



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12719.721593/2013-67
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-003.901 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de julho de 2020
Recorrente ORPANEL JOALHERIA LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. PRÁTICA DE SITUAÇÃO IMPEDITIVA.

Uma vez demonstrado que o contribuinte colocou à venda produtos objeto de contrabando e descaminho, correta a exclusão do regime simplificado, como determina a lei.

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)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Efigênio de Freitas Júnior, Alexandre Evaristo Pinto, Barbara Melo Carneiro e Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente).

Relatório

Por bem resumir o litígio, reproduzo parcialmente o Relatório constante da decisão de primeira instância (fls. 59/63), complementando-o no final:

Trata o presente processo, formalizado em 14/11/2013 pela Inspeção da Receita Federal do Brasil em Florianópolis/SC, de Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional (regime instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006), conforme despacho exarado em 14/11/2013 (fls. 7 e 8).

2. Relata o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil autor do procedimento, lotado na Inspeção da Receita Federal do Brasil em Florianópolis/SC, que em 23/10/2013 a Equipe de Repressão Aduaneira (ERA) da retrocitada Inspeção, em cumprimento à Ordem de Vigilância e Repressão (OVR) nº 0925200-00067-13-00, realizou procedimento de fiscalização no contribuinte em epígrafe, com o intuito de verificar a regularidade fiscal das mercadorias de origem ou procedência estrangeira nele depositadas ou expostas à venda. Complementa que na sequência foi lavrado o Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias nº XR00970 (fls. 9 a 11), vinculado ao processo 12719.721559/2013-92, para apreender mercadorias de origem estrangeira encontradas no estabelecimento comercial da interessada, em razão da caracterização do crime de descaminho. Finalizou com proposta de exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional, com fulcro no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123/2006, e efeitos a partir de 01/10/2013, consoante preconizado pelo art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123/2006.

3. Referida Representação foi acompanhada, ainda, por Termo de Início da Ação Fiscal (de 23/10/2013 – fl. 3), Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias nº XR00970 (fls. 9 a 11 - vinculado ao processo 12719.721559/2013-92), Termo de Revelia (fl. 13) e Dossiê CNPJ (fls. 5 e 6).

4. Termo de Revelia foi lavrado em 24/01/2014 (fl. 13), para registro de que a autuada foi devidamente cientificada do AI, não tendo apresentado impugnação, sendo declarada revel, nos termos do art. 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.455, de 07/04/1976. Nesta mesma data foi imposta a pena de perdimento das mercadorias apreendidas (fl. 13), com fulcro no art. 23, § 1º, do Decreto-lei nº 1.455, de 07/04/1976, bem como no art. 224 do Regimento Interno da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14/05/2002.

5. Após parecer conclusivo acerca da procedência da exclusão emitido pelo Serviço de Orientação e Análise Tributária (Seort) da DRFB/Florianópolis/SC (fl. 18), a DRFB/Florianópolis/SC emitiu o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 331 (fl. 19) em 08/12/2015, para excluir a contribuinte do Simples Nacional com efeitos retroativos a partir de 01/10/2013, em razão de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, com impedimento para opção ao regime em questão nos três anos-calendário seguintes (2014, 2015 e 2016).

6. A exclusão foi fundamentada no artigo 29, inciso VII, e § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006.

DEFESA

7. Cientificada do ato de exclusão em 14/12/2015 (fl. 22), a recorrente apresentou manifestação de inconformidade em 12/01/2016 (razões às fls. 24 a 32, e anexos às fls. 33 a 56). Alega, em síntese, que:

7.1. O procedimento de exclusão foi baseado em auto de apreensão de mercadorias no interior de estabelecimento empresarial da contestante e ausência de comprovação da aquisição de parte das mercadorias apreendidas, mediante a apresentação de notas fiscais.

7.2. Quando da fiscalização, o fiscal compareceu no estabelecimento e apreendeu alguns produtos, inclusive que não estavam disponíveis para a venda, concedendo prazo para comprovação da aquisição mediante nota fiscal.

7.3. A empresa diligenciou no sentido de encontrar as notas fiscais em questão, contudo, embora tenha comprovado boa parte das mercadorias, não teve êxito em encontrar as notas fiscais de alguns itens, ou por serem antigos, ou por não estarem mais à venda, ou simplesmente por ter ocorrido o extravio dos documentos.

7.4. O fato é que a simples apreensão de mercadorias em um estabelecimento empresarial em razão da não apresentação das notas fiscais não induz, por si, a prática de descaminho e a perda de um regime tributário.

7.5. O contribuinte tem a opção em comprovar ou não a aquisição dos produtos, ao passo que o fisco poderá efetuar a devida notificação e constituição do crédito tributário para exigência dos impostos incidentes com a respectiva multa.

7.6. A previsão legal para a exclusão do Simples Nacional é fundada na comprovação da prática do crime de descaminho, porém, no caso em questão não houve comprovação na esfera administrativa da prática delitiva do descaminho por parte da pessoa jurídica.

7.7. Também não houve prévia constituição do crédito tributário, tampouco abertura de processo na esfera criminal para apuração do delito.

7.8. Em verdade, no caso não há prática de descaminho, mas tão somente a ausência de apresentação de notas fiscais de alguns produtos, ainda que por razões particulares e injustificadas.

7.9. O Inciso VII do art. 29 da Lei Complementar 123/2006 não dá margem a suposição, tipificando com exatidão que apenas nos casos de contrabando e descaminho ocorre a exclusão (transcreve jurisprudência).

7.10. Para a caracterização do crime de descaminho, faz-se necessário que o agente tente "iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria". O verbo "iludir", núcleo do tipo do descaminho, remonta ao meio fraudulento, artil, malicioso, empregado pelo agente a fim de obstar o recolhimento do tributo devido pela entrada ou saída das mercadorias (transcreve doutrina e jurisprudência).

7.11. Contudo, até o momento a contestante não foi intimada na esfera administrativa com relação aos tributos incidentes sobre as mercadorias apreendidas, momento este em que poderia ainda impugná-los, o que demonstra, indubitavelmente, a ausência total de supedâneo legal para aplicar-se o previsto no inciso VII, do art. 29, da Lei Complementar 123/2006 ao caso em questão.

7.12. No caso não houve procedimento a fim de comprovar a prática do descaminho com contraditório e ampla defesa, mas sim uma mera presunção, ante a inércia na apresentação de documentos fiscais.

7.13. Ademais, se for provada a violação dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, todos os atos do processo ou procedimento administrativo serão considerados nulos (transcreve jurisprudência).

A DRJ julgou a manifestação de inconformidade improcedente por meio do Acórdão de fls. 59/63, o qual recebeu a seguinte ementa:

ATIVIDADE VEDADA. EXCLUSÃO.

A comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho constitui óbice para ingresso ou permanência no Simples Nacional. A exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorrida a infração, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Cientificada dessa decisão em 23/02/2017 (fls. 65), a contribuinte, em 09/03/2017, interpôs recurso voluntário (fls. 68/72), onde basicamente reitera as alegações de defesa e sustenta a nulidade da decisão recorrida em razão da não apreciação do mérito.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende os demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço e passo a apreciá-lo.

A controvérsia diz respeito à legitimidade ou não da exclusão da contribuinte no Simples Nacional ante a caracterização de prática de venda de mercadorias objeto de crime de contrabando e descaminho previsto no artigo 334 do Código Penal¹.

Aos olhos da fiscalização, a aplicação da pena de perdimento de parte das mercadorias encontradas no estabelecimento da Recorrente em procedimento que culminou na lavratura de Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias tramitado sob revelia já seria, por si só, suficiente para excluir a empresa do Simples com fundamento no art. 29, VII, da LC 123/06, *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;

Já a contribuinte, além de se manifestar em favor da nulidade da decisão ora recorrida, afirma que a revelia não poderia servir de fundamento para a exclusão, ainda mais porque não há nenhuma comprovação de que ela de fato colocou mercadorias objeto de crime de contrabando ou descaminho à venda.

Nesse ponto, e na mesma linha do ADE e da respectiva Representação Fiscal, a DRJ manteve a exclusão do regime simplificado. Nas suas palavras:

12. Neste quesito, os documentos já mencionados no Relatório a este Voto deixam claro que a autuada não apresentou defesa ao Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias nº XR00970, tendo sido lavrado, em 24/01/2014, Termo de Revelia para declará-la revel, nos termos do art. 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.455, de 07/04/1976.

13. Disciplinando o assunto, o Ato Declaratório Normativo do Coordenador-Geral do Sistema de Tributação (ADN COSIT) nº 15/1996, assim dispõe:

... expirado o prazo para impugnação da exigência, deve ser declarada a revelia e iniciada a cobrança amigável, sendo que eventual petição, apresentada fora do prazo, não caracteriza impugnação, não instaura a fase litigiosa do procedimento, não suspende a exigibilidade do crédito tributário nem comporta julgamento de primeira instância, salvo se caracterizada ou suscitada a tempestividade, como preliminar.

¹ DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 1940 – CÓDIGO PENAL

Contrabando ou descaminho

Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem:

[...]

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

14. Assim, impertinente qualquer discussão acerca do procedimento fiscal que culminou com a lavratura do Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias nº XR00970.

15. Em consonância com o exposto, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade da recorrente.

Segundo penso, a decisão em questão não contém nenhum vício de nulidade em sentido técnico, uma vez que a conclusão pela manutenção da exclusão está suportada em regras processuais válidas e eficazes, bem como contém motivação clara e congruente.

Mais precisamente, o silogismo empregado pelas autoridades fiscais foi o seguinte: como houve apreensão de mercadorias estrangeiras no estabelecimento da empresa sem comprovação da regular importação, presumem-se que estas mercadorias são objeto de crime de descaminho ou contrabando. Nesses termos, e considerando que a empresa não impugnou o Auto de apreensão, o instituto jurídico da *revelia* impediria que a empresa questione a qualificação jurídica conferida ao fato, fato este que se enquadraria na hipótese de exclusão do Simples.

Não concordo, com a devida vênia, com esse racional.

Isso porque a aplicação da pena de perdimento de bens em razão da não impugnação do contribuinte ao Auto de Infração de Apreensão de Mercadorias não se confunde com a impugnação ao ato de exclusão do Simples motivado no ato de comercializar mercadorias objeto de crime de descaminho. *Uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa.*

Lá, na perda de perdimento, a infração é aduaneira, mais ampla e impõe ao contribuinte o ônus de comprovar a regular importação de mercadorias por ele colocadas à venda ou mantidas em sua posse. Aqui, no crime de descaminho/contrabando para fins de exclusão do Simples, o ônus de motivar a tipificação é do fisco, que deve colher elementos que permitam atribuir a conduta do contribuinte naqueles conceitos.

De fato, a exclusão do Simples com fundamento no art. 29, VII, da LC 123/06², exige mais do que a mera existência de Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias, uma vez que não basta o fisco demonstrar que localizou “mercadorias importadas sem nota no estabelecimento”, devendo ainda, sob pena de ilegitimidade do ato, identificar quais são as mercadorias, onde foram apreendidas e em que estado foram localizadas, para somente a partir daí definir se houve ou não a materialidade da situação impeditiva.

Da análise dos autos, notadamente do quadro que resume o que foi apreendido (copiado a seguir), entendo que há sim elementos suficientes para afirmar que o contribuinte de fato pretendeu vender mercadorias trazidas pelo Brasil de forma irregular.

² Nota-se, nesse ponto, que a constitucionalidade do artigo 29, VII, da LC 123/2006, é no mínimo duvidosa, uma vez que faz remissão a tipificações penais (crimes), cuja competência para qualificação é exclusiva do Poder Judiciário. No entanto, o presente julgador não tem poderes para afastar a norma por inconstitucionalidade, conforme Súmula CARF n. 2, razão pela qual não resta outra alternativa senão analisar, sob juízo pessoal, se a conduta do contribuinte de fato se enquadra ou não no conceito criminal de descaminho ou contrabando.

RELAÇÃO DE MERCADORIAS						
NCM	Descrição	Marca/Modelo/Nº Série	Un	Quant	Vir(US\$)	Vir Total(US\$)
33079000	ARTIGO DE TOUCADOR BASE EM BASTÃO		UN	30	1,00	30,00
42022900	BOLSA C/ IND LOUIS VUITTON C/ IND FALSIFICAÇÃO		UN	11	25,00	275,00
42022900	BOLSA C/ IND CALVIN KLEIN C/ IND FALSIFICAÇÃO		UN	1	25,00	25,00
42022900	BOLSA C/ IND BETTY BOOP C/ IND FALSIFICAÇÃO		UN	1	20,00	20,00
65059000	CHAPÉU		UN	5	1,00	5,00
33049990	ESTOJO DE MAQUIAGEM HALET BLUSH		UN	1	1,00	1,00
33042010	LAPIS DE MAQUIAGEM		UN	4	0,20	0,80
33030010	PERFUME PACOMA 100ML		UN	1	8,00	8,00
33030010	PERFUME ENZO ROSSI WONDERS 100ML		UN	1	6,00	6,00
33030010	PERFUME GORGEOUS 100ML		UN	1	5,00	5,00
33030010	PERFUME CHALLENGE 100ML		UN	1	5,00	5,00
33030010	PERFUME 123 100ML		UN	1	5,00	5,00
91021900	RELOGIO DE PULSO DIVERSOS S/ SELO IPI		UN	59	3,00	177,00
05079000	UNHA POSTICA		UN	81	0,50	40,50
Total de Itens: 14		Dolar Fiscal 2,3362	Total das Mercadorias R\$: 1.409,43		US\$: 603,30	

Como se percebe, há dezenas de perfumes e inclusive materiais falsificados, tudo localizado na posse e estabelecimento da empresa, fatos estes que realmente proíbem que o contribuinte se valha do Simples, nos termos da lei.

Quanto ao princípio da insignificância, vale lembrar que ele não tem aplicação, conforme Súmula 599 do STJ: “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”.

Conclusão

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli