



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10920.722675/2013-16
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.125 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de dezembro de 2020
Recorrente MERCEARIA DO NOCA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

EXCLUSÃO. CONTRABANDO OU DESCAMINHO. REVELIA. MERCADORIAS APRENDIDAS NO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. PROVA.

A mera decretação da pena de perdimento, com base em revelia constatada em outro processo, não é suficiente para caracterizar a destinação comercial reclamada pela norma que determina a exclusão do regime.

No presente caso, entretanto, haveria que se trazer provas mais contundentes de que as mercadorias não foram apreendidas no próprio estabelecimento comercial (nem em local que lhe seja diretamente vinculado).

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 relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregorio, Flavio Machado Vilhena Dias, Andreia Lucia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por MERCEARIA DO NOCA LTDA contra acórdão que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada diante de sua exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL promovida pela DRF/Joinville-SC.

Em seu relatório, a decisão recorrida assim descreveu o caso:

Por meio do Ato Declaratório Executivo n.º 3, de 28/01/2016 (fl. 28), expedido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Joinville/SC, foi a requerente excluída de ofício do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/05/2015, devido ao fato de a contribuinte ter incorrido na hipótese prevista no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, em virtude de comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Inconformada com a exclusão do Simples Nacional, a contribuinte apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 46 e 48, acompanhada dos documentos colacionados às fls. 49 a 56, onde, em síntese:

Alega que a mercadoria apreendida, consistente de três maços de cigarros, não tinha destinação comercial, ao argumento de que nenhum estabelecimento comercial subsiste com apenas três unidades de produto em estoque;

Aduz que referidos maços de cigarros eram destinados para consumo dos donos do estabelecimento onde se encontravam e sequer estavam expostos para venda;

Insurge-se ainda contra a aplicação retroativa da exclusão combatida, que alega afrontar o princípio da irretroatividade da pena (art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal), devendo, pois, em caso de ser mantida, a exclusão surtir efeitos apenas a partir da competência seguinte à respectiva ciência em maio de 2015;

No ponto, argumenta que a aplicação retroativa da exclusão culminaria na existência automática de débito tributário, do qual a contribuinte não teve ciência e, portanto, não pôde efetuar os recolhimentos devidos;

Finalmente, em face do exposto, requer o cancelamento da exclusão hostilizada.

A DRJ/Florianópolis proferiu, então, acórdão cuja ementa assim figurou:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. CONTRABANDO. DESCAMINHO.

A comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho constitui elemento motivador para exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a interessada apresentou recurso voluntário onde, essencialmente, alega que: (i) a mercadoria (três carteiras, não, maços de cigarros) foi encontrada em área privativa residencial anexa ao estabelecimento (inclui no recurso foto relativamente ilegível do endereço correspondente àquela área, obtida com o aplicativo *Google Maps*, localizada na Rua Arara, 326, Joinville-SC); (ii) tal informação teria sido repassada aos agentes fiscalizadores, os quais ignoraram tal fato; (iii) a quantidade insignificante apreendida leva a crer que a finalidade era de servir para o consumo dos próprios donos do estabelecimento; (iv) se tivessem finalidade comercial, certamente haveria quantidade exponencialmente maior; (v) não se pode tomar como base a revelia de natureza processual em que se exigia a apresentação de notas fiscais de compra/venda/importação porque pessoas comuns não guardam notas fiscais de todo e qualquer

produto que adquirem; (vi) de que adiantaria ao contribuinte contratar um advogado ou pessoa capaz de elaborar uma defesa escrita se aquele outro processo compreendia uma multa de R\$ 6 (seis reais); (vii) transcreve cópia de julgado do TRF da 4ª Região no sentido de que o mero fato de o perdimento de bens ter se dado por revelia não enseja a pena de exclusão do Simples Nacional; e (viii) os efeitos da exclusão só poderiam alcançar os fatos supervenientes ao entendimento manifestado pela Receita Federal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio, Relator

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

Pelo que se extrai dos autos, o ato de exclusão foi motivado pela Informação Fiscal (fls. 8), elaborada no âmbito da SAANA da DRF/Joinville-SC, onde o representante noticia a decretação definitiva de pena de perdimento consubstanciada no processo administrativo nº 10920.722671/2013-20, propondo, então, as consequências previstas no art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123/06 e na “Resposta ao Pedido de Orientação”, fornecida pela Disit/SRRF09, em 03/08/04. Confira-se:

Lei Complementar nº 123/06

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

(...)

VII – comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

(...)

Resposta fornecida pela Disit/SRRF09

Para a configuração da hipótese prevista no art. 14, VI da Lei nº 9.317, de 1996 (exclusão de Simples devido à “comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho”, **é necessário o prévio exaurimento do processo administrativo fiscal, mas sem a necessidade de haver decisão final judicial comprobatória da ocorrência dos referidos ilícitos.** Este entendimento também é aplicável à sistemática do Simples Nacional, instituído por meio da Lei Complementar nº 123 de 2006, que também prevê hipótese de exclusão com o mesmo teor (art. 29, VII).

Com efeito, compulsando os autos daquele processo, verifico que o mesmo trata de Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal, lavrado com base na legislação aduaneira, tendo por objeto três unidades de “maços (carteiras)” de cigarros, de procedência do Paraguai, cujo valor estimado totalizou R\$ 10,50, sem a comprovação de regular importação ou aquisição no mercado interno. Conforme relatório fiscal que embasou a autuação, os cigarros teriam sido retidos em operação realizada pela Secretaria de Fazenda do Estado de Santa Catarina e encaminhados para aquela unidade. Além disso, lavrou-se também um Auto de

Infração, consubstanciada no processo nº 10920.722674/2013-63, para aplicar uma multa administrativa, que é cumulativa à pena de perdimento, a qual totalizou o valor de R\$ 6,00.

Em ambos os processos, constatou-se a revelia do contribuinte.

Pois bem.

A recorrente alega que as mercadorias apreendidas não estavam expostas para comercialização, mas, que se destinavam para consumo dos próprios donos do estabelecimento. Neste sentido, afirma que “as três carteiras de cigarros foram encontradas nos fundos do imóvel comercial, isto é, próximo ao ‘corredor’ que interliga o estabelecimento comercial à residência da dona do estabelecimento e seu cônjuge”. Ditas carteiras não teriam sido sequer encontradas no mostruário do estabelecimento, mas sim, em local privado. Para ilustrar tal argumentação, insere no corpo do recurso uma foto relativamente ilegível do endereço correspondente àquela que seria a área residencial da sua sócia (“casa de fundos, de dois pavimentos, bem como o corredor que interliga as edificações”), obtida com o aplicativo *Google Maps*, localizada na Rua Arara, 326, Joinville-SC.

Nada obstante, o Termo de Início e Apreensão que foi lavrado pela Secretaria de Fazenda do Estado de Santa Catarina (anexado às fls. 2 do processo nº 10920.722671/2013-20) é claro quanto ao endereço onde se deu a referida apreensão, qual seja, Rua Arara, 327, isto é, o mesmo endereço cadastral da empresa recorrente (cf. fls. 9 deste processo).

Com apoio no mesmo aplicativo *Google Maps*, é possível constatar que aquela residência situada no nº 326 não fica localizada nos fundos do estabelecimento comercial situado no nº 327. Pelo contrário, este situa-se do outro lado da Rua Arara, exatamente em frente àquela residência. Como poderia, então, haver um corredor ligando os dois endereços? Ademais, verifica-se que, de fato, o mencionado estabelecimento parece se tratar de uma modesta mercearia.

Por outro lado, o dito termo é categórico quanto ao fato de que as mercadorias apreendidas estavam “mantidas em estoque sem documentação fiscal para fins de comercialização”. Portanto, carece de provas mais contundentes a alegação de que uma destinação comercial só seria possível se fosse encontrada uma quantidade exponencialmente maior. Apesar de a apreensão, realmente, envolver valores irrisórios, é cediço que muitos estabelecimentos desse tipo comercializam cigarros na modalidade “à varejo”.

É verdade que a mera decretação da pena de perdimento, com base em revelia constatada em outro processo, não é suficiente para caracterizar a destinação comercial reclamada pela norma que determina a exclusão do regime. Neste sentido, concordo com o teor da decisão proferida pelo TRF da 4ª Região (Acórdão nº 2020180-40.2014.404.7201, cuja ementa foi transcrita no recurso),

Há, inclusive, julgados nesta Casa que apontam para esta mesma direção. Veja-se, por exemplo, o recente Acórdão nº 1401-004.561:

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.

Nada obstante, naquele caso, a mercadoria havia sido apreendida em unidade dos correios e a sua destinação comercial foi caracterizada meramente porque se destinava à empresa então recorrente. Ou seja, situação absolutamente distinta da que aqui se discute. Aliás, o próprio relator do voto condutor daquela decisão, o Conselheiro Claudio de Andrade Camerano, foi quem presidiu a sessão de julgamento da DRJ/Florianópolis que, por unanimidade, considerou improcedente a manifestação de inconformidade oposta no presente processo.

Destarte, em meu entender, seria até possível enfrentar a acusação de que as mercadorias apreendidas não se destinavam à comercialização em sede do processo que trata da exclusão do regime do Simples. Porém, haveria que se trazer provas mais contundentes de que as referidas mercadorias não foram apreendidas no próprio estabelecimento comercial (nem em local que lhe seja diretamente vinculado, como foi o que ocorreu em caso recente julgado por esta Turma, no Acórdão n.º 1302-004.795, em que a mercadoria foi apreendida em veículo transportador da própria empresa).

Por fim, no que diz respeito à retroatividade dos efeitos do ato de exclusão, como já aventado pela decisão recorrida, há que se notar a literalidade do comando emanado pelo art. 29, § 1º, da Lei Complementar n.º 123/06, *verbis*:

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. (*grifei*)

Acrescente-se que os questionamentos acerca da inconstitucionalidade dos comandos legais que envolveram a exclusão do regime não podem ser apreciados por este colegiado também porque a competência desta Casa está circunscrita a verificar os aspectos legais da atuação administrativa. Quanto a isto, vale a pena transcrever o que dispõem o artigo 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343/15, e a Súmula CARF n.º 2:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (*grifei*)

Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Ademais, cumpre enfatizar a exigência regimental para que os julgados desta Casa observem os entendimentos sumulados. É o que está determinado no artigo 72 do Anexo II do RICARF:

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Não se pode, assim, dar guarida à pretensão recursal.

Pelo exposto, oriento o meu voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio