



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10925.720279/2013-04
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1201-004.310 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 16 de outubro de 2020
Recorrente JAIME JOSÉ MARQUES - MINIMERCADO - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. CONTRABANDO/DESCAMINHO.

A comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho constitui motivo para exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional, nos termos legais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa – Relator e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente), Neudson Cavalcante Albuquerque, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Efigênio de Freitas Júnior, Alexandre Evaristo Pinto, Jeferson Todorovicz e André Severo Chaves (suplente).

Relatório

JAIME JOSÉ MARQUES - MINIMERCADO - ME recorre a este Conselho Administrativo pleiteando a reforma do acórdão proferido pela DRJ/CGE de nº 04-39.378, de 28/4/2015, fls. 37/39, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade.

O contribuinte foi excluído do Simples Nacional com efeitos retroativos a partir de 1º/6/2011 e permanecendo impedida de optar pelo Simples Nacional nos três anos-calendário seguintes, conforme Ato Declaratório Executivo nº 68, de 06/08/2014, da DRF/JOA/SC (fls. 20 e 33), tendo em vista a Representação Fiscal para a Exclusão de Ofício de fls. 15-16 e o Despacho Decisório de fls. 17-19, por comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Cientificada em 18/08/2014 (fls. 22), apresentou manifestação de inconformidade em 16/9/2014 (fls. 23-25), alegando, em síntese, que os cigarros apreendidos não eram

destinados ao comércio e sim para consumo próprio. Ademais, não foram encontrados no seu estabelecimento, portanto a penalidade de exclusão não seria cabível.

Argumentou que, caso não seja reconsiderado o despacho que a excluiu do Simples Nacional, deve a exclusão produzir efeitos a partir do despacho definitivo e após a apreciação de sua defesa, visto que só tomou conhecimento da exclusão em agosto de 2014, quando já não podia fazer nova opção, pois decorrera o prazo de três anos da apreensão do cigarro. Como teve a ciência da sua exclusão somente em 2014, é que lhe foi oportunizado a sua defesa. Asseverou que a penalidade da exclusão foi aplicada antes de apresentar a defesa, o que fere o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Ao apreciar a lide, a DRJ/CGE considerou improcedente a manifestação de inconformidade, em acórdão assim ementado (Acórdão nº 04-39.378, de 28/4/2015):

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO. CONTRABANDO/DESCAMINHO.

A comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho constitui motivo para exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional, nos termos legais.

Devidamente cientificada em 29/4/2015, fls. 42, apresentou Recurso Voluntário em 14/5/2015, fls. 44/46, contrapondo-se ao acórdão de primeira instância com base nos argumentos a seguir sintetizados:

- Os fiscais que o autuaram não encontraram cigarro estrangeiro no seu comércio (uma pequena vendinha no interior). Somente dois maços foram encontrados, um de seu pai e outro da ora Recorrente, os demais foram buscados na residência, que fica próxima e entregues de boa-fé.
- O cigarro foi deixado com o representante da Recorrente, para posterior entrega e mesmo assim, houve a autuação.
- A Recorrente pagou a multa, mas está inconformada com o fato de somente após ter decorrido três anos na autuação ter sido notificado de que havia contra ela um processo e que fora excluído do Simples.
- Os fiscais não encontraram nenhum maço de cigarro exposto à venda.
- E como já foi dito na impugnação que foi julgada improcedente, a Recorrente até cobrou a multa paga do dono do cigarro, quando apareceu para apanhá-lo. Se não produziu prova disso, foi porque no momento só havia o representante da Recorrente e os fiscais, cujos nomes já declinou.
- A própria Constituição determina que os consumidores sejam esclarecidos sobre a incidência de impostos sobre os produtos e mercadorias e não pode haver tratamento diferente para o sujeito passivo sobre a sua obrigação tributária.

Não pode uma Resolução, que não tem compatibilidade com o Texto Constitucional se sobrepor a Constituição.

Reafirma, que a Resolução na qual foi incurso, é Inconstitucional, cuja matéria será objeto de ação própria.

Quanto a exclusão do Simples Nacional, se a defesa apresentada administrativamente suspende a exclusão, esta ainda não está vigorando, pois que, ainda não é definitiva a aplicação de tal penalidade.

Diante de todo o exposto, REQUER SEJA DADO TOTAL PROVIMENTO AO PRESENTE RECURSO VOLUNTÁRIO PARA CANCELAR O ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO N. 78/ 2015, seja (i) face à ausência de suporte normativo para a manutenção do improcedente ATO DECLARATÓRIO, seja (ii) pela aplicação do artigo 106 do Código Tributário Nacional que determina a aplicação da lei posterior a fatos não definitivamente julgados quando deixe de defini-lo como infração e quando deixe de trata-lo como contrário à qualquer exigência de ação ou omissão, ou seja ainda (iii) face à preponderância do exercício de atividade econômica não vedada, qual seja, comercialização (compra e venda) de vacinas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Antonio Carvalho Barbosa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Discute-se a exclusão do contribuinte da sistemática do Simples Nacional, com base no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006:

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

(...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

§ 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.

De início, é importante destacar que o contribuinte não se insurgiu contra o processo de perdimento de mercadorias, em que foi apurado o crime de contrabando/descaminho, tornando-se revel (fls. 10). Sem sombra de dúvidas, aquele processo era o instrumento adequado para discussão da infração supostamente cometida.

De qualquer forma, enfrentemos as questões abordadas pela defesa.

No seu recurso, o contribuinte praticamente repete os mesmos argumentos que foram apresentados quando da contestação da exigência, no sentido de que os cigarros apreendidos eram de uso próprio (do titular, do pai e de sua mãe, fls. 23/24) e não estavam no estabelecimento, mas em outra casa.

Essa assertiva não se sustenta, a partir da análise dos elementos acostados ao processo. Conforme se pode verificar no documento às fls. 08 (Termo de Início e Apreensão –

Contrabando/Descaminho), o endereço onde foi efetuada a apreensão é o mesmo do Minimercado (Linha Lourenço, S/N), o que macula a tese da defesa.

Aliás, mesmo que parte do estoque desse material estivesse em sua residência, o que não está provado nos autos, não afastaria a hipótese de comercialização irregular.

Note-se que, a quantidade apreendida - 810 maços de cigarros – afasta a possibilidade de utilização para fins de consumo pessoal. Pelo contrário.

Também não favorece a recorrente a assertiva de que teria cobrado a multa do verdadeiro dono do cigarro, quando apareceu para apanhá-lo, até porque também não está lastreada em qualquer elemento de prova.

Quanto ao questionamento sobre o fato de ter sido notificada somente após três anos da ocorrência dos fatos, a Administração Tributária, como muito bem já pontou o acórdão recorrido, dispõe do prazo de cinco anos para adotar os procedimentos pertinentes, quando efetuado de ofício (Art. 173 do Código Tributário Nacional - CTN).

Quanto ao fato de ter agido de boa-fé, esclareça-se que vigora no direito tributário o princípio da responsabilidade objetiva, prevista no art. 136 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Responsabilidade por Infrações Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, 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.

Já no que concerne ao disposto no art. 106 do CTN, o referido dispositivo trata de situações de excepcionalidade, nos seguintes termos:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

A Recorrente não indicou qual teria sido o dispositivo legal que deixou de definir o caso aqui tratado como infração (comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho). Pelo contrário, o art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, ainda permanece em vigor.

Também não se consegue identificar qualquer relação dos demais incisos do art. 106 do CTN com o caso em análise.

Por tais motivos, entendo não merecer reparos o Ato Declaratório Executivo n.º 68, da DRF/JOA/SC.

Conclusão.

De todo o exposto, **voto** no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa