



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10920.723125/2019-00
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-003.077 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 12 de julho de 2022
Recorrente COMERCIAL DE ALIMENTOS FORMIGONI EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2019

DECISÃO DEFINITIVA

É definitiva a decisão de primeira instância quando esgotado o prazo para interposição do recurso voluntário de forma regular pelo sujeito passivo ou por seu representante legal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

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

Relatório

Ato Declaratório Executivo

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo BENFIS/SRRF09 nº 92, de 04.09.2019, com efeitos a partir de 01.03.2019, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fl. 63:

O AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso da atribuição que lhe conferem o artigo 6º, inciso I, alínea b da Lei Nº 10.593/2002, o artigo 286, inciso VIII, do Anexo I do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017, Portaria RFB nº 1.234, de 16 de julho de 2019 e as Portarias SRRF9 nº 177/2019 e 178/2019, e tendo em vista o disposto no artigo 28, parágrafo único, no artigo 29, parágrafo 5º e nos artigos 33 e 39 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, combinado com o artigo 83, inciso I e § 1º da Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018, declara:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, conforme apurado no processo administrativo 10920.723125/2019-00 a pessoa jurídica a seguir identificada, em virtude da constatação de hipóteses de exclusão, com fundamento legal no art. 29, inciso VII da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; art. 83, inciso IV, alínea “c”. § 2º da Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018:

Nome Empresarial: COMERCIAL DE ALIMENTOS FORMIGONI EIRELI
CNPJ : 01.939.084/0001-96 Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 01/03/2019, ficando impedida de optar pelo Simples Nacional pelos próximos três anos seguintes, consoante o disposto nos § 1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006; combinado com o art. 84 inciso IV, alínea “f” da Resolução CGSN nº 140, de 2018.

Art. 3º A pessoa jurídica poderá apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste ADE, manifestação de inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento - DRJ, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, nos termos do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 – que rege o Processo Administrativo Fiscal (PAF).

Parágrafo único Na hipótese de apresentação de impugnação tempestiva, o termo de exclusão somente se tornará efetivo quando a decisão administrativa for desfavorável ao contribuinte, conforme disposto no § 3º do art. 83 da Resolução CGSN nº 140, de 2018, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 84 dessa Resolução.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 6ª Turma DRJ/POA/RS nº 10-67.763, de 21.01.2020, e-fls. 106-109:

SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS
OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. EXCLUSÃO DE OFÍCIO.

A comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho é causa de exclusão de ofício da empresa optante pelo Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 23.01.2020, e-fl. 113, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 26.02.2020, e-fls. 116-127, esclarecendo que a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

III — DA NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO QUE
EXCLUIU A RECORRENTE DO SIMPLES NACIONAL.

A Recorrente ratifica nesta impugnação todas as alegações já firmadas em sua manifestação constante das fls. 10/17, reforçando a tese de que a mesma não cometeu nenhum crime, que não teve qualquer dolo na prática do envio das garrafas via sedex, 'que não enviou mercadorias com habitualidade, que não há qualquer prova de que os produtos tenham ingressado ilegalmente ou irregularmente no território nacional, que não há qualquer prova de os produtos foram fruto de descaminho, que há se aplicar o princípio da insignificância, que é primária, que se trata de empresa familiar e todas as demais argumentações já apresentadas nesta peça.

O que pretende nesta impugnação é registrar a inexistência de qualquer irregularidade que possa gerar a exclusão da Recorrente da opção do Simples Nacional.

INEXISTÊNCIA DE PRÁTICA DE CRIME. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE REMESSA IRREGULAR DE PRODUTO ESTRANGEIRO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUE AS GARRAFAS FORAM FRUTO DE DESCAMINHO.

A Recorrente não cometeu nenhum crime. A Recorrente não praticou ato de descaminho e nem remeteu produto que estivesse irregular ou que tivesse ingressado ilegalmente em território nacional. Não há qualquer prova de que os produtos tenham sido objeto de descaminho.

Registre-se que a Instrução Normativa 1059/2010 da RFB, diz em seu artigo 33, § 12, I, que: [...]

Não é pelo fato de que uma garrafa encontra-se em território nacional sem o registro do selo do IPI ou da identificação do importador, que tal produto tenha ingressado no Brasil de forma ilícita ou ilegal, ou que tenha sido objeto de descaminho.

Não há como se presumir que as garrafas que a Recorrente enviou tenham sido objeto de crime, ou seja, de um ato fraudulento, eis que é permitido o ingresso em território nacional de até 12 litros de bebida alcoólica de origem estrangeira, conforme regulamento a própria IN 1059/2010.

Pois bem, vamos à figura do tipo, já que estamos diante de um caso de AUSÊNCIA ABSOLUTA DE TIPICIDADE.

O tipo criminal de descaminho está previsto no artigo 334 do Código Penal Brasileiro. [...]

Pelo próprio texto normativo, para se configurar o crime de descaminho previsto em qualquer das hipóteses do artigo 334 do CP, necessário que o sujeito ativo pratique uma AÇÃO, ação esta que culmine em uma intenção de não pagar tributo incidente sobre determinada mercadoria.

Portanto, necessário a comprovação do DOLO do agente.

Sem a prova do dolo do agente, não há se falar em crime.

A simples remessa por 'correios' de 2 garrafas de vinho não configura, em hipótese alguma, comércio de mercadoria objeto de descaminho, já que, como visto, a própria IN 1059/2010 prescreve o ingresso de produtos estrangeiros em território nacional, sem que se tenha qualquer formalidade junto ao departamento alfandegário; não é necessário fazer o registro de tais mercadorias na zona alfandegária.

Desta forma, quando uma garrafa de bebida alcoólica encontra-se em território nacional sem registro de importação, não significa que a mesma tenha sido objeto de descaminho. Para se acusar se produto de descaminho, há se provar a culpa e dolo do agente. A mera circulação não é suficiente para se presumir ilegalidade ou irregularidade que implique o descaminho.

Isso vale dizer, que não há qualquer prova da ilicitude de que a mercadoria ingressou em território nacional por meio ilícito. Tampouco que a Recorrente tenha comercializado com habitualidade tal mercadoria.

Certo é que a Recorrente não concorreu com nenhuma modalidade de dolo ou mesmo culpa para a remessa das referidas garrafas. Agora, para a configuração de crime de descaminho, necessário a presença do dolo, o que assevera mais ainda a absoluta inocência da Recorrente quanto ao fato aqui acusado como crime.

Logo, não há crime, não houve ação culposa, não há dolo, e, desta forma, impossível qualquer imputação da prática de descaminho pela Recorrente, por ser totalmente inapropriada a presunção de que os produtos enviados por remessa tenha sido objeto de qualquer.

Absoluta falta de materialidade.

Neste caso, a RFB está presumido de forma antecipada que a Recorrente teria enviado produto, objeto de descaminho. Não há prova de que o fez com habitualidade. Não há prova que os produtos tenham ingressado em território nacional de forma ilegal ou irregular. Não há prova de que a Recorrente tenha agido com má-fé, culpa ou dolo.

Logo, certo é que a Recorrente não praticou crime, nem enviou mercadorias com habitualidade, nem comercializou qualquer produto que tenha ingressado ilegalmente ou irregularmente em território nacional, nem que tais produtos são objeto de descaminho.

A simples alegação de que os produtos seriam objeto de descaminho, não é o suficiente para ensejar o desenquadramento da Recorrente do Simples Nacional. Medida inadequada. Há de ser reformada.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

O princípio da insignificância é primordial neste caso.

Quando verificado o princípio da insignificância, simplesmente há a EXCLUSÃO DA TIPICIDADE DA CONDUTA.

Veja recente julgamento do TRF da 42. Região (de 25/09/2019) onde o Desembargador Dr. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, ressalta que no caso de descaminho de mercadoria cujo valor é inferior a R\$ 20.000,00, é o caso de se excluir a tipicidade da conduta. No caso da jurisprudência, o infrator havia cometido outros delitos. Contudo, se fosse somente o descaminho, estar-se-ia diante de exclusão da tipicidade. [...]

Diferente do caso apresentado na jurisprudência, a Recorrente é empresa familiar, sem qualquer antecedente. Não possui débitos com nenhum sujeito ativo e nem débitos comerciais. Trata-se de empresa idônea, e os prejuízos com a exclusão do SIMPLES NACIONAL será imensurável.

Assim como a RFB está prejulgando a Recorrente, acusando-a indevidamente de ter praticado comércio de mercadoria objeto de descaminho, o que, como já visto, não procede, também a RFB deve se utilizar deste instituto — princípio da insignificância — e aplicar o mesmo peso de medida benéfica à Recorrente, que é a exclusão da ilicitude, exclusão da tipicidade da conduta.

Quando há a exclusão da tipicidade da conduta, sequer há crime. Se não há crime, não há qualquer enquadramento legal para se excluir a Recorrente do SIMPLES NACIONAL.

É a pura aplicação da Portaria MF 75/2012, que estabelece que as cobranças de crédito tributário sejam superiores a R\$ 20.000,00. No caso em tela, os produtos somavam R\$ 135,00.

Está havendo aqui uma desproporcionalidade brutal na acusação e pena que estão sendo aplicados à Recorrente:

a) acusação, sem lastro, de que estaria comercializando produtos objeto de descaminho;

b) pena desproporcional, eis que a própria Portaria do Ministério da Fazenda limita os valores de cobrança, sendo que o Poder Judiciário já estabeleceu se tratar da aplicação do princípio da insignificância, em casos de descaminho de valores inferiores ao estabelecido pela Portaria MF 75/2012 — ou seja, exclui-se a tipicidade;

Não há como se alegar crime de descaminho se não houver um procedimento apropriado para sua apuração; a acusação administrativa não tem o condão de tipificar como crime, sem que a autoridade competente assim o declare.

DA MATERIALIDADE DO CRIME DE DESCAMINHO

Não há neste procedimento nenhuma acusação da Recorrente ter praticado crime de descaminho, até mesmo porque a mesma nunca praticou tal ato. A base da acusação é que a Recorrente teria comercializado produtos com origem de descaminho, o que, como visto também não procede.

E há um elemento definidor desta acusação, que demonstra com efetividade, a necessidade da anulação do Ato Declaratório Executivo Benfis/SRRF9a. n. 92/2019. Veja.

O Supremo Tribunal Federal expediu a Súmula Vinculante n. 24, que diz o seguinte: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 12., incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo".

Questiona-se: houve lançamento do tributo? Não. A medida tomada pela administração pública foi lavrar Termo de Perdimento do Produto.

O Regulamento Aduaneiro (Decreto 6.759, de 05 de Fevereiro de 2009), estabelece no artigo 71, inciso III, que: [...].

Se não há o lançamento do tributo em razão da pena de perdimento; se não há elementos que consubstanciem a materialidade do crime de descaminho, não há como se presumir a sua ocorrência, por uma questão objetiva da aplicação da Súmula 24 do STF.

Assim, desenquadrar do Simples Nacional é pena inadequada e desproporcional à Recorrente. Há uma função social em se manter as empresas no SIMPLES, que não se limita ao benefício de uma redução da incidência tributária, mas vai além, a de gerar incentivos à manutenção desta modalidade de atividade econômica, que é a que mais emprega em nosso país.

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

No que concerne ao pedido conclui que:

IV — DO PEDIDO

Por tais motivos, requer seja reformada a r. decisão proferida no Acórdão 10.67.763 — 62. Turma da DRJ/POR, e, assim, que seja anulado o Ato Declaratório Executivo Benfis/SRRF9a. n. 92/2019, a fim de manter-se a Requerente na condição de optante do SIMPLES NACIONAL.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade do Recurso Voluntário

Em preliminar tem cabimento o exame da tempestividade do recurso voluntário interposto, matéria esta não expressamente suscitada pela Recorrente.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes são asseguradas aos litigantes em processo administrativo. Por esta razão há previsão de que a pessoa jurídica seja intimada para apresentar sua defesa, inclusive, por via postal no domicílio fiscal constante nos registros internos da RFB, procedimento este que deve estar comprovado nos autos. Quando resultar improfícuo este meio, a intimação poderá ser feita por edital publicado na dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação, caso em que se considera efetivada 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado (inciso LV do art. 5º da Constituição Federal art. 23 do Decreto 70.235 de 06 de março de 1972).

No caso da emissão de Ato Declaratório Executivo de Exclusão, a autoridade administrativa deve cientificar o sujeito passivo para apresentação da impugnação no prazo de 30 (trinta) dias contados da sua notificação. No mesmo prazo de 30 (trinta) dias, contra a decisão de primeira instância, cabe recurso voluntário para reexame da matéria litigiosa. O recurso, mesmo perempto, será encaminhado ao órgão de segunda instância, que julgará a perempção (art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, art. 14, art. 15, art. 33 e art. 35 do Decreto 70.235 de 06 de março de 1972).

Estes prazos legais são contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento e só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato. Outra característica é que também são peremptórios, já que não podem ser reduzidos ou prorrogados pela vontade das partes. Considera-se definitivo o ato decisório de primeira instância, no caso de esgotado o prazo legal sem que a peça de defesa em instância recursal tenha sido interposta (art. 5º e art. 42 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 2º e art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e art. 80 do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011).

O Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011, prevê:

Art. 56. A impugnação, formalizada por escrito, instruída com os documentos em que se fundamentar e apresentada em unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil com jurisdição sobre o domicílio tributário do sujeito passivo, bem como, remetida por via postal, no prazo de trinta dias, contados da data da ciência da intimação da exigência, instaura a fase litigiosa do procedimento (Decreto nº 70.235, de 1972, arts. 14 e 15). [...]

§ 2º Eventual petição, apresentada fora do prazo, não caracteriza impugnação, não instaura a fase litigiosa do procedimento, não suspende a exigibilidade do crédito tributário nem comporta julgamento de primeira instância, salvo se caracterizada ou suscitada a tempestividade, como preliminar. [...]

Art. 80. São definitivas as decisões (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 42):

I - de primeira instância, esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto; [...]

É definitiva a decisão de primeira instância quando esgotado o prazo para interposição do recurso voluntário de forma regular pelo sujeito passivo ou por seu representante legal.

Verifica-se no presente caso que a Recorrente foi notificada da decisão de primeira instância em 23.01.2020, e-fl. 113, e apresentou o recurso voluntário em 26.02.2020, e-fls. 116-127. O recurso voluntário foi apresentado após findo o prazo legal ocorrido em 24.02.2020.

Resta evidenciada a apresentação intempestiva do recurso voluntário e assim a decisão de primeira instância tornou-se definitiva, caso em que o litígio se encontra findo na esfera administrativa.

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício. Trata-se de poder-dever funcional irrenunciável vinculado à norma jurídica, cuja atuação está direcionada ao cumprimentos das determinações constantes no ordenamento jurídico. Como corolário encontra-se o princípio da indisponibilidade que decorre da supremacia do interesse público no que tange aos direitos fundamentais (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARE, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo, voto em não conhecer do recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva