



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10925.720285/2013-53
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.398 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de fevereiro de 2021
Recorrente MASTER 3 M LTDA. - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL, vencidos os Conselheiros Paula Santos de Abreu e Luciano Bernart que davam provimento.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Paula Santos de Abreu, Iágaro Jung Martins, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone.

Relatório

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto em face de decisão proferida pela 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em

Campo Grande - MS, através do acórdão 04-39.532, que julgou IMPROCEDENTE a manifestação de inconformidade do contribuinte em epígrafe, doravante chamado de recorrente.

Do litígio fiscal e manifestação de inconformidade:

Por bem descrever os termos do litígio fiscal e respectiva manifestação de inconformidade, transcrevo o relatório pertinente na decisão *a quo*:

A contribuinte, acima qualificada, foi excluída do Simples Nacional com efeitos retroativos a partir de 01/08/2011, conforme Ato Declaratório Executivo n.º 74, de 06/08/2014, da DRF Joaçaba/SC (fls. 20), tendo em vista a Representação Fiscal para a Exclusão do Simples Nacional (fls. 15-16) e o Despacho Decisório de fls. 17-19, por comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Cientificada em 14/08/2014 (AR, fls. 22), apresentou manifestação de inconformidade em 01/09/2014 (fls. 27-55), alegando, em síntese, o seguinte:

a) que no dia 15/08/2011 foram apreendidos em seu estabelecimento 140 maços de cigarros, avaliados em R\$ 105,00, por fiscais da Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina tendo, depois, a Receita Federal lavrado o auto de infração e demais procedimentos relativos ao perdimento; .

b) questionou, preliminarmente, o auto de infração e de apreensão, declarando que não foi intimado naqueles procedimentos, que correram à sua revelia;

c) esclareceu que os cigarros apreendidos não estavam expostos à venda, mas pertenciam ao sócio da interessada, Sr. Floriano da Rosa, que os possuía para consumo próprio, e que a comprovação dos fatos depende de investigação criminal, a cargo da Polícia Federal, da qual não tem conhecimento;

d) invocou as garantias do devido processo legal, previstas no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, não tendo sido respeitado, quanto àqueles procedimentos, o disposto no art. 23 do Decreto n.º 70.235/1972, bem como o art. 26, § 3º, da Lei n.º 9.784/1999, discorrendo longamente a esse respeito, invocando o CPC, RIR e decisões judiciais e administrativas;

e) no mérito, aduziu que a materialidade do suposto crime e infração não está comprovada, vez que os cigarros eram para uso próprio do sócio da defendente e não estavam expostos à venda, vez que a empresa tem por objetivo principal a comercialização de produtos alimentícios em geral, a comercialização de materiais de construção em geral, o comércio de gás liquefeito de petróleo, que são atividades totalmente incompatíveis com os produtos (cigarros) encontrados no estabelecimento, não restando comprovado que a empresa e ou seus sócios comercializavam cigarros, o que depende de investigação criminal;

f) o caso em tela demonstra-se em harmonia como a jurisprudência que torna mister a existência de um determinado valor real relevante para ser dado início a execução fiscal, ou seja, a própria Administração fixa um valor mínimo para executar seu crédito, conforme farta jurisprudência que transcreveu, mormente diante do fato de que os cigarros apreendidos correspondem a R\$ 105,00;

g) por essa razão, falta justa causa para a ação administrativa, vez que os cigarros apreendidos são de R\$ 105,00 e não pertenciam à impugnante e sim ao sócio, sendo certo que o art. 20 da Lei n.º 10.522/2002 estabeleceu o valor de R\$ 10.000,00 como valor mínimo para execução fiscal, conforme decisões judiciais transcritas;

h) invocou a aplicação por analogia do art. 83 da Lei nº 9.430/1996, bem como o princípio da insignificância e, por último, a violação dos princípios da capacidade econômica, proporcionalidade e razoabilidade;

i) requereu diligência para apuração real dos fatos, nos termos do art. 5º, LV da CF, e art. 59 do Decreto nº 70.235/1972 e, por fim, reiterou os pedidos feitos anteriormente ao longo da manifestação.

Da decisão da DRJ:

Ao analisar a manifestação de inconformidade, a DRJ, primeira instância administrativa, decidiu por NEGAR PROVIMENTO TOTAL à mesma, por unanimidade.

A decisão foi ementada nos seguintes termos:

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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Do voto do relator, que foi acompanhado unanimemente pelo colegiado de primeira instância administrativa, extrai-se os seguintes excertos e destaques que entendo mais importantes para fundamentar a sua decisão final:

A contribuinte foi excluída do Simples Nacional com base no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, o qual dispõe:

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.

Inicialmente, cumpre esclarecer que neste processo está sendo apreciada a exclusão do Simples Nacional, sendo impertinentes as alegações relativas ao perdimento de mercadoria e à autuação, objetos de outros processos, razão pela qual aqui não serão examinadas as alegações e argumentos aduzidos a esse título.

Com efeito, vigora o princípio da independência das instâncias administrativas e judicial, de molde a que cada uma aprecie a matéria sob sua alçada com os princípios e regramentos que lhes são próprios.

Nesse sentido, inaplicável de apreciação nesta sede a aplicação por analogia do art. 83 da Lei n.º 9.430/1996, que diz respeito à Representação Fiscal para Fins Penais e extinção da punibilidade pleiteada (fls. 44-45).

Cabe anotar, ainda preliminarmente, que não cabe discussão da constitucionalidade ou ilegalidade de lei em sede administrativa, consoante estabelece o *caput* do art. 26-A do Decreto n.º 70.235/1972 na redação dada pelo art. 25 da Lei n.º 11.941, de 27 de maio de 2009:

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.

Acresce, como ensina Seabra Fagundes, que “administrar é aplicar a lei de ofício”, e dispo do Lei Complementar n.º 123, de 2006, no art. 29, inciso VII, que será excluída do Simples Nacional a empresa que comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, não há como acolher suas alegações.

Desta forma, é de se rejeitar todas as alegações a esse título aduzidas ao longo da peça impugnatória tais como: violação dos princípios da capacidade contributiva, proporcionalidade, razoabilidade etc.

É de se rejeitar, igualmente, o requerimento para diligência e perícia dos cigarros encontrados no estabelecimento da impugnante a fim de “averiguar sua marca, valor e real procedência, bem como a propriedade das mercadorias” (v. fls. 53-54).

Com efeito, as mercadorias já foram identificadas e valoradas, consoante se observa do auto de infração e apreensão (v. fls. 03-09) não tendo a contribuinte questionado tais fatos na ocasião da apreensão e nem mesmo nos processos pertinentes de apreensão de mercadorias e auto de infração, tornando-se revel (fls. 10). Aliás, ela própria afirmou inúmeras vezes que os 140 maços de cigarros pertenciam ao seu sócio, como então quer apurar sua propriedade?!

Outrossim, para realização de perícia é necessário cumprir os requisitos do art. 16, inciso IV, do Decreto n.º 70.235/1972, ou seja, deveria a contribuinte ter formulado quesitos e indicado seu perito (nome, endereço e qualificação profissional), além de fundar seu pedido em argumentos sólidos que a justificasse.

Na hipótese vertente, como se viu, os pedidos de diligência e ou perícia se mostram prescindíveis e desnecessários, já que os dados questionados já foram apurados, motivos pelos quais as rejeito.

No mérito, a manifestante argumentou que os 140 maços de cigarros pertenciam a seu sócio, para consumo próprio.

Contudo, declarou com todas as letras que estavam no seu estabelecimento e não trouxe nenhuma prova de propriedade em nome do sócio.

Ademais, é certo que se trata de estabelecimento comercial e, ainda que não conste de seu objetivo social a venda de cigarros, isto não invalida a acusação fiscal de que estava negociando essa expressiva quantidade de cigarros, quando se considera que seria para uso de uma única pessoa.

Por outra, a própria defendente alegou que tinha por objetivo principal o comércio de produtos alimentícios, mas também comercializava materiais para construção em geral e comércio de gás liquefeito de petróleo (v. fls. 37), que, nada têm com comum! Aliás, seguindo o raciocínio da impugnante são totalmente incompatíveis. Logo, também por essa argumentação não há como lhe dar guarida...

O fato de os valores serem inferiores aos limites para execução fiscal fixados em lei não tem o condão de descaracterizar a infração ou infirmá-la, pois no caso de infrações fiscais 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.

Desta maneira, tendo sido apreendidos os cigarros em seu estabelecimento comercial (140 maços) e nada tendo a requerente alegado naquela ocasião ou depois, nos processos específicos de autuação e apreensão, não há como lhe deferir o pedido nesta sede.

Por outro lado, ainda que a quantidade dos cigarros apreendidos não seja em maior quantidade do que aquela encontrada, foi destinada ao comércio no estabelecimento da contribuinte, tratando-se de mercadoria estrangeira importada irregularmente.

Logo, não há como falar em falta de justa causa para a exclusão da empresa do Simples Nacional, vez que o dispositivo que dá fundamento legal ao ato administrativo está claramente previsto na Lei Complementar nº 123/2006, art. 29, inciso VII, acima transcrito, sendo de rigor a sua aplicação pela autoridade administrativa.

Quanto ao princípio da insignificância, trata-se de princípio aplicado pelo Poder Judiciário, por meio de construção jurisprudencial, sendo defeso à autoridade administrativa aplicá-lo, vez que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (Código Tributário Nacional, art. 142 e parágrafo único).

Aliás, o art. 141 do CTN é cristalino ao sentenciar:

Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias

Por último, observa-se que a contribuinte foi considerada revel no processo de perdimento (fls. 10), ou seja, nada questionou quanto à apreensão no procedimento próprio.

Conclusão.

Em face do exposto e considerando tudo mais que dos autos consta, rejeito as preliminares argüidas e, no mérito, julgo improcedente a manifestação de inconformidade e mantenho o Ato Declaratório Executivo impugnado por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Do Recurso Voluntário:

Tomando ciência da decisão *a quo* em 08/06/2015, a recorrente apresentou o recurso voluntário em 02/07/2015 (fls. 101), ou seja tempestivamente.

No mesmo, replica, *ipsis litteris*, as suas alegações da manifestação de inconformidade, em nada inovando após prolatada a decisão da DRJ.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marco Rogério Borges, Relator.

Conforme relatório que precede o presente voto, o recurso voluntário é tempestivo e atende os requisitos regimentais para a sua admissibilidade, pelo que o conheço.

Do recurso voluntário:

Conforme depreende-se do relatório que precede o presente voto, a discussão nos autos cinge-se à exclusão do simples nacional em virtude da constatação de comercialização de produtos estrangeiros de contrabando.

Foi lavrado *auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal* (fls. 3/5), contra o contribuinte, que originou o processo administrativo 10925.722686/2011-86.

As mercadorias em questão (140 maços de cigarros contrabandeados) foram apreendidos no dia 15/08/2011, no estabelecimento do contribuinte, no qual constava que os mesmos estavam expostos a venda, desprovidos de documentos fiscais.

O processo administrativo 10925.722686/2011-86 transitou em definitivo, conforme termo de revelia a fl. 10, confirmando a pena de perdimento, e em decorrência, houve a representação para exclusão do simples nacional do contribuinte (fls. 15/16) que atuava no estabelecimento da apreensão, no caso, a recorrente dos autos.

O despacho decisório da exclusão está nos autos, fls. 17/19.

O ADE DRF/JOA-SC nº 74, de 06/08/2014, que excluiu do simples nacional foi prolatado com efeitos da exclusão a contar de 01/08/2011 (fl. 20), do qual o contribuinte teve ciência em 14/04/2014 (fl. 22).

O fundamento utilizado foi o art. 29, inciso VII, da LC 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;

Após manifestação de inconformidade, houve a decisão da DRJ indeferindo seu pleito. Assim, apresenta recurso voluntário, replicou no seu recurso voluntário o mesmo teor, *ipsis litteris*, da sua manifestação de inconformidade, em nada inovando nas alegações após proferida a decisão *a quo*.

Na apreciação das questões, o acórdão recorrido se mostrou sólido em suas conclusões e se encontra adequadamente fundamentado. Portanto, adoto como minhas razões de decidir a decisão recorrida, pelos seus próprios fundamentos.

Assim, utilizo-me da faculdade prevista ao Conselheiro Relator nos termos do parágrafo 3 do art.57 do Regimento Interno do CARF:

Art.57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem: [...]

Parágrafo 1º. A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico. [...]

2 A exigência do Parágrafo 1º. pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF n. 329, 2017).

DA DECISÃO DA DRJ

A seguir, o voto condutor do Acórdão da DRJ:

A contribuinte foi excluída do Simples Nacional com base no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, o qual dispõe:

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.

Inicialmente, cumpre esclarecer que neste processo está sendo apreciada a exclusão do Simples Nacional, sendo impertinentes as alegações relativas ao perdimento de mercadoria e à autuação, objetos de outros processos, razão pela qual aqui não serão examinadas as alegações e argumentos aduzidos a esse título.

Com efeito, vigora o princípio da independência das instâncias administrativas e judicial, de molde a que cada uma aprecie a matéria sob sua alçada com os princípios e regramentos que lhes são próprios.

Nesse sentido, inaplicável de apreciação nesta sede a aplicação por analogia do art. 83 da Lei nº 9.430/1996, que diz respeito à Representação Fiscal para Fins Penais e extinção da punibilidade pleiteada (fls. 44-45).

Cabe anotar, ainda preliminarmente, que não cabe discussão da constitucionalidade ou ilegalidade de lei em sede administrativa, consoante estabelece o caput do art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972 na redação dada pelo art. 25 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009:

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.

Acresce, como ensina Seabra Fagundes, que “administrar é aplicar a lei de ofício”, e dispondo a Lei Complementar nº 123, de 2006, no art. 29, inciso VII, que

será excluída do Simples Nacional a empresa que comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, não há como acolher suas alegações.

Desta forma, é de se rejeitar todas as alegações a esse título aduzidas ao longo da peça impugnatória tais como: violação dos princípios da capacidade contributiva, proporcionalidade, razoabilidade etc.

É de se rejeitar, igualmente, o requerimento para diligência e perícia dos cigarros encontrados no estabelecimento da impugnante a fim de “averiguar sua marca, valor e real procedência, bem como a propriedade das mercadorias” (v. fls. 53-54).

Com efeito, as mercadorias já foram identificadas e valoradas, consoante se observa do auto de infração e apreensão (v. fls. 03-09) não tendo a contribuinte questionado tais fatos na ocasião da apreensão e nem mesmo nos processos pertinentes de apreensão de mercadorias e auto de infração, tornando-se revel (fls. 10). Aliás, ela própria afirmou inúmeras vezes que os 140 maços de cigarros pertenciam ao seu sócio, como então quer apurar sua propriedade?!

Outrossim, para realização de perícia é necessário cumprir os requisitos do art. 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235/1972, ou seja, deveria a contribuinte ter formulado quesitos e indicado seu perito (nome, endereço e qualificação profissional), além de fundar seu pedido em argumentos sólidos que a justificasse.

Na hipótese vertente, como se viu, os pedidos de diligência e ou perícia se mostram prescindíveis e desnecessários, já que os dados questionados já foram apurados, motivos pelos quais as rejeito.

No mérito, a manifestante argumentou que os 140 maços de cigarros pertenciam a seu sócio, para consumo próprio.

Contudo, declarou com todas as letras que estavam no seu estabelecimento e não trouxe nenhuma prova de propriedade em nome do sócio.

Ademais, é certo que se trata de estabelecimento comercial e, ainda que não conste de seu objetivo social a venda de cigarros, isto não invalida a acusação fiscal de que estava negociando essa expressiva quantidade de cigarros, quando se considera que seria para uso de uma única pessoa.

Por outra, a própria defendente alegou que tinha por objetivo principal o comércio de produtos alimentícios, mas também comercializava materiais para construção em geral e comércio de gás liquefeito de petróleo (v. fls. 37), que, nada têm com comum! Aliás, seguindo o raciocínio da impugnante são totalmente incompatíveis. Logo, também por essa argumentação não há como lhe dar guarida...

O fato de os valores serem inferiores aos limites para execução fiscal fixados em lei não tem o condão de descaracterizar a infração ou infirmá-la, pois no caso de infrações fiscais 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.

Desta maneira, tendo sido apreendidos os cigarros em seu estabelecimento comercial (140 maços) e nada tendo a requerente alegado naquela ocasião ou depois, nos processos específicos de autuação e apreensão, não há como lhe deferir o pedido nesta sede.

Por outro lado, ainda que a quantidade dos cigarros apreendidos não seja em maior quantidade do que aquela encontrada, foi destinada ao comércio no estabelecimento da contribuinte, tratando-se de mercadoria estrangeira importada irregularmente.

Logo, não há como falar em falta de justa causa para a exclusão da empresa do Simples Nacional, vez que o dispositivo que dá fundamento legal ao ato administrativo está claramente previsto na Lei Complementar nº 123/2006, art. 29, inciso VII, acima transcrito, sendo de rigor a sua aplicação pela autoridade administrativa.

Quanto ao princípio da insignificância, trata-se de princípio aplicado pelo Poder Judiciário, por meio de construção jurisprudencial, sendo defeso à autoridade administrativa aplicá-lo, vez que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (Código Tributário Nacional, art. 142 e parágrafo único).

Aliás, o art. 141 do CTN é cristalino ao sentenciar:

Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias

Por último, observa-se que a contribuinte foi considerada revel no processo de perdimento (fls. 10), ou seja, nada questionou quanto à apreensão no procedimento próprio.

Conclusão.

Em face do exposto e considerando tudo mais que dos autos consta, rejeito as preliminares arguidas e, no mérito, julgo improcedente a manifestação de inconformidade e mantenho o Ato Declaratório Executivo impugnado por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Conclusão:

Considerando o acima exposto, VOTO no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges