente litígio, peço vênias para usar parte das razões de decidir da decisão de primeira instância, que exprimem de forma correta a independência das instâncias criminal e administrativa-tributária:

Duas questões empolgam o deslinde do tema principal. A primeira, se a sentença penal **condenatória** por crime de contrabando ou descaminho se faz imprescindível para configurar o motivo ensejador do ato de exclusão (art. 29, caput, VII, da LC nº 123, de 2006).

De início, esclarece-se que a comprovação da prática de tais crimes **poderá ser discutida ou não perante o Poder Judiciário**, para o fim específico de aplicação de sanções penais. A LC nº 123/2006 não exige a instauração de eventual ação penal para exclusão da empresa do Simples Nacional. E, de ordinário, assim não procede o legislador, tendo em vista o **princípio da independência entre as instâncias administrativa e judicial** e a característica da autoexecutoriedade dos atos administrativos, corolários que são do princípio da separação dos poderes.

Contrabando ou descaminho são tipos legais cuja **concretização** pode gerar consequências administrativas, civis e penais. Nesse passo, compete ao **Poder Executivo** executar as sanções administrativas, assim como é da alçada específica do Poder Judiciário aplicar as sanções civis e penais. A possibilidade de comunicabilidade entre as instâncias (o que se dá no caso **de inexistência do fato ou de negativa de autoria**) é apenas a exceção que confirma a ideia geral da independência de instâncias. Dessa forma, não se faz necessária a existência de sentença penal condenatória para se excluir o contribuinte do Simples Nacional por delito de descaminho. Como na maioria dos temas, o Poder Judiciário tem aqui apenas o monopólio da última palavra, não a da primeira, sob pena de inviabilizar-se a atuação dos outros poderes na consecução do interesse público.

A segunda questão procura verificar a comunicabilidade entre as instâncias no caso de atipicidade criminal do fato, como decorrência da aplicação do **princípio da insignificância**, e não propriamente **da inocorrência do fato**.

Em matéria civil, a absolvição criminal por atipicidade formal ou material da conduta não impede a propositura da ação civil *ex delicto*, de modo que a atipicidade fundada no princípio da insignificância (uma causa de atipicidade material) também não.

Com efeito, não ter havido crime de descaminho por insignificância penal da conduta **não significa que não tenha havido a conduta que se amolda à descrição da lei**. Na espécie, resta devidamente comprovada a materialidade dos fatos narrados, que é capaz de produzir efeitos administrativos, assim como civis.

Esclarece-se que a decisão judicial, no âmbito do direito penal, prolatada no sentido da absolvição por atipicidade material da conduta, não condiciona o processo administrativo, devido à independência entre as instâncias. No presente caso, não houve, no âmbito penal, a negativa na existência do fato ou de sua autoria, motivo pelo qual a decisão judicial proferida não tem o condão de afetar a exclusão ora procedida. (g. no original)

Passa-se à análise do segundo argumento, o de que as mercadorias apreendidas, e sobre as quais foi aplicada pena de perdimento, não foram comercializadas pela Recorrente.

O art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, assim dispõe sobre a impossibilidade de permanência no Simples Nacional:

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

(...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho; (...)

Conforme Auto de Infração de Apreensão de Mercadorias (fls. 4 a 7) foram apreendidos diversos equipamentos de eletrônicos, tais como acessórios de computador, câmeras fotográficas, notebooks e telefones celulares. Consta nesse documento, ainda, que “o contribuinte foi intimado a apresentar, no curso da ação fiscal, os documentos que comprovassem a regularidade fiscal das mercadorias de origem ou procedência estrangeira em estoque ou expostas a venda no estabelecimento comercial”. (g.n.)

Na cláusula 3ª do Contrato Social do sujeito passivo, juntado ao Recurso Voluntário, consta como objeto social a exploração do ramo de comércio varejista de máquinas, equipamentos e materiais de informática, de máquinas, aparelhos e equipamentos elétricos,

eletrônicos de uso doméstico e pessoal e, de máquinas, equipamentos e aparelhos de comunicação.

Ou seja, o objeto social da Recorrente é a comercialização dos produtos apreendidos, os produtos se encontravam em seu estoque e **estavam expostos à venda**.

De fato, os produtos não foram comercializados porque, antes de o serem foram apreendidos pela autoridade aduaneira em decorrência de terem sido introduzidos no país de forma irregular.

É desarrazoada a hipótese de que não restaria configurada a hipótese de exclusão prevista no art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, pelo fato de os produtos, originalmente destinados à comercialização, terem sido objeto de apreensão.

A finalidade da consequência legal pela exclusão em comento é a de não permitir que empresas optantes do regime favorecido do Simples Nacional, isto é, detentor de favor fiscal concorram de forma ilegal e em detrimento da indústria nacional, ou seja, evitar a insólita situação de renúncia fiscal por parte do Estado para beneficiar quem prejudica o mercado concorrencial lícito.

Evidentemente que a expressão “comercializar mercadorias” não se restringe apenas e exclusivamente às hipóteses em que fosse verificado *in loco* pela autoridade tributária a ocorrência de atos de mercancia com mercadoria objeto de descaminho. Invoca-se essa quase absurda hipótese justamente porque é fato notório, portanto, desnecessário provar, que uma mercadoria introduzida no estoque de uma empresa de forma ilícita, em decorrência de descaminho, por exemplo, obviamente **não terá saída do estoque via nota fiscal**, sob pena de evidenciar prova de sonegação fiscal.

Assim, a interpretação adequada e coerente com a finalidade do art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, é aquela que implica exclusão do Simples Nacional da empresa que mantenha em seu estoque ou expostas a venda para comercialização mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo.

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa