MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10920.722185/2015-73

Processo nº	10920.722185/2015-73
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**1401-004.561 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	10 de agosto de 2020
Recorrente	BEHLING JOALHEIRO LTDA. - ME
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

MERCADORIA ESTRANGEIRA. APREENSÃO.

A apreensão de mercadoria estrangeira por falta de documentação regular de importação não significa, **necessariamente**, que a empresa seja excluída do Simples Nacional, a menos que comprovada a sua comercialização, situação contemplada na legislação como causa excludente do Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para cancelar o Ato Declaratório Executivo da DRF/Joinville nº 50/2016 e reconhecer o direito da Recorrente em manter-se no regime do SIMPLES NACIONAL.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Nelso Kichel, Cláudio de Andrade Camerano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga e Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Inicio transcrevendo relatório e voto da decisão de piso, consubstanciada no Acórdão de nº 11-55.215, proferido pela 5ª Turma da DRJ/REC em sessão de 08 de março de 2017.

Relatório

Em desfavor da empresa acima qualificada foi emitido, pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Joinvile (DRF/JOI), Ato Declaratório Executivo (ADE) Nº 50, de 27/6/2016 (fl. 25), no qual fica declarada a exclusão da empresa da sistemática de tributação do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de agosto de 2015, em virtude da constatação da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, nos termos estatuídos na Lei Complementar 123/2006, artigo 29, VII.

2. A autoridade aduaneira lavrou representação fiscal para fins de exclusão da empresa do Simples Nacional, pelo motivo já citado, conforme Auto de Infração (imagem da descrição dos fatos abaixo - fls. 8 a 10):

DESCRIÇÃO DOS FATOS

Mercadoria estrangeira em circulação comercial no País sem documentação comprobatória de sua importação regular.

Em decorrência de realização de Operação de combate a contrabando e descaminho realizada na sede da Empresa de Correios e Telégrafos de Blumenau/SC de 28/01/2015 a 27/02/2015, conforme TDPF 0920400-2015-00043-6, foram retidas diversas mercadorias de origem estrangeira desacompanhadas de documentos fiscais que comprovassem sua aquisição regular, nos termos do artigo 105, inciso X do Decreto Lei 37/1966 e artigo 689, inciso X do Decreto 6759/2009.

Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 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;

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;

Em suma, a falta de documentação enseja a conclusão de que as mercadorias retidas foram adquiridas de modo irregular, sem o pagamento dos tributos devidos na importação, estando sujeitas ao perdimento nos termos da legislação.

[...]

INTIMAÇÃO

Fica(m) o(s) autuado(s) ciente(s) de que de conformidade com o art. 774, do Decreto nº 6759/09, lhe(s) é facultado impugnar o presente Auto de Infração no prazo de 20 (vinte) dias da ciência desta intimação, findo o qual será caracterizada a REVELIA.
Findo o prazo descrito no parágrafo anterior será aplicada a pena de perdimento das mercadorias sendo as mesmas destinadas em conformidade com a legislação vigente.

3. A fiscalização aduaneira lavrou termo de revelia e pena de perdimento (fl. 20), uma vez que a empresa não apresentou impugnação contra os termos do auto de infração e apreensão de mercadorias. Também lavrou representação fiscal para fins de exclusão do Simples Nacional.

4. A empresa comunicada de sua exclusão do Simples Nacional (AR - fl. 27) ingressa com manifestação de inconformidade (fls. 29 a 39), na qual argumenta, em síntese, que:

a) inicialmente, alega que não realiza tipo de negócio ou mantém fornecedor fora do Brasil, inclusive as compras de seu comércio nunca são feitas pela Internet;

b) o procedimento fiscal violou o princípio constitucional do devido processo legal, uma vez que foi notificado unicamente por Edital, não se permitindo ao contribuinte exercer o contraditório e a ampla defesa;

c) argumenta sobre o valor irrisório da mercadoria em relação à penalidade tão gravosa;

É o relatório.

5. A manifestação de inconformidade é tempestiva, preenche os demais requisitos de admissibilidade, e dela tomo conhecimento.

Documento nato-digital

6. A lide está restrita à questão relativa à exclusão do Simples Nacional. O contribuinte alega sinteticamente que não cometeu o crime de descaminho, que a exclusão inviabiliza a continuidade da empresa, além de levantar o princípio da insignificância. Ainda, aduz que não foi devidamente cientificado. Assim, não há motivos para se efetivar a exclusão do Simples Nacional. Esta é a base principal da argumentação trazida aos autos pela reclamante.

7. Sobre a aplicação do princípio da insignificância, em que pese ser inequívoco que o Superior Tribunal de Justiça-STJ tem utilizado esta tese em alguns casos em que o Fisco exige valores de pequena monta dos contribuintes, é certo que no caso concreto o valor da infração fiscal não é relevante para configurar a infração que, consumada, implica a exclusão da empresa do Simples Nacional. Como se verá adiante, a Lei Complementar 123/2006 ao listar as hipóteses de exclusão de ofício de empresas que sejam flagradas comercializando produtos estrangeiros que ingressaram no país mediante contrabando ou descaminho, não faz referência ao valor das mercadorias em questão.

8. 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, conforme abaixo:

"Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício** ou mediante comunicação das empresas optantes. (efeitos: a partir de 01/07/2007) **(...)

***Art.33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e** das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.*

(...)"

8.1. 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.

8.2. A Resolução CGSN Nº 94, de 2011, ao regulamentar a citada lei, reafirma a competência legal da RFB. Vejamos os dispositivos:

"Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

Documento nato-digital

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

(...)

9. Dessa forma, o ato administrativo (ADE) expedido pela autoridade tributária da DRF/FNS 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.

9.1. 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. Constatada, dessa forma, a efetiva incidência do contribuinte na situação prevista no inciso VII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, deve ser mantida a exclusão do Simples Nacional.

9.2. Ainda, quanto à violação de princípio constitucional, é importante frisar que o exame de validade de dispositivo previsto em lei, tendo por parâmetros princípios constitucionais, demandaria controle de constitucionalidade de normas, atividade exercida de maneira exclusiva pelo Poder Judiciário e expressamente vedada no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, a teor do art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972:

"Art. 26-A. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)"

10. Em se tratando da 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;

Documento nato-digital

(...)

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;

(...)

§ 2 º 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)

10.1 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.

11. No caso concreto, a fiscalização aduaneira lavrou Auto de Infração com apreensão de mercadorias, após constatação, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, de que havia para a reclamante mercadoria de procedência estrangeira não acompanhada por documentos fiscais que comprovasse a sua regular importação. Ficou configurada a tese de que a mercadoria foi importada clandestinamente, e assim, passível da aplicação da pena de perdimento (descaminho).

11.1. 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.

11.2. Neste aspecto, deveria o contribuinte ter apresentado suas razões no prazo de impugnação do auto de apreensão das mercadorias. Deixando de fazê-la tempestivamente, opera-se a preclusão temporal. Assim, no presente julgamento, não nos cabe analisar questões de mérito a respeito do auto de infração e termo de retenção lavrados, portanto, descabe qualquer acolhimento de pedidos referentes ao cancelamento do auto de infração e consequente apreensão de mercadorias.

12. Diante de todo o exposto, VOTO no sentido de CONSIDERAR IMPROCEDENTE a manifestação de inconformidade e, em consequência, manter a exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de setembro

Documento nato-digital

de 2015, além do impedimento à opção nos anos-calendário 2016 a 2018, nos termos do presente voto.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificada da decisão e piso, ingressa a Interessada com sua reclamação administrativa:

1. DOS FATOS:

A contribuinte, ora requerente, tomou conhecimento em julho deste ano do Ato Declaratório Executivo DRF/JOI nº 50, de 27 de junho de 2016, em que declara sua exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional):

> *Art. 2º A exclusão surtira efeito a partir de 1º de agosto de 2015 permanecendo impedida de optar por aquele regime diferenciado nos exercícios de 2016, 2017 e 2018 conforme disposto no §1º do caput do artigo 29 da Lei Complementar 123/2006.*
>
> *Art. 3º Poderá a pessoa jurídica apresentar, no prazo de trinta dias contados a partir da ciência deste Ato Declaratório Executivo, manifestação de inconformidade junto ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis-SC, nos termos do Decreto nº 70.235, de 7 de março de 1972 – Processo Administrativo Fiscal (PAF), e suas alterações posteriores, assegurando, assim, o contraditório e ampla defesa.*

Sem saber o que motivou tal penalidade, a Sra. Jaqueliane Behling (representante legal da empresa) compareceu perante a Receita Federal do Brasil, e foi informada pelo servidor de dois processos administrativos **(processo nº 10920.722185/2015-73 e processo nº 13971.721969/2015-77)**, nos quais a ora recorrente, figura como interessado.

As representações contra a contribuinte, com vistas a exclusão de ofício do Simples Nacional, dão conta da constatação do comércio de mercadorias estrangeiras introduzidas irregularmente no território nacional, tendo incorrido em tese, na prática de descaminho, vejamos:

> *A presente representação deu-se a partir da conclusão das ações de repressão ao contrabando e descaminho realizadas na sede da Empresa de Correios e Telégrafos de Blumenau/SC de 28/01/2015 a 27/02/2015, conforme Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal – TDPF – nº 0920400-2015-00043-6, ocasião em que foram retidas diversas mercadorias de origem estrangeira desacompanhadas de documentos fiscais que comprovassem sua aquisição regular, nos termos do artigo 105, inciso X do Decreto Lei 37/1966 e artigo 689, inciso X do Decreto 6759/2009.*

A relação das mercadorias, onde apontam o país de origem CHINA, causou total estranheza para a contribuinte, pois a mesma não realiza nenhum tipo de negócio ou mantém fornecedor fora do Brasil,

Documento nato-digital

inclusive as compras de seu comércio nunca são feitas pela internet. Vejamos a relação dos produtos:

Processo	Descrição	País Procedência	Quantidade	Valor unitário	Valor Total
13971.721969/2015-77	óculos	China (a designar)	06	R$49,99	R$ 299.94

Diante do exposto, além da requerente desconhecer a compra apontada em seu nome, também não houve sua regular intimação para que pudesse se defender a época dos fatos, conforme podemos observar no processo administrativo, a intimação se deu unicamente por Edital, sem nenhuma outra tentativa de citação por outras modalidades.

Desta forma, a contribuinte ofereceu Manifestação de Inconformidade, não se conformando com os termos da referida Representação para exclusão de ofício – Simples Nacional, *data vênia*, a recorrente, demonstrou todos os fundamentos nos quais baseia a existência de seu direito, para que fossem ponderados pelos integrantes da douta Delegacia da Receita do Brasil de Julgamento em Recife (PE), a fim de cancelar o Ato Declaratório Executivo de Exclusão.

Contudo, a conclusão a que chegaram os doutos julgadores foi em sentido diverso da pretensão da recorrente, visto que mantiveram integralmente o lançamento fiscal, basicamente ao argumento de que:

2 - DO DIREITO:

I - DOS FORNECEDORES DA RECORRENTE:

A recorrente não possuí fornecedores fora do Brasil, e não é da postura da empresa adquirir produtos provenientes da China, por não apresentarem a devida qualidade exigida em seu comércio,

Documento nato-digital

desta forma, e totalmente estranho a recorrente estas mercadorias serem enviadas em seu nome.

Ainda, esta situação causa insegurança a empresa, que pode estar sendo alvo de uso indevido de seu CNPJ, o que merece sua atenção agora que tomou conhecimento do referido Auto de Infração. A empresa juntou quando apresentada a manifestação de inconformidade, lista de seus fornecedores emitida pela sua contabilidade para comprovação de quem são seus reais fornecedores de produtos para comercialização.

II – DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE DEFESA ADMINISTRATIVA:

Conforme cópia integral dos processos administrativos, após a lavratura do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, foi determinada a ciência por edital na forma do artigo 27, parágrafo 1º, do Decreto Lei 1455/1976:

> ***EDITAL SAANA/DRF/BLU Nº 015/2015***
> *Pelo presente EDITAL, em conformidade com o § 1º, do artigo 27, do Decreto –Lei nº 1455/76, bem como com o artigo 774, do Decreto nº 6.759/09, ficam os contribuintes abaixo relacionados intimados sobre o* Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal constante do Processo Administrativo correspondente, de seu interesse, sendo-lhes facultado impugnar referido Auto de Infração, no prazo de 20 (vinte) dias, contado do 31º (trigésimo primeiro) dia da data da afixação deste edital, nos termos do item 13 "b", da Portaria MF nº 271/1976.
> *(...).*

Da maneira como prosseguiu o feito, não foi eficiente a maneira como foi citada a recorrente, vez que a mesma não tem por costume acompanhar Editais lançados em seu nome, conforme já mencionado não houve nenhuma outra tentativa de citação por parte da Receita Federal do Brasil, inclusive, posteriormente o próximo ato processual foi a determinação de sua exclusão do Simples Nacional.

Diante do exposto, restou prejudicada a sua possibilidade de oferecimento de defesa administrativa, que é um direito fundamental seu, consagrado nos *incisos LIV e LV, do art. 5º da CF.*

Documento nato-digital

[...]

III – VALOR IRRISÓRIO X PENALIDADE DE EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL:

A recorrente esta passando por uma grande injustiça em ser penalizada tão gravemente por um ato que não cometeu, repita-se, nunca comprou produtos da China para comercializar. Assim, caso for mantida sua exclusão do Simples Nacional, com a agravante do momento de crise pelo qual as empresas brasileiras estão suportando, comprometerá a viabilidade de se manter a atividade da empresa.

Conforme já informado, o valor das mercadorias chega a ser irrisório frente a penalidade pela qual foi imposta injustamente a recorrente - exclusão do Simples Nacional por três anos (a partir de 1º de agosto de 2015, permanecendo impedida de optar por aquele regime diferenciado nos exercícios de 2016, 2017 e 2018).

Apenas por argumento, mesmo que a empresa de fato tivesse importado tais mercadorias, caso ela fosse devidamente citada poderia ao menos ter regularizado a importação com a finalidade de se evitar algo maior, porém como a empresa não efetuou referida importação e portanto, nem estava esperando/aguardando a chegada destas mercadorias, lhe causa muita revolta em se deparar com todo este cenário que apenas tomou conhecimento em momento avançado do processo administrativo.

Posto isto, afigura-se ilegal e desproporcional a penalização da recorrente com a exclusão do Simples Nacional. Salientamos que a empresa, labora em regime familiar (pai, mãe e filhas), sendo certo que a sua exclusão do regime tributário especial, acarretará possivelmente o encerramento de suas atividades.

A recorrente entende que a questão posta em análise não é o valor das mercadorias (R$ 299,94), **mas sim a possibilidade de haver o comércio de mercadoria oriunda de contrabando e descaminho, no entanto, a requerente não efetuo tal importação e ainda, além de tudo, restou prejudicada sua possibilidade de defesa no processo administrativo.**

A jurisprudência dominante entende, que nesses casos deve se analisar a proporcionalidade da penalização:

Documento nato-digital

TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. APREENSÃO DE MAÇOS DE CIGARRO DE ORIGEM ESTRANGEIRA IRREGULAR. NÃO COMPROVAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO NO ESTABELECIMENTO AUTUADO. PROPRIEDADE ASSUMIDA POR TERCEIRO. ***ANULAÇÃO DO ATO DE EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE.***

1. Discute-se a anulação do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0810700/00787/10, bem como o cancelamento da exclusão da autora da sistemática do SIMPLES Nacional.

2. A autora teve contra si lavrado o auto de infração, por desrespeito à legislação aduaneira, por ter concorrido com a prática de contrabando ou descaminho, em razão da localização, no interior de seu estabelecimento comercial, em poder de sua filha, 87 maços de cigarros de origem estrangeira, sem a documentação comprobatória da regular internação. Em razão desta autuação, foi excluída do SIMPLES Nacional, através do Ato Declaratório Executivo nº 143, por estar comercializando mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, nos termos do artigo 29, VII, da Lei Complementar nº 123/2006. 3. A autora é empresária individual, cuja atividade

Documento nato-digital

econômica principal é a fabricação de produtos de padaria e confeitaria, com predominância de produção própria, consoante demonstra sua inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ. Afirma vender em seu estabelecimento, dentre outros produtos, cigarros de produção nacional devidamente autorizada pelo Governo Federal. Por ocasião de verificação policial, a autora não se encontrava no local, sendo a mercadoria encontrada embaixo do balcão, tendo sua filha imediatamente assumido a propriedade dos cigarros. 4. Em depoimento prestado em Juízo, a filha da autora reafirmou serem as mercadorias de sua propriedade, aduzindo que uma parte era de seu pai, pois ambos são fumantes. Pai e filha afirmaram que os cigarros eram adquiridos na cidade de São José do Rio Preto, de um camelô, e compravam uma quantidade maior, por serem mais baratos que os cigarros nacionais, pois a filha fumava um maço por dia, enquanto o pai pouco mais de 2 maços por dia. 5. A mercadoria encontrava-se oculta embaixo do balcão do estabelecimento, portanto, não estava exposta à venda, não demonstrando estar a autora efetivamente praticando o comércio ilegal. ***Trata-se, na realidade, de mera presunção, insuficiente para embasar a exclusão da autora do regime especial. 6. Em que pese as mercadorias terem sido apreendidas no interior do estabelecimento da autora, o fato é que a conduta que enseja a exclusão do SIMPLES é "comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho", o que à evidência, não restou caracterizado, diante da ausência de provas concretas nesse sentido. 7. Afigura-se ilegal e desproporcional a penalização da autora com a exclusão do SIMPLES Nacional, baseando-se em meras conjecturas. Saliento ser a autora empresa que não possui empregados, laborando em regime familiar, sendo certo que a sua exclusão do regime tributário especial, decerto acarretará o encerramento de suas atividades. 8. Ainda que a legislação citada tenha o escopo de penalizar o contribuinte com sua exclusão do gozo de regime especial de pagamento de tributos, de molde a reprimir a conduta irregular de comercialização de produtos ilícitos, não é demais ressaltar ter a autoridade fiscal avaliado a mercadoria em R$ 66,12 (sessenta e seis reais e doze centavos), portanto, na***

Documento nato-digital

hipótese de tributação, os valores devidos ao fisco seriam irrisórios, sequer autorizando sua inscrição em dívida ativa, quanto mais o ajuizamento de execução fiscal cobrança judicial, cujos valores mínimos equivalem a R$ 1.000,00 e 20.000,00, respectivamente, nos termos da Portaria MF nº 75/2012. 9. O mesmo entendimento aplica-se ao Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal, pois indevida sua lavratura em desfavor da autora, eis que as mercadorias eram confessadamente de propriedade e posse de sua filha, bem como não se encontravam expostas à venda, mas estavam guardadas no interior do estabelecimento em compartimento não acessível à clientela, sendo de rigor sua anulação. Saliento, outrossim, que a apreensão resultou na aplicação da pena de perdimento às mercadorias, as quais já foram, inclusive, destruídas *(f. 71). 10. Apelação improvida. Processo AC 1262 SP 0001262-92.2011.4.03.6106, Relator Juíza Convocada Eliana Marcelo, Julgamento 05/06/2014, órgão julgador 3º Turma.*

Documento nato-digital

IV. DAS PROVAS:

Para a comprovação dos fatos articulados no presente requerimento, a recorrente dispõe de toda a sua contabilidade para comprovar que não faz negócios com a CHINA, além, dos documentos que já anexou na Manifestação de Inconformidade.

3. REQUERIMENTO:

Ante as razões expostas, e demonstrada a insubsistência, desnecessidade e irrazoabilidade da manutenção da exclusão do Simples Nacional, a Recorrente, pugnando pelo acolhimento do presente RECURSO ADMINISTRATIVO, REQUER o:

a) Recebimento do presente recurso, mandando processá-lo na forma da lei;

b) Ante as razões expostas, o cancelamento dos atos processuais emitidos nos processos administrativos nº **10920.722185/2015-73 / 13971.721969/2015-77**, para oportunizar a defesa prévia da recorrente desde o início da fiscalização – Termo de Retenção de Mercadorias – Termo de Início de Fiscalização;

c) Sucessivamente, afigura-se desproporcional a penalização da recorrente com a exclusão do SIMPLES Nacional, diante de todo o exposto, requer o cancelamento do Ato Declaratório de Exclusão na sua integridade.

Por ser medida de direito e de

J U S T I Ç A!

Nestes termos
Pede Deferimento.

Jaraguá do Sul (SC), 24 de abril de 2017.

GUSTAVO PACHER
OAB/SC 19.040

JOSIANE PRETTI
OAB/SC 29.451

Documento nato-digital

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, Relator.

Preenchido os requisitos de admissibilidade do recurso voluntário apresentado, dele conheço.

Incialmente, esclareça-se que eventuais alegações da Recorrente que possam estar dirigidas à apreensão dos produtos mencionados no relatório, não serão objeto de qualquer comentário por parte deste Relator, uma vez que tal procedimento é resolvido em **instância única**, sem previsão legal para apreciação por parte deste Colegiado.

O processo de perdimento de mercadorias segue um rito com regras próprias, nos termos do disposto dos artigos 774 a 780 do Regulamento Aduaneiro (Decreto n 6.759/2009), que reproduzem, em grande parte, dispositivos do Decreto-Lei nº 1.455, de 07/04/1976.

No que se refere ao contencioso administrativo, diferentemente das regras definidas no Decreto nº 70.235/72, o julgamento da infração decorrente de **apreensão de mercadoria**, então apontada em auto de infração é em instância **única** a cargo dos Delegados e Inspetores da Receita Federal do Brasil.

DE forma que, no presente processo, devo me ater ao que rege a legislação do **SIMPLES NACIONAL** e, neste sentido, de se verificar a hipótese de exclusão então contida na legislação e que motivou a emissão do **ADE** – Ato Declaratório Executivo DRF/JOI nº 50, de 27 de junho de 2016.

Primeiramente, qual a motivação para a exclusão?

Em fls.02 a 04, encontra-se a r**epresentação fiscal – exclusão do Simples Nacional**, onde se tem, em síntese:

> *A presente representação deu-se a partir da conclusão das ações de repressão ao contrabando e descaminho realizadas na sede da Empresa de Correios e Telégrafos de Blumenau/SC de 28/01/2015 a 27/02/2015, conforme Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal - TDPF - n.o 0920400-2015-00043-6, ocasião em que foram retidas diversas mercadorias de origem estrangeira desacompanhadas de documentos fiscais que comprovassem sua aquisição regular, nos termos do artigo 105, inciso X do Decreto Lei 37/1966 e artigo 689, inciso X do Decreto 6759/2009:*
>
> *"Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses,*

Documento nato-digital

por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 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;

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;"

Os fatos estão minuciosamente descritos no Auto de Infração anexo, sendo indispensável sua leitura para o completo entendimento da questão.

Considerando o disposto no artigo 29, parágrafo primeiro da Lei Complementar 123/2006 e art. 6º, inciso VI da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, os efeitos da exclusão são a partir do próprio mês em que incorridas:

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

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Art. 6º A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

VI - nas hipóteses previstas nos incisos II a X, XIII e XIV do art. 5°, a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo regime diferenciado e favorecido do Simples Nacional pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes;

(Redação dada pela Resolução CGSN n° 20, de 15 de agosto de 2007)"

Encaminhe-se ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Joinville/SC, autoridade competente para apreciar a presente representação, considerando a circunscrição do representado.

[grifei]

Em fls.22 a 24, encontra-se o **Despacho Decisório**, onde se tem, em síntese:

FUNDAMENTAÇÃO

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, regulamenta o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo à apuração e recolhimento dos

Documento nato-digital

impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias e ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

Quanto à exclusão das empresas optantes pelo tratamento tributário diferenciado da Lei Complementar nº 123; de 14 de dezembro de 2006; temos:

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

...

VII – comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

...

§ 1º - Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes."

Para efetivar essa exclusão, determina o § 1º do artigo 75 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, que será expedido termo de exclusão pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício.

DECISÃO

Em face do exposto, com base na documentação anexada ao presente processo e considerando a legislação que rege a matéria (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011), conclui-se pela ocorrência de infração à legislação pela COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO o que, por consequência, exige que se EXCLUA A EMPRESA da sistemática de arrecadação do SIMPLES Nacional com efeitos contados a partir de 1º DE AGOSTO DE 2015, PERMANECENDO IMPEDIDA DE OPTAR novamente por aquele regime diferenciado NOS EXERCÍCIOS DE 2016, 2017 E 2018.

ENCAMINHE-SE ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Joinville para proceder à emissão do Ato Declaratório Executivo de Exclusão.

[grifei]

Em fls.25 a 26, encontra-se o **ADE DRF/JOI Nº 50, de 27/06/2016,** formalizando a exclusão nos termos das peças supra citadas.

Bem, pelo que consta no Despacho Decisório e na própria decisão recorrida, depreende-se que não haveria necessidade de submeter a Interessada ao contencioso administrativo federal e o consequente acionamento dos órgãos julgadores administrativos federais para o enfrentamento da situação (exclusão de empresa do SN).

A representação para exclusão do SIMPLES NACIONAL (SN) submete o entendimento da situação constatada ao que consta no Auto de Infração: "*Os fatos estão*

Documento nato-digital

minuciosamente descritos no Auto de Infração anexo, sendo indispensável sua leitura para o completo entendimento da questão."

A decisão recorrida, por sua vez, por ter sido a Interessada revel no Auto de Infração que culminou com o perdimento das mercadorias, entende que nada teria de apreciar:

> *11. No caso concreto, a fiscalização aduaneira lavrou Auto de Infração com apreensão de mercadorias, após constatação, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, de que havia para a reclamante mercadoria de procedência estrangeira não acompanhada por documentos fiscais que comprovasse a sua regular importação. Ficou configurada a tese de que a mercadoria foi importada clandestinamente, e assim, passível da aplicação da pena de perdimento (descaminho).*
>
> *11.1. 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.*
>
> *11.2. Neste aspecto, deveria o contribuinte ter apresentado suas razões no prazo de impugnação do auto de apreensão das mercadorias. Deixando de fazê-la tempestivamente, opera-se a preclusão temporal. Assim, no presente julgamento, não nos cabe analisar questões de mérito a respeito do auto de infração e termo de retenção lavrados, portanto, descabe qualquer acolhimento de pedidos referentes ao cancelamento do auto de infração e consequente apreensão de mercadorias.*

Por óbvio que não cabe aqui discutir as causas da apreensão das mercadorias e do auto de infração e perdimento das mesmas, conforme já destaquei no início do Voto.

Agora, desprezar todo o conteúdo da manifestação de inconformidade contra a exclusão da Interessada do SIMPLES NACIONAL, como constou na decisão recorrida, não me parece que seja a forma adequada de lidar com o litígio posto.

Certamente não pode ser assim, não entendo desta maneira, caso contrário o litígio posto a este órgão colegiado limitar-se-ia à verificação de eventuais vícios de ordem processual.

Como já me manifestei, devemos nos ater ao comando da legislação que rege o SIMPLES NACIONAL, de forma que reproduzo novamente a causa excludente considerada na Lei Complementar nº 123 de 2006, mencionada no ADE:

> *"Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:*
>
> *(...)*
>
> ***VII – comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;***
>
> *(...)*
>
> *§ 1º. Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas,*

impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos calendários seguintes.

(...)"

Bem, segundo consta no **Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias** (fls.06 a 16) - para lá que devo me dirigir, pois não há citação no despacho decisório e nem na decisão recorrida sobre os fatos – estamos diante de uma apreensão de 6 (seis) relógios ao custo unitário de R$ 49,99, o que totaliza um valor total de **R$ 299,94**.

Foram apreendidos em unidade de correios, pois estavam destinados à Interessada e não se conseguiu a comprovação de sua importação regular e, então, teria sido caracterizada a *comercialização* das mesmas o que seria, na visão da decisão recorrida, o suficiente à exclusão da Interessada do SIMPLES NACIONAL.

Reitero que a infração em pauta, considerando as peculiaridades dos bens em face de sua procedência estrangeira, com repercussão em descumprimentos da legislação aduaneira, acarretaram medidas como, por exemplo, a apreensão das mercadorias, isto aqui não se discute.

Agora, para fins da aplicação da legislação do SIMPLES NACIONAL, não me parece que a infração considerada seja de tal monta que implique na exclusão da empresa deste regime simplificado de pagamentos de tributos, até porque não comprovada a comercialização das mercadorias.

Além de não estarem as mercadorias em questão objeto de venda em sua(s) loja(s), me parece que possa, sim, ter havido equívocos conforme os anotados pela Recorrente e não se olvidando da ínfima quantidade e valor das mercadorias.

Ainda, a DRJ não dialoga com os fatos, apenas se reporta aos procedimentos efetivados perante à legislação aduaneira, sendo equivocada a sua afirmação de que a falta de contestação da Interessada no processo na área aduaneira prejudicaria o desenvolvimento da lide nesta esfera administrativa federal. Tratam-se de lides distintas, ou seja, a apreensão de mercadorias não significa, automaticamente, a exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL (SN).

Acredito que a causa excludente a que alude a Lei Complementar 123 de 2006, então reproduzida linhas atrás, não está, certamente, querendo contemplar situações como a ora vista nos autos. Se restasse apenas um óculos sem comprovação de importação regular, não tenho dúvidas que o comportamento seria o mesmo das autoridades fiscais aduaneiras, pois ocorrido, sim, o ilícito motivador da apreensão da mercadoria.

Haveria a apreensão da mercadoria (um óculos) e, bem provavelmente, a representação para unidade fiscal proceder à exclusão do **SN**, pois, para a Unidade que recebeu a representação e para a DRJ, me parece que é o que basta, a exemplo do que aqui vislumbrei nos autos.

Independentemente do que se arguiu ou aconteceu nos outros processos citados na área aduaneira, o fato é que, para fins de aplicação da legislação que rege o SIMPLES NACIONAL, estamos diante de uma **situação** que entendo não haver uma repercussão tão grande a ponto de implicar na saída da Recorrente do SIMPLES NACIONAL.

Documento nato-digital

Por fim, reitero que não se discutiu aqui o auto de infração e a consequente apreensão das mercadorias, tema que foge da competência deste Colegiado, restando prejudicadas as alegações e solicitações da Recorrente neste sentido.

A decisão que ora se profere neste Voto em nada interfere, ou tenha repercussão, com os procedimentos efetivados no âmbito da fiscalização aduaneira.

Conclusão

É o voto, dar provimento ao recurso voluntário para cancelar o Ato Declaratório Executivo da DRF/Joinville nº 50/2016 e reconhecer o direito da Recorrente em manter-se no regime do SIMPLES NACIONAL.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano

Documento nato-digital