



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo nº** 10811.000156/2009-46  
**Recurso nº** Voluntário  
**Acórdão nº** 1801-001.361 – 1ª Turma Especial  
**Sessão de** 07 de março de 2013  
**Matéria** SIMPLES NACIONAL  
**Recorrente** BAR JOSELUR DE MIRASSOL LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Exercício: 2009

CIGARRO DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA, SEM DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DA IMPORTAÇÃO REGULAR.

Caracteriza infração às medidas de controle fiscal a posse e circulação de fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de procedência estrangeira, sem documentação comprobatória da importação regular, sendo irrelevante, para tipificar a infração, a propriedade da mercadoria.

**PRODUÇÃO DE PROVAS. ASPECTO TEMPORAL.**

A peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses de defesa e instruída com os todos os documentos em que se fundamentar, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais.

**OPÇÃO. CAUSA IMPEDITIVA LEGAL.**

A legislação expressamente não admite o recolhimento dos tributos na forma do Simples Nacional pela microempresa ou empresa de pequeno porte que comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

**EXCLUSÃO DE OFÍCIO. DEVER FUNCIONAL.**

No caso de a pessoa jurídica optante incorrer em hipótese legal de vedação e não comunicar espontaneamente o fato, há exclusão de ofício mediante emissão do termo pela autoridade competente, sob pena de responsabilidade funcional.

**EFEITOS.**

A exclusão de ofício é efetivada a partir do próprio mês em que incorrida a situação excludente, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes, no caso em que

restar configurada a comercialização mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

#### DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA.

Somente devem ser observados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para os quais a lei atribua eficácia normativa.

#### INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora. Ausente momentaneamente o Conselheiro João Carlos de Figueiredo Neto.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes - Presidente

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Relatora

Composição do Colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Maria de Lourdes Ramirez, Ana Clarissa Masuko dos Santos, Carmen Ferreira Saraiva, João Carlos de Figueiredo Neto e Luiz Guilherme de Medeiros Ferreira e Ana de Barros Fernandes.

## Relatório

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 mediante o Ato Declaratório Executivo DRF/SJR/SP nº 22, de 22.04.2009, com efeitos a partir de 01.07.2008, tendo em vista a constatação de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, fl. 25 (inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006). Restou evidenciado que sessenta e seis maços de cigarros das marcas Eight, Yes e Record de procedência do Paraguai foram encontrados no interior do estabelecimento comercial sem prova de introdução regular no País.

O procedimento de ofício é decorrente do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0810700/04898/09, de 26.03.2009, lavrado contra a Recorrente por violação das medidas de controle fiscal relativas a fumo, cigarro, charuto de procedência estrangeira combinado com o perdimento de mercadoria, pelo porte e comercialização de tais produtos em seu estabelecimento formalizado no processo nº 10811.000153/2009-11, que se encontra findo na esfera administrativa e cujas cópias constam às fls. 04-18.

Cientificada em 29.04.2009, fl. 26, a Recorrente apresentou a impugnação em 29.05.2009, fls. 27-29, argumentando que

3- Inconformado, vem apresentar fatos e fundamentos, visando a reconsideração do despacho, bem como o efeito suspensivo do recurso, para em julgamento, obter o deferimento do pleito de permanecer no Regime tributário do Simples Nacional nos termos da Lei Complementar 123/2006.

4- Primeiramente vale esclarecer em matéria de fato, que o Recorrente impugna a descrição em todos os processos (10.811.000153/2009-11; 10811.000155/2009-00 e 10811.000156/2009-46) por não constarem de forma precisa a identificação da marca do cigarro apreendido, que por sua vez, trata-se somente da marca YES, utilizada (fumada) pelo sócio da empresa.

5- Tratava de 6 (seis) maços com 10 unidades cada, e mais 01 (um) maço que estava aberto, inclusive no seu bolso (do subscritor) como pode ser averiguado em diligência com o próprio policial que fez a apreensão.

6- O manifesto inconformismo se dá em vários aspectos que para apreciação do recurso se faz necessário explicitar: em primeiro, que a apreensão não deu-se na área de comércio da empresa; segundo, que foi explicado no momento da apreensão e desconsiderado perante as circunstâncias, que tratava de mercadoria para seu consumo e do filho; terceiro, a quantidade é pequena, o que comprova sua utilização para consumo e não para comércio, haja vista, que NÃO COMERCIALIZA ESTE PRODUTO.

7- Tomadas as medidas de cautela por parte do órgão fiscalizador, de apreender a mercadoria e autuar a empresa, leigo no assunto, o representante ficou sem o seu cigarro e a empresa pagou uma multa baseada na fundamentação de legislação ADUANEIRA por importação irregular (artigos 538 a 541 e 621 a 632 do Decreto 4.543/02). Detalhe importante, é que a empresa não praticou importação e sim seu sócio, consumidor do produto.

8- No mesmo esteio, vem o SACAT determinar a exclusão do Regime do Simples fundamentando sua decisão no artigo 29, inciso VII da Lei Complementar 123/2006 que menciona Comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

9- A empresa Recorrente discorda da aplicação da penalidade mencionada, por não ter COMERCIALIZADO mercadoria objeto de contrabando ou descaminho a que menciona o tipo legal mencionado.

10- Em nenhum momento foi cogitada a comercialização, se diligenciado a autoridade policial, poderá esclarecer que a mercadoria não encontrava-se exposta a comércio bem como esclarecido seu destino de consumo pessoal e da família.

11- A punição de exclusão do Regime tributário do Simples Nacional de ofício pela Secretaria da Receita Federal para a Recorrente não deve ser aplicada pelo fato de não haver praticado nenhum dos elementos do tipo consignado no artigo 29, inciso VII da Lc 123/2006, devendo ser apreciação pela autoridade competente como forma de aplicar-se o direito constitucional de defesa sem prejuízo dos demais direitos previstos na Constituição Federal Artigo 5º. Incisos LVII e XXXIX.

12 - Se analisado: a quantidade de mercadoria, tratar-se somente de uma marca, a que utiliza o sócio, por não ser propriedade da empresa Recorrente, por não estar armazenada em área de comércio, e por ultimo e mais importante, POR NÃO

SER OBJETO DE COMERCIO da empresa recorrente, NÃO deve a empresa ser penalizada com a Exclusão do SIMPLES, o que justifica o presente pleito.

Isto posto, requer a reconsideração da decisão SACAT 00279/2009 do processo 10811.000156/2009-46, que excluiu a recorrente do SIMPLES retroativa a Julho de 2008, tornando sem efeito a decisão de exclusão de ofício. Requer a continuidade no regime tributário simplificado até mesmo como meio de sobrevivência das atividades comerciais. Requer ainda o efeito suspensivo do ato declaratório 22/2009 até que se processe o deferimento do presente pedido.

Termos em que

P. Deferimento.

Está registrado como resultado do Acórdão da 2ª TURMA/DRJ/BEL/PA nº 01-24.344, de 28.02.2012, fls. 55-57: "Manifestação de Inconformidade Improcedente".

Restou ementado

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Anocalendário: 2008 [...]

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando, entre outras hipóteses, constatar-se a comercialização de mercadorias objeto de contrabando.

Notificada em 09.04.2012, fl. 58, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 08.05.2012, fls. 60-65, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge e reitera os argumentos apresentados na peça impugnatória. Acrescenta que a penalidade é desproporcional. Em face do exposto, requer o cancelamento do presente processo.

É o Relatório.

## Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Vale ressaltar que a Recorrente indica que devem ser analisados os argumentos apresentados em face dos procedimentos formalizados nos processos nºs 10811.000153/2009-11 (Auto de Infração de II/IPI com Apreensão de Mercadorias) e 10811.000155/2009-00 (Pena de Perdimento de Mercadoria), tais como que a multa de ofício não poderia ter sido aplicada. Entretanto, as matérias tratadas nos referidos autos deveriam ser

ali analisadas e não podem ser avaliadas no presente processo<sup>1</sup>. Além disso, as questões pertinentes estão findas na esfera administrativa, já que esses feitos encontram-se no Arquivo Geral da RFB desde 16.05.2012 e 15.09.2009, respectivamente.

A Recorrente solicita a realização de todos os meios de prova.

Sobre a matéria, vale esclarecer que no presente caso se aplicam as disposições do processo administrativo fiscal que estabelece que a peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses e instruída com os todos documentos em que se fundamentar, precluindo o direito de a Recorrente praticar este ato e apresentar novas razões em outro momento processual, salvo a ocorrência de quaisquer das circunstâncias ali previstas. Embora lhe fossem oferecidas várias oportunidade no curso do processo, a Recorrente não apresentou a comprovação inequívoca de quaisquer fatos que tenham correlação com as situações excepcionadas pela legislação de regência<sup>2</sup>. A realização desses meios probantes é prescindível, uma vez que os elementos probatórios produzidos por meios lícitos constantes nos autos são suficientes para a solução do litígio. A justificativa arguida pela defendant, por essa razão, não se comprova.

A Recorrente se insurge contra o ato de ofício.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido denominado Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) é regulamentado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN). A opção do sujeito passivo deve ser manifestada por meio da internet até o último dia útil do janeiro sendo irretratável para todo ano-calendário oportunidade em que presta declaração quanto ao não-enquadramento nas vedações legais. A exclusão por comunicação decorrente de opção ou de obrigatoriedade é feita pela internet. Verificada a falta da comunicação obrigatória, a exclusão de ofício é formalizada mediante termo emitido pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício. Os seus efeitos podem ser retroativos, conforme o caso. Não pode recolher os tributos na forma do Simples Nacional a pessoa jurídica que comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. Trata-se de ato, de cuja emissão é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional<sup>3</sup>.

O Ato Declaratório Executivo DRF/SJR/SP nº 22, de 22.04.2009, foi emitido pela autoridade competente com efeitos a partir de 01.07.2008, tendo em vista a constatação de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, qual seja, sessenta e seis maços de cigarros das marcas Eight, Yes e Record de procedência do Paraguai encontrados no interior do estabelecimento comercial sem prova de introdução regular no País, fl. 25. Estes fatos estão comprovados nos autos mediante o Auto de Infração lavrado contra a Recorrente por violação às medidas de controle fiscal relativas a fumo, cigarro, charuto de procedência estrangeira combinado com o perdimento de mercadoria, pelo porte e

<sup>1</sup> Disponível em <[http://comprot.fazenda.gov.br/E-gov/PvC\\_Mov\\_Consulta\\_Movimentos.asp?processoQ=10811000155200900&DDMovimentoQ=15092009&SQOrdemQ=0>](http://comprot.fazenda.gov.br/E-gov/PvC_Mov_Consulta_Movimentos.asp?processoQ=10811000155200900&DDMovimentoQ=15092009&SQOrdemQ=0>) e <[http://comprot.fazenda.gov.br/E-gov/PvC\\_Mov\\_Consulta\\_Movimentos.asp?processoQ=10811000153200911&DDMovimentoQ=16052012&SQOrdemQ=0>](http://comprot.fazenda.gov.br/E-gov/PvC_Mov_Consulta_Movimentos.asp?processoQ=10811000153200911&DDMovimentoQ=16052012&SQOrdemQ=0>) . Acesso em 22 jan.2013.

<sup>2</sup> Fundamentação legal: art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

<sup>3</sup> Fundamentação legal: art. 179 da Constituição Federal, art. 29, art. 33 e art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007 e art. 142 do Código Tributário Nacional.

comercialização de tais produtos em seu estabelecimento formalizado nos processos nºs 10811.000153/2009-11 (Auto de Infração de II/IPI com Apreensão de Mercadorias) e 10811.000155/2009-00 (Pena de Perdimento de Mercadoria), que se encontram findos na esfera administrativa. O processo também está instruído com o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0810700/04898/09, de 26.03.2009, protocolado no processo administrativo de nº 10811.000153/2009-11, e ainda com o Laudo de Exibição e Apreensão expedido pelo Instituto de Criminalística de São José do Rio Preto/SP datado de 04.07.2008 e cujas cópias constam às fls. 04-18.

Assim, os sessenta e seis maços de cigarros das marcas Eight, Yes e Record de procedência do Paraguai que foram encontrados pelas autoridades públicas para fins de comercialização configuraram o ilícito que lhe foi imputado. A Recorrente, considerada pela legislação como possuidora ou detentora da mercadoria<sup>4</sup>, não demonstra o fato de que essa mercadoria era de tutela de outrem, uma vez que lhe cabe o ônus de provar a falta de veracidade de fatos comprovados pelas autoridades públicas de modo a desconstituir inequivocamente a relação jurídica.

Ademais, “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”<sup>5</sup>. Ainda a Súmula do CARF nº 90 expressamente determina que “caracteriza infração às medidas de controle fiscal a posse e circulação de fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de procedência estrangeira, sem documentação comprobatória da importação regular, sendo irrelevante, para tipificar a infração, a propriedade da mercadoria”. Nesse sentido, restou configurado que a Recorrente foi qualificada como sujeito passivo da obrigação<sup>6</sup> e não observou as determinações legais pertinentes à matéria e por esta razão está sumetido à consequência legal de sua conduta decorrente da prática do ato ilícito. A proposição afirmada pela defendant, desse modo, não tem cabimento.

A Recorrente discorda do efeito retroativo da exclusão.

A norma trata o ato da exclusão do Simples Nacional como declaratório de uma circunstância impeditiva preexistente expressamente prevista em lei, permitindo a retroação de seus efeitos. A exclusão de ofício foi regularmente efetivada a partir do próprio mês em que incorrida a situação excludente, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes, uma vez que restou configurada a comercialização mercadorias objeto de contrabando ou descaminho em 04.07.2008, em conformidade com o Boletim de Ocorrência de Auditoria Conhecida nº 190/2008, emitido em 08.07.2008 pela Polícia Civil do Estado de São Paulo. A Recorrente, como foi 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<sup>7</sup>. A inferência denotada pela defendant, nesse caso, não é acertada.

A Recorrente menciona que o procedimento não poderia ter sido formalizado.

A pessoa jurídica optante deve comunicar obrigatoriamente a sua exclusão à RFB, por meio do Portal do Simples Nacional na internet, quando incorrer em hipótese legal de

<sup>4</sup> Fundamentação legal art. 87 da Lei nº. 4.502, de 30 de novembro de 1964.

<sup>5</sup> Fundamentação legal: art. 136 do Código Tributário Nacional.

<sup>6</sup> Fundamentação legal art. 121 do Código Tributário Nacional.

<sup>7</sup> Fundamentação legal art. 29 e art. 32 da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006.

vedação. Verificada a falta de informação espontânea, há exclusão de ofício mediante emissão do termo de exclusão do Simples Nacional pela autoridade competente, sob pena de responsabilidade funcional, devendo ser observadas as determinações do processo administrativo fiscal<sup>8</sup>. Por esta razão foi exarado o ato de exclusão de forma regular. A proposição mencionada pela defendant, por conseguinte, não tem validade.

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais indicados pela Recorrente, 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<sup>9</sup>. A alegação relatada pela defendant, consequentemente, não está justificada.

Atinente aos princípios constitucionais que a Recorrente aduz que supostamente foram violados, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade 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 constitucionalidade<sup>10</sup>. A proposição afirmada pela defendant, desse modo, não tem cabimento.

Em face do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

<sup>8</sup> Fundamentação legal: art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 29, art. 33 e art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Resolução CGSN nº 15 de 23 de julho de 2007 e art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

<sup>9</sup> Fundamentação legal: art. 100 do Código Tributário Nacional e art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

<sup>10</sup> Fundamentação legal: art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e Súmula CARF nº 2.

CÓPIA