



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10525.720099/2015-99
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.855 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 08 de março de 2022
Recorrente BA BOLICHE LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

A exclusão de ofício da pessoa jurídica que recolher tributos na forma do Simples Nacional dar-se-á quando comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês em que incorridas as condutas.

em que incorridas as condutas.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

A fixação dos parâmetros do princípio da insignificância em matéria penal é função própria do Poder Judiciário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Márcio Avito Ribeiro Faria, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

Ato Declaratório Executivo

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/Passo Fundo/RS nº10, de 29.06.2015, com efeitos a partir de 01.08.2014, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fl. 32:

O CHEFE SUBSTITUTO DA SEÇÃO DE ORIENTAÇÃO E ANÁLISE TRIBUTÁRIA DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM PASSO FUNDO (RS), no uso das atribuições que lhe conferem o art. 302, II, da Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, combinado com o artigo 2º da Portaria de Delegação de Competência DRF/PFO/Gabinete nº 15, de 23 de julho de 2012, e tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, declara:

Art. 1º A empresa BA BOLICHE LTDA - ME, CNPJ nº 08.857.145/0001- 15, excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, visto que incorreu na conduta vedada prevista no inciso VII do artigo 29, da Lei Complementar nº 123/2006, conforme apurado no processo nº 10525.720099/2015-99.

Art. 2º A exclusão, em conformidade com o § 1º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, produzirá efeitos a partir de 01/08/2014, vedada nova opção pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Art. 3º É facultada à pessoa jurídica, no prazo de 30 (trinta dias), contado da ciência deste, apresentar, junto à Delegacia da Receita Federal em Passo Fundo/RS ou Agência de sua circunscrição, manifestação de inconformidade contra esse Ato Declaratório. Cumpre ressaltar que a competência para julgamento da referida manifestação é da Delegacia de Receita Federal do Brasil de Julgamento.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 5ª Turma DRJ/SPO/SP nº 16-79.508, de 23.08.2017, e-fls. 68-78:

EXCLUSÃO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIA OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

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.

EXCLUSÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

A comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho é infração que se apura independentemente do valor das mercadorias comercializadas, não cabendo, portanto, a aplicação do juízo de significância do valor das mesmas para a configuração da infração e suas conseqüências.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. EFEITO SUSPENSIVO.

A manifestação de inconformidade interposta em âmbito federal contra exclusão do Simples Nacional se enquadra no conceito de recurso administrativo admissível pelas leis reguladoras do processo tributário administrativo a que se refere o inc. III do art. 151 do CTN. Contudo, na hipótese de confirmação da exclusão por decisão administrativa definitiva, a referida exclusão produzirá efeitos a partir do mês consignado no Ato Declaratório Executivo.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 30.01.2018, e-fl. 85, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 21.02.2018, e-fls. 91-100, esclarecendo que a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

2. Do Mérito**2.1. Desproporcionalidade da Pena Aplicada - Inocorrência de Comprovação da Comercialização - Atipicidade**

Conforme é de conhecimento deste órgão, até porque vinculado ao processo, quando se fez a apreensão, bem como após tal fato, quando se estipulou o valor dos impostos que porventura tinham sido deixados de ser recolhidos pelo impugnante, se alcançou o valor de R\$ 508,00 (quinhentos e oito reais).

Exatamente, apenas R\$ 508,00.

Isso porque, o total do valor das mercadorias apreendidas foi de R\$ 1.016,00 (um mil e dezesseis reais).

E por conta de tal situação, ínfima e mínima, decidiu-se por penalizar a impugnante com a exclusão do Simples Nacional, por entender que houve o crime de descaminho.

De plano já se verifica errônea a pena aplicada, já que amparada em mera suposição criminal. Não se pode a Administração Fazendária se imiscuir na condição de órgão penal julgador e definir crimes e aplicar sanções criminais. E no caso concreto, esse foi o procedimento tomado.

Não havendo comprovação de fato criminoso, não pode haver qualquer tipo de sanção, inclusive na seara administrativa. Isso sem falar na impossibilidade de responsabilização criminal por pessoa jurídica, como entendeu essa nobre agência, já que ampara decisão administrativa em suposição criminal.

E o artigo em que amparou a decisão - Art. 29, VII, LC 123/06 - é muito claro ao afirmar que pode ser excluída do Simples Nacional a empresa que comercializar mercadorias objeto de contrabando e descaminho.

Mas baseado em que processo penal foi confirmado o descaminho? Tendo aspecto penal, não se pode amparar qualquer penalização administrativa, baseada em meras suposições e conclusões administrativas, sem a existência de processo apto a configurar tal afirmação.

Mas muito mais importante que isso, a desproporcionalidade entre o fato narrado e a pena aplicada.

Como dito acima, uma conduta que gerou uma multa de R\$ 508,00.

Multa ínfima, como também dito, o que também é reconhecido pelo Ministério da Fazenda, que editou a Portaria 75/2012, segundo a qual, em seu inciso II, do art. 1º, o Ministro da Fazenda determinou o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Vale dizer, para a Justiça Federal, o valor limite que ainda se considera como insignificante aos olhos da Justiça, é R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), 40 (QUARENTA) VEZES O VALOR DA MULTA APLICADO NO CASO CONCRETO.

Assim, evidentemente desproporcional e, por consequência, inconstitucional a aplicação da pena de exclusão da impugnante do Simples Nacional, por conta de ter cometido infração que, de multa, deveria pagar o valor de R\$ 508,00 (quinhentos e oito reais).

Importante destacar que a proporcionalidade é um princípio intimamente ligado com a noção de Justiça. E verificando, no caso concreto, desproporcionalidade na situação entende-se também que a Justiça está sendo afastada. [...]

Na seara administrativa, a proporcionalidade é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais.

Em sua faceta material (substantive *due process*), "(...) a cláusula do devido processo legal compreende os postulados de direito material (.f, e envolve também a atuação proporcional e razoável da Administração Tributária. [...]

E no caso concreto, conforme acima destacado, há flagrante desproporcionalidade entre a situação narrada e a pena aplicada. Tanto há desproporcionalidade, que se mantida a decisão, não se sabe quanto tempo ainda restará em pé e funcionando a empresa, acreditando sim que o fim se aproxima a passos largos, diante das dificuldades que terão com a troca a alteração de seu enquadramento tributário e a forma de seu pagamento dos tributos.

Ressalte-se de que configura afronta ao contraditório e à ampla defesa a não atribuição de efeito suspensivo ao termo de exclusão, enquanto não for definitivamente julgado na esfera administrativa. Em outras palavras, o termo de exclusão do Simples Nacional não pode produzir efeito antes de assegurada a prévia manifestação do contribuinte e definitivamente apreciadas na instância administrativa todas as matérias de defesa apresentadas nesta impugnação.

E mais, afigura-se especialmente relevante que sejam criteriosamente observados, pela autoridade administrativa julgadora competente, os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação do *substantive due process*. Não basta, assim, o simples preenchimento de algumas formalidades processuais para a validade do ato de exclusão, eis que no âmbito administrativo está em jogo, principalmente, a verdade material, a lealdade e a boa-fé (tanto da administração pública quanto do contribuinte), de modo que a exclusão de ofício do "pequeno empresário" do Simples Nacional deve ser razoável, adequada, necessária e estritamente proporcional ao atendimento do interesse público.

As causas legais de exclusão de ofício do Simples Nacional devem ser interpretadas de forma sumariamente restritiva, em obediência ao princípio da estrita legalidade (tipicidade), na medida em que impõe severa penalidade e produz danosos efeitos ao contribuinte optante.

Depois, salvo outro entendimento, a documentação excludente, per se, não é suficiente para a caracterização da hipótese prevista no artigo 29, VII, da Lei do Simples, porquanto o perdimento sem a prova viva da comercialização impedem tal gravosa pena. [...]

2.2 Gravidade à Ordem Econômica e Social - Empregos e Geração de Renda
Excelências, também a Ordem Econômica e Social serão abaladas em caso de improcedência do presente Recurso Voluntário.

A empresa Recorrente é um estabelecimento conhecido no Município de Erechim, fazendo parte do setor de serviços, cultural e gastronômico da mesma. E dessa forma, produz emprego e traz renda para toda a região.

Nesse sentido, inadvertidamente, pela violência da medida que se está tentando lhe imputar, não haverá outra alternativa econômica que não fechar seu estabelecimento, diante da inviabilidade financeira em manter a empresa senão no modo Simples.

Somente para se ter ideia das dificuldades, a diminuição de tributos se comparado a empresa no Simples à tributação em lucro presumido, por exemplo, a diminuição gira na casa dos 25%, sendo que ainda há o benefício do não pagamento de 20% do INSS, relacionado à contribuição da cota patronal.

Vale dizer, o peso para a empresa Recorrente, já realizados todos os estudos para caso não se consiga reverter o presente Recurso, será o fechamento da mesma, com a redução de pelo menos 16 postos de trabalho diretos e outra centena de empregos indiretos.

Assim, pela situação de política econômica, obviamente amparando-se nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade antes mencionados.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

No que concerne ao pedido conclui que:

3. Dos Requerimentos

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de manutenção da recorrente inscrita o Sistema Tributário do Simples Nacional, determinando-se, se for o caso, o pagamento da multa.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

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.

Delimitação da Lide

Conforme princípio de adstrição do julgador aos limites da lide, a atividade judicante está constricta ao exame do mérito em relação ao Ato Declaratório Executivo DRF/Passo Fundo/RS nº10, de 29.06.2015, com efeitos a partir de 01.08.2014, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fl. 32 (art. 15, art. 141 e art. 492 do Código de Processo Civil, que se aplica supletiva e subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal - Decreto nº 70.235, de 02 de março de 1972).

Nulidade do Ato Declaratório e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos por violação a princípios constitucionais.

O Ato Declaratório foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos.

O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridades fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791292/PE com trânsito em julgado em 28.02.2010, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Neste sentido, devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Por conseguinte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Comercialização de Mercadorias Objeto de Contrabando ou Descaminho.

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal).

Sobre a Matéria o Supremo Tribunal Federal assim se pronunciou

O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4033/DF) (BRASIL, 2010).

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irretratável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 29 e art. 32 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006).

A pessoa jurídica que recolher tributos na forma do Simples Nacional deve ser excluída quando comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes (inciso VII do art. 29 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006).

Até 26.06.2014 a tipificação do contrabando (“importar ou exportar mercadoria proibida”) ou descaminho (“iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto

devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”) pertenciam ao mesmo tipo contido no “caput” do art. 334 do Código Penal. A partir 27.06.2014 quando entrou em vigor a Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014, houve a distinção em dois crimes autônomos “Descaminho Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria [...]. Contrabando Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida [...].”

Em se tratando de descaminho pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria sem o recolhimento integral do tributo devido o bem jurídico tutelado é o controle das importações e exportações em virtude, entre outras, da política econômica.

A fixação dos parâmetros do princípio da insignificância em matéria penal é função própria do Poder Judiciário.

Está registrado na Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional DRF/Passo Fundo/RS, e-fl. 04, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015):

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, tendo sido encerrado o procedimento fiscal aduaneiro na pessoa jurídica BA BOLICHE LTDA, CNPJ nº 08.857.145/0001-15, formalizado no processo administrativo nº 10525.720073/2015-41, por meio do qual foi aplicada a pena de perdimento de mercadorias estrangeiras em razão de configurar dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, caput e §1º), por estarem expostas à venda, depositadas ou em circulação comercial no País, sem prova de sua importação regular. Em face das constatações da fiscalização, após a verificação da ocorrência de fatos que, em tese, configurariam CRIME DE DESCAMINHO, artigo 334, inciso III, do Código Penal do Brasil, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, com representação fiscal para fins penais formalizada no processo administrativo nº 10525.720074/2015- 95, e, sobretudo, constatando a ocorrência da hipótese de exclusão do Simples Nacional prevista no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, formalizo a presente REPRESENTAÇÃO PARA FINS DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

Lei Complementar nº 123, de 2006 Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

VII – comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho; (efeitos: a partir de 01/07/2007)

Os elementos comprobatórios encontram-se anexos à presente representação.

Restou comprovado que houve apreensão de produto estrangeiro sem documentação comprobatória de sua importação regular, caracterizando objeto de contrabando ou descaminho, no estabelecimento comercial da Recorrente, fato que conforma-se com atividade mercantil vedada destes produtos. Desta circunstância ressaí nítida a sua condição de sujeito passivo da obrigação tributária e evidencia o caráter comercial da atividade, independentemente da quantidade de itens e o modo como estão expostos à venda.

A Recorrente não comprova a importação regular dos produtos de procedência estrangeira, conforme restou definitivamente evidenciado no processo nº 10525.720073/2015-41, do qual o presente procedimento de exclusão do Simples Nacional é consequência legal

impositiva, conforme o princípio da legalidade previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e-fls. 08-09:

001- MERCADORIA ESTRANGEIRA SEM DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DE SUA IMPOSTAÇÃO REGULAR

Este Auto de Infração versa sobre a apreensão de mercadorias de origem estrangeira encontradas depositadas e/ou expostas à venda no interior do estabelecimento comercial autuado sem prova de sua regular importação e, conseqüentemente, sem o pagamento dos tributos federais incidentes nesta operação.

A autuação teve início no dia 19/08/2014, no município de Erechim/RS, quando a Vigilância Sanitária e Ambiental em Saúde do município de Erechim/RS efetuou a apreensão de mercadorias com indícios de serem de origem estrangeira desacompanhadas da devida documentação, por intermédio do Auto de Apreensão n.º 00263 e 00264, emitidos na mesma data.

Posteriormente, as mercadorias foram encaminhadas a esta Delegacia da Receita Federal, conforme Termo de Entrega, emitido pelo(a) Vigilância Sanitária e Ambiental em Saúde do município de Erechim/RS em 02/10/2014. Ao examiná-las constatamos que são estrangeiras, considerando as indicações de origem constantes nas embalagens e estavam desacompanhadas de documentação comprobatória de sua introdução regular no país.

No curso da análise do presente processo, o autuado foi intimado para apresentar documentos e prestar esclarecimentos, por meio do Termo de Intimação n.º 217/2014. Em resposta, o contribuinte alegou que as bebidas são de origem estrangeira, foram introduzidas no país como bagagem acompanhada de viajante (sem indicar quais pessoas realizaram estas viagens), e que não possui documentos comprobatórios destas importações.

A legislação claramente determina que as pessoas físicas somente poderão importar mercadorias para uso próprio e utilização fora do comércio, conforme art. 44, § 1º da Instrução Normativa da RFB n.º 1.059, de 02 de agosto de 2010:

IN RFB n.º 1059/2010 Art. 44.

(...)

§ 10 As pessoas físicas somente poderão importar mercadorias para uso próprio e utilização fora do comércio, nos termos do art. 8º, § 1º, IV da Lei n.º 2.145, de 29 de dezembro de 1953, e do art. 161 do Decreto 11.º 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, com a redação dada pelo art. 1º do Decreto n.º 7.213, de 15 de junho de 2010. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFR. n.º 1385, de 15 de agosto de 2013)

No caso em tela, fica evidente a utilização comercial das mercadorias, tendo em vista que as mesmas foram encontradas no interior do estabelecimento comercial expostas à venda e/ou depositadas. Portanto, tendo em vista a finalidade das bebidas, estas não poderiam ter sido importadas como bagagem acompanhada de viajantes.

Ademais, a empresa autuada, BA BOLICHE LTDA, CNPJ n.º 08.857.145/0001-15, não possui habilitação junto à Receita Federal do Brasil para realizar qualquer operação de importação.

Por conseguinte, descumpridas as exigências legais, o fato de ter sido flagrado com mercadorias de procedência estrangeira, depositadas e/ou expostas à venda em estabelecimento comercial, aliado a ausência de prova de sua importação regular, configuram dano ao Erário, sujeitando os bens à aplicação da pena de perdimento.

Desta forma, procede-se à formalização do presente Auto de Infração, com proposta de pena de perdimento das mercadorias em questão, com base no artigo 105,

inciso X, do Decreto-Lei n.º 37, de 19: , e artigo 23, inciso IV e § 1º, do Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, regulamentados r irt 689, inciso X, do Decreto n' 6.759, de 2009:

Decreto-Lei n.º 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;

Decreto-Lei n.º 1.455/1976 Art. 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas "a" e "b" do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-Lei número 37, de 18 de novembro de 1966.

(...)

§ 10 O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. (Incluído pela Lei n.º 10.637, de 30.12.2002)

Decreto n.º 6.759/2009 Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei n.º 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei n' 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;

A valoração dos bens foi efetuada conforme o disposto no art. 87 do Decreto n.º 6.759, de 2009.

Valor estimado de impostos federais

Com base no artigo 65 da Lei n.º 10.833, de 29 de março de 2003, o cálculo do valor estimado do Imposto de Importação e do Imposto sobre Produtos Industrializados que seriam devidos no processo regular de importação, para efeitos de formalização de processo administrativo fiscal e representação fiscal para fins penais, é apurado mediante a aplicação da alíquota de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor das mercadorias constantes da relação de mercadorias, em anexo.

Assim, para o presente processo apuramos o valor dos impostos em R\$ 508,00.

Enquadramento Legal

- art. 87, inc. I da Lei n' 4.502/64; arts. 44, 49, 94, 95, 96, inciso II, 105, X, e 171 do Decreto-Lei n.º 37/66; arts. 23, 24, 25, e 27 do Decreto-Lei n.º 1.455/76, regulamentados pelos arts. 87, 155, 161, 673, 674, 675, 689, 690, 701 e 774, do Decreto n.º 6759/09; IN RFB n.º 1.059/2010.

O conjunto probatório produzido nos autos corrobora a conduta da Recorrente de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, quais sejam, produtos de procedência estrangeira sem comprovação de importação regular, os quais foram objeto de pena de perdimento com decisão definitiva formalizada no contexto do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (inciso LV do art. 5º da Constituição Federal). Por esta razão, diferente do seu entendimento, não há que se falar em transferência da responsabilidade de fiscalizar a regularidade da importação de produto estrangeiro, já que no processo n.º 10525.720073/2015-41 a matéria foi analisada pelas autoridades fiscais competentes para este

mister (art. 142 do Código Tributário Nacional). Ficou evidenciada de forma definitiva assim a infração à legislação tributária que enseja a exclusão do Simples Nacional.

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados, nos termos do art. 145 e art. 147 do Código Tributário Nacional, bem como art. 15, art. 16 e art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, que estabelecem critérios de adoção do princípio da verdade material. O procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

Por conseguinte, o Ato Declaratório Executivo DRF/Passo Fundo/RS n.º 10, de 29.06.2015, com efeitos a partir de 01.08.2014, e-fl. 32, deve ser mantido, já que a exclusão do Simples Nacional dá-se de ofício mediante ato administrativo quando a pessoa jurídica optante comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, circunstância esta evidenciada pelo acervo fático-probatório produzido nos autos.

Declaração de Concordância

Consta no Acórdão da 5ª Turma DRJ/SPO/SP n.º 16-79.508, de 23.08.2017, e-fls. 68-78, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015):

Pelo ADE DRF/PFO N.º 010, de 29 de junho de 2015 (fls. 33), objeto do presente processo, o contribuinte foi excluído do Simples Nacional tendo como fundamento o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de mercadorias (cópia às fls. 07 a 10, extraída do PA n.º 10525.720073/2015-41) que, por sua vez, versa sobre a apreensão de mercadorias de origem estrangeira encontradas depositadas e/ou expostas à venda no interior do estabelecimento comercial autuado sem prova de sua regular importação e, conseqüentemente, sem o pagamento dos tributos federais incidentes nesta operação.

A recorrente alega que o ato de exclusão esta amparado em mera suposição criminal, reclama que a penalidade aplicada (exclusão do simples nacional) é desproporcional à multa exigida no auto de infração relativo às mercadorias apreendidas (R\$ 508,00).

Inicialmente vale destacar que, em relação ao regime tributário conhecido como Simples Nacional, a competência da Receita Federal do Brasil (RFB), que abrange expedir atos de exclusão, está expressa no artigo 33 da Lei Complementar 123, de 2006, combinado com artigos precedentes [...].

Como se vê, pela legislação acima transcrita, compete à RFB e demais entes federativos fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias das empresas optantes pelo Simples Nacional. Evidente, essa competência inclui verificar (e tomar as devidas providências) no caso de os optantes incidirem nos critérios de vedação (ou de exclusão) previstos pela lei.

A Resolução CGSN N.º 94, de 2011, ao regulamentar a citada lei, reafirma a competência legal da RFB. [...]

Dessa forma, o ato administrativo (ADE) expedido pela autoridade tributária da DRF/PFO obedece ao princípio da legalidade, vez que encontra amparo legal em sentido estrito. O ato oportuniza a ampla defesa, visto que resta clara a motivação (comercialização de produtos estrangeiros objeto de descaminho ou contrabando), além de conferir prazo para contestação.

Cabe esclarecer que a atividade do fisco é pautada pelo princípio da estrita legalidade, não havendo nenhuma margem de discricionariedade na análise da situação do contribuinte. Os requisitos para ingresso no Simples Nacional estão previstos na legislação de maneira totalmente objetiva.

Sobre a exclusão do Simples Nacional no caso vertente, a matéria é regida pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (art. 29) e regulamentada pela Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011, [...].

Como se observa, pela leitura dos dispositivos acima transcritos, a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho enseja a exclusão do Simples Nacional com efeitos a partir do mês da ocorrência do evento. Além disso, aplica-se a penalidade do impedimento ao Simples Nacional por três anos consecutivos.

Trata-se portanto de infração de mera conduta, em que o valor das operações envolvidas não modifica a infração cometida, basta a constatação da existência em estabelecimento comercial de mercadoria estrangeira introduzida no mercado nacional de forma irregular (contrabando ou descaminho), para restar configurada a infração que implica a exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL.

Reproduzo a seguir parte dos fatos relatados pelo AFRFB responsável pelo procedimento fiscal, [...].

Como se vê, no caso concreto a fiscalização aduaneira lavrou Auto de Infração com apreensão de mercadorias, após constatação de que havia no estabelecimento da empresa mercadorias de procedência estrangeira (bebidas) não acobertada por documentação fiscal que comprovasse a sua regular importação.

Os termos do mencionado auto de infração não foram contestados, tanto que a autoridade aduaneira decretou a pena de perdimento da mercadoria após a constatação da revelia. Assim, não cabe mais recurso na esfera administrativa.

Sendo assim, nos autos próprios (sob nº 10525.720073/2015-41), em instância própria (formalmente prevista como única e a cargo do Ministro da Fazenda, segundo o art. 27, § 4º, do Decreto-Lei nº 1.455, de 1976), consolidou-se, juridicamente, o fato de o presente contribuinte vir a comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

No tocante à jurisprudência do Poder Judiciário colacionada pela defesa, relembre-se que a sentença judicial possui efeitos inter partes, sem atingir terceiros não envolvidos no caso concreto, conforme se infere dos arts. 468 e 472 do Código de Processo Civil (CPC), instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973:

“Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”

“Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.”

Assim, como o contribuinte não é parte nos processos judiciais citados, a decisão não lhe é aplicável.

Por fim, no que diz respeito ao efeito suspensivo, nos termos do Processo Administrativo Fiscal, o efeito pleno do Ato de Exclusão que se discute somente se materializará após esgotados todos os recursos admitidos, com a materialização de um indeferimento definitivamente julgado.

Cumpre ressaltar, porém, que na hipótese de haver decisão definitiva desfavorável ao interessado, a exclusão produzirá efeitos a partir do mês de agosto de

2014, como consignado no ADE DRE/PFO Nº 010, de 29 de junho de 2015, consoante prevê o § 1º, do art. 29, da LC nº 123/2006.

Boa-fé Objetiva

Em relação ao argumento da Recorrente sobre a boa-fé objetiva tem-se que “a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato” (art. 136 do Código Tributário Nacional). Ressalte-se que a “atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional” (art. 142 do Código Tributário Nacional).

Jurisprudência e Doutrina

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).

Inconstitucionalidade de Lei

Atinente aos princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF nº 2).

Princípio da Legalidade

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 CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo, voto em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva