



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10525.720185/2015-00
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-005.102 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de dezembro de 2020
Recorrente CANTINA FAMILIA GIACOMEL EIRELI - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIA
OBJETO DE DESCAMINHO. CONFIGURAÇÃO.

No caso, a quantidade de bebidas de origem estrangeira cujo ingresso regular no território aduaneiro não foi comprovado, assim como o contexto em que se deu a apreensão das mesmas não deixam margem a dúvida quanto à destinação comercial das mercadorias objeto de descaminho.

Desta forma, configurou-se a hipótese de exclusão do Simples Nacional.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. DESCAMINHO. PROCESSO
PENAL. DESNECESSIDADE.

Trata-se de infração administrativa relativa às hipóteses de fruição do regime simplificado e privilegiado de tributação para micro e pequenas empresas. Desta forma, não há necessidade de configuração de conduta penal típica ou qualquer prejudicialidade em relação a um eventual processo penal por crime de descaminho

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

Trata-se de ato administrativo de exclusão do Simples Nacional. O ato é vinculado e não é lícito à autoridade administrativa - lançadora ou julgadora - deixar de aplicar norma legal cogente em razão de alegações de cunho principiológico.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Leticia Domingues Costa Braga, Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente). Ausente o conselheiro Itamar Artur Magalhães Alves Ruga.

Relatório

Trata o presente feito do Ato Declaratório Executivo DRF/PFO Nº 026, de 11 de novembro de 2015, por meio do qual a autoridade administrativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB excluiu a contribuinte em epígrafe do sistema simplificado de tributação das micro e pequenas empresas de que cuida a Lei Complementar nº 123/2006 (Simples Nacional) com efeitos a partir de 01/08/2014 em razão da comercialização de mercadorias objeto de descaminho.

O ato administrativo de exclusão foi motivado pela Representação Fiscal (fls. 02), por meio da qual a autoridade fiscal relatou a aplicação da pena de perdimento de mercadorias estrangeiras *por estarem expostas à venda, depositadas ou em circulação comercial no país, sem prova de sua importação regular*.

As mercadorias em questão foram apreendidas no estabelecimento comercial da contribuinte pela Vigilância Sanitária e Ambiental em Saúde da Prefeitura Municipal de Erechim. Sirvo-me do relato que consta no auto de infração nº 1010400/026/2015 para sintetizar a situação fática, conforme a autoridade fiscal:

001 - MERCADORIA ESTRANGEIRA SEM DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DE SUA IMPORTAÇÃO 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 18/08/2014, 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 nº 257, 258, 259 e 260, 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 nº 216/2014. Em resposta, o contribuinte alegou que as bebidas são de origem estrangeira, foram introduzidas no país como bagagem acompanhada de viajantes, e que não possui documentos comprobatórios destas importações.

A atuação foi impugnada pela contribuinte. Peço licença para reproduzir a síntese elaborada pela autoridade fiscal no Despacho Decisório de fls. 19/24:

Tendo sido dada ciência ao contribuinte da presente autuação em 07/05/2015 (fl. 24), o mesmo apresentou impugnação tempestiva de fls. 25/28, alegando, em apertada síntese, que:

- a) não cometeram a infração que ensejou a aplicação da multa do imposto comercialização de produtos importados;
- b) parte dos produtos faziam parte da decoração da cantina e possuíam finalidade decorativa;
- c) parte das garrafas apreendidas são antigas, raras e muitas delas presenteadas por clientes, ao longo dos anos, fazendo parte do acerto da coleção pessoal da família, motivo suficiente para não serem comercializadas;
- d) concorda com o pagamento do valor imputado a razão de R\$ 5.701,50, requerendo o seu parcelamento.

A impugnação da contribuinte ao auto de perdimento das mercadorias foi julgada improcedente conforme Despacho Decisório retrocitado. Reproduzo parte da fundamentação:

Dentre outros, o fracionamento do conteúdo do disposto no inciso X do art. 689 do Decreto nº 6.759, de 2009, revela que o mesmo possui três pressupostos para a sua incidência, a saber:

- ser a mercadoria estrangeira;
- exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País;
- não for feita prova de sua importação regular.

Nenhum dos três pontos acima suscitados oferece a menor dificuldade no presente caso, tendo sido suficientemente demonstrado na autuação que a mercadoria era de procedência estrangeira, que se encontrava à venda, depositada ou em circulação comercial no País e que não há prova de sua regular importação.

Por outro lado, a legislação não prevê o recolhimento, a destempo, dos tributos devidos no caso de importação irregular, a fim de evitar a aplicação da pena de perdimento.

Assim, os argumentos apresentados pelo contribuinte acabaram por não descaracterizar a sua responsabilidade na prática do ilícito, tendo sido comprovada a irregular introdução do bem no País, devendo, por isto, ser julgada improcedente a impugnação do contribuinte e dada a pena de perdimento das mercadorias constantes do presente processo.

A contribuinte insurgiu-se contra o ato de exclusão do Simples Nacional e apresentou manifestação de inconformidade. As alegações lançadas pela contribuinte foram sintetizadas pela autoridade julgadora de piso nos seguintes termos:

Cientificado do ADE em 16/11/2015, o contribuinte apresentou em 04/12/2015, por intermédio de procurador regularmente constituído (instrumento de mandato de fl. 44), a manifestação de inconformidade de fls. 35 a 43, da qual destaca-se o seguinte:

(...)

2.1. Desproporcionalidade da Pena Aplicada

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\$ 5.700,00 (cinco mil e setecentos reais).

Isso porque, o total do valor das mercadorias apreendidas foi de R\$ 11.403,00 (onze mil quatrocentos e três 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, I, C 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..

(...)

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.

É o que entende o TRF4 em hipótese semelhante:

TRIBUTÁRIO. SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO MOTIVADA EM PROCEDIMENTO DE PERDIMENTO DE MERCADORIAS APREENDIDAS. ARTIGO 29, VII, DA LC 123/2006. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE INCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DE EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE PROVA CONTUNDENTE. INVALIDADE DA EXCLUSÃO. 1. O artigo 29, VII, da LC nº 123/2009 prevê a pena de exclusão do Simples Nacional quando verificada a comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho. 2. O mero de fato de que houve o perdimento de bens - que, frise-se, deu-se pela falta de insurgência pela autora - não é suficiente para caracterizar a hipótese de exclusão prevista no inciso VII do artigo 29 da Lei do Simples Nacional, porquanto a comercialização de produtos não pode ser presumida. O simples ingresso irregular não é motivo legítimo. 3. Apelação julgada improcedente para manter a sentença que determinou a anulação do ato de exclusão motivado exclusivamente no perdimento de mercadorias.

Do aresto acima colacionado, se colhe a judiciosa lição, a qual se transcreve:

(...)

Em primeiro lugar, porque a causa jurídica para a decretação da exclusão do regime do SIMPLES nacional, diferentemente do perdimento - em que basta o silêncio do contribuinte - deve ser a constatação da prática do ilícito de contrabando ou descaminho. Ocorre que, embora se possa justificar a perda de mercadorias pela inação do contribuinte, a presunção decorrente do silêncio não se presta a justificar a exclusão do regime tributário. Em casos tais, é imprescindível que a administração demonstre 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 se pode aplicar pela constatação de ilicitude, não de inação.

Veja-se que, ao intimar de uma apreensão que pode levar à perda das mercadorias, 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. Algo extremamente diferente é escolher entre a conveniência de se manter ou não em um regime tributário. 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 - cometimento de crimes. Para isso, deve, necessariamente, oportunizar de forma clara a atuação do imputado em sua própria defesa e trazer evidências claras da prática ilícita. Não foi o que aconteceu no presente caso.

É que, da leitura dos atos administrativos praticados no procedimento n.º 1092.004981/2009-82, vê-se que toda a fundamentação da Receita Federal do Brasil está embasada em um "fato" consolidado: o de que o perdimento da mercadoria seria prova bastante a caracterizar a prática de contrabando ou descaminho. Ora, deixar de apresentar documentação comprobatória de internalização de bens é conduta materialmente diversa de internalizar irregularmente produtos ou bens. Embora a primeira conduta possa servir de indício da segunda, somente a demonstração da internalização irregular é que poderia justificar a decisão administrativa.

Tudo isso, somado à presunção de veracidade da aderência da nota fiscal com os bens apreendidos, fica claro que o motivo determinante do ato administrativo de exclusão da autora do regime do SIMPLES nacional não existe, o que necessariamente leva à procedência do pedido de invalidação dessa exclusão, com consequente supressão de todos os atos administrativos dela derivados.

Diante disso é que se impugna a decisão atacada, em todos os seus aspectos, requerendo sua desconstituição e alteração por outra, como o pagamento da multa aplicada e a manutenção da recorrente inscrita o Sistema Tributário do Simples Nacional.

A manifestação de inconformidade foi julgada improcedente. O Acórdão nº 16-79.509 da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo – DRJ/SPO recebeu a seguinte ementa:

Assunto: Simples Nacional

Data do fato gerador: 01/08/2014

Ementa: 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 consequências.

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

Sem Crédito em Litígio

Inconformada com a decisão de primeira instância, a contribuinte interpôs recurso voluntário. Na peça recursal, em síntese, reeditou as alegações lançadas na manifestação de inconformidade.

Era o que havia a relatar.

Voto

Conselheiro Carlos André Soares Nogueira, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Conforme visto, trata-se de exclusão de ofício do Simples Nacional em razão da comercialização de mercadorias (bebidas) objeto de descaminho.

Esta Turma tem assentado o entendimento de que, nestes casos, é preciso verificar não apenas a configuração da hipótese de introdução irregular das mercadorias no território aduaneiro, mas da comercialização das mesmas, de acordo com a dicção do artigo 29, VII, da Lei Complementar nº 123/2006:

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

[...]

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

[...] – grifei.

A lógica da vedação é evidente. A comercialização de mercadorias objeto de descaminho, que não se submete aos controles (como o fitossanitário) e à carga tributária inerente à atividade comercial pátria, traz evidente vantagem competitiva ilícita que prejudica bens jurídicos de estatura constitucional, a começar pelo dever de pagar tributos e pela própria

livre concorrência, que é inerente à livre iniciativa. Portanto, a norma legal complementar que rege o Simples Nacional previne que usufrua do regime tributário simplificado e privilegiado aquele que incorra nessa atividade ilícita.

No caso sob análise, tenho que a situação fática está bem configurada, conforme descrição feita nos termos de apreensão lavrados pela Vigilância Sanitária do Município de Erechim e no auto de infração da RFB. Foram dezenas de garrafas de bebidas de origem estrangeiras expostas no estabelecimento comercial cuja atividade econômica (restaurante) inclui a comercialização de tais bebidas.

A quantidade de bebidas e o contexto em que foram apreendidas não deixam margem a dúvida quanto à destinação comercial das mesmas.

Também é oportuno registrar que trata-se de infração administrativa aos requisitos para a fruição do regime simplificado e privilegiado de tributação das micro e pequenas empresas. Desta forma, não se está aqui a tratar do aspecto penal da conduta do descaminho. Não há, destarte, necessidade de configuração de conduta penal típica ou qualquer prejudicialidade em relação a um eventual processo penal por crime de descaminho.

Nesta esteira, impende ressaltar que descabe a aplicação do princípio da insignificância reclamado pela recorrente. A uma, porque o ato administrativo de exclusão é vinculado, não sendo lícito à autoridade administrativa – lançadora ou julgadora – deixar de aplicar a norma legal em razão de considerações de cunho principiológico. A duas, porque o princípio da insignificância é atinente ao direito penal e descabe aplicá-lo na presente situação, que versa sobre as vedações para a fruição de regime tributário simplificado e privilegiado. Afinal, não custa lembrar que, ao ser excluída do Simples Nacional, a contribuinte deverá apurar os tributos conforme as normas relativas às demais empresas e apurar tributo não é pena!

Para ilustrar a posição desta Turma sobre a matéria, trago à colação os seguintes precedentes:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

HIPÓTESE DE EXCLUSÃO DE OFÍCIO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. COMPROVAÇÃO.

Na espécie, considero que foi comprovada além de qualquer dúvida razoável a hipótese de exclusão de ofício do Simples Nacional devido à comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

O ato de exclusão de ofício é vinculado e não é dado à autoridade administrativa deixar de aplicar a norma cogente em razão de considerações de cunho principiológico.

SIMPLES NACIONAL. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.

A opção pelo Simples Nacional pode ser revista pela Administração Tributária dentro do prazo decadencial. No caso de comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho, a exclusão deve produzir efeitos desde o mês em que constatada a infração. (Acórdão CARF nº 1401-004.566, de 10/08/2020)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. JULGADOR ADMINISTRATIVO. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA NORMA LEGAL OU ABRANDAMENTO DOS EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS. IMPOSSIBILIDADE.

O CARF não é competente para se pronunciar acerca de eventual inconstitucionalidade de norma legal, bem como para deixar de aplica-la ou abrandar os efeitos jurídicos próprios em razão de alegações de cunho principiológico, quando não houver possibilidade de graduação positivada pelo legislador.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

CONTRABANDO OU DESCAMINHO. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PRÁTICA REITERADA.

Uma vez que foi constatada a existência de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho no estabelecimento da contribuinte com a finalidade de comercialização, desnecessário comprovar que se trate de prática reiterada para a configuração da hipótese de exclusão do Simples Nacional.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. CONTRABANDO OU DESCAMINHO. EFEITOS RETROATIVOS.

No caso de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, a exclusão de ofício deve retroagir até o mês em que foi constatada a infração.

APURAÇÃO DE TRIBUTOS E CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS APÓS A EXCLUSÃO. ALEGAÇÕES EM TESE.

Descabe qualquer pronunciamento do julgador de segunda instância acerca de alegações EM TESE sobre eventual homologação tácita de atos que teriam sido praticados após a exclusão de ofício. A fiscalização de tais atos é de competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB. (Acórdão CARF nº 1401-004.781, de 15/09/2020)

Considerando o exposto e que a contribuinte limitou-se a reeditar no recurso voluntário as alegações lançadas na manifestação de inconformidade, não vejo razão para a reforma da decisão de piso, que deve ser mantida por suas próprias e bem colocadas razões, que adoto e transcrevo:

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, aqui reproduzida no trecho pertinente:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando: (efeitos: a partir de 01/07/2007)

I – verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

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

(...)Resolução 94/2011:

Art. 76 A exclusão de ofício da ME ou EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e §1º)

(...)

f) comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

(...)

§ 2º O prazo de que trata o inciso IV do caput será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro

(...) (original sem grifos)

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, in litteris:

(...)

No curso da análise do presente processo, o autuado foi intimado para apresentar documentos e prestar esclarecimentos, por meio do Termo de Intimação nº 216/2014. Em resposta, o contribuinte alegou que as bebidas são de origem estrangeira, foram introduzidas no país como bagagem acompanhada de viajantegens), 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 nº 1.059, de 02 de agosto de 2010:

IN RFB nº 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 nº 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 nº 7.213, de 15 de junho de 2010. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFR. nº 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, CANTINA FAMÍLIA GIACOMEL EIRELI, CNPJ nº 04.045.973/0001-06, 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.

(original sem grifos)

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.

A impugnação apresentada foi julgada improcedente com a imputação da pena de perdimento da mercadoria.

Sendo assim, nos autos próprios (sob nº 10525.720075/2015-30), 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.

Cumpra 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 DRF/PFO Nº 026, de 11 de novembro 2015, consoante prevê o § 1º, do art. 29, da LC nº 123/2006.

Conclusão.

Voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira