



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10925.721038/2016-17
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.293 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2021
Recorrente MERCADO MAYCON LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. COMÉRCIO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á na hipótese de a empresa comercial varejista manter em seu estoque ou expostas a venda para comercialização mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

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, vencido o Conselheiro Luciano Bernart que dava provimento.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Iágaro Jung Martins - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogerio Borges, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Iágaro Jung Martins, Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart, Paulo Mateus Ciccone (Presidente)

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado por MERCADO MAYCON LTDA contra decisão da DRJ/BSB, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade contra Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), com efeitos a partir de 01.01.2016.

A referida exclusão ocorreu em virtude de o contribuinte ter comercializado mercadorias objeto de descaminho, nos termos do art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, conforme Representação Fiscal para exclusão do Simples Nacional (fls. 2/3).

A ora Recorrente arguiu em manifestação de inconformidade que as mercadorias apreendidas (150 carteiras de cigarro) não estavam sendo objeto de comercialização ou expostas à venda, pois não pertenciam ao contribuinte.

A DRJ, ao analisar a manifestação de inconformidade, decidiu válida a exclusão em razão da apreensão no estabelecimento e da decretação de pena de perdimento dos produtos estrangeiros destinados à revenda, conforme PAF nº 10925.720305/2016-39 (fls. 93/98). A referida decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2016

EXCLUSÃO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

Consoante o inciso VII, do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, é cabível a exclusão de ofício das pessoas jurídicas do Simples Nacional quando constatada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Em sede de recurso voluntário (fls. 103/153), a Recorrente alega os bens apreendidos (150 carteiras de cigarro) não estavam sendo comercializados ou expostos à venda, *como foi indevidamente narrado na Representação Fiscal*. Alega que os cigarros estavam acondicionados em caixa de papelão embaixo de um balcão, conforme boletim de ocorrência lavrado pela Polícia Civil. Sobre esse ponto, alega que a hipótese do art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, não restou comprovada, fato que ofende ao princípio da legalidade tributária. Aduz ainda existência de cerceamento de defesa no Acórdão de primeira instância, que indeferiu o pedido de produção de prova testemunhal para demonstrar a não comercialização e a propriedade dos cigarros apreendidos. Alega ofensa ao princípio da verdade material na decisão de primeira instância ao não discutir a origem dos cigarros apreendidos, em razão da revelia no processo de perdimento, e de assumir como presumida a comercialização dos mesmos, nesse ponto, cita precedente do TRF4. Informa que é empresa familiar, que exerce o comércio varejista, com predominância de produtos alimentícios (minimercado) e que até então não possuía qualquer pendência fiscal, razão pela qual requer seja afastado ato de exclusão, requer, ainda, a aplicação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da insignificância, visto que os cigarros apreendidos foram avaliados em R\$ 675,00 e que a exclusão do Simples Nacional levaria a empresa à falência. Pugna ao final pelo provimento do presente Recurso e a anulação do ADE de exclusão. Ao final requer de forma subsidiária, que, mantido o ADE, seja isentada de apresentar as obrigações acessórias retroativas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Iágaro Jung Martins, Relator.

1. Conhecimento

1.1. Tempestividade

O sujeito passivo foi cientificado da Decisão de primeira instância em 22.11.2017, conforme Aviso de Recebimento (fls. 100), portanto o Recurso Voluntário apresentado em 22.12.2017, conforme Termo de Análise de Solicitação de Juntada (fls. 102) é **tempestivo**.

1.2. Da ofensa ao princípio da verdade material sobre a origem e propriedade dos cigarros apreendidos

O sujeito passivo alega que a decisão de primeira instância não observou o princípio da verdade material ao não investigar a real origem e a propriedade dos cigarros apreendidos.

A procedência dos cigarros e a propriedade dos mesmos é matéria estranha ao presente processo, tendo sido objeto de discussão e decisão no PAF nº 10925.720305/2016-39, que trata da apreensão e da pena de perdimento.

Conforme consignado na decisão de primeira instância, *após regular ciência do autuado, foi a revelia do contribuinte (cópia do 'Termo de Revelia' de fl. 12) e, a aplicação da pena de perdimento das mercadorias encontradas.*

Dessa forma, não conheço a alegação de vício da decisão de primeira instância sobre matéria sobre a qual a 1ª Seção de Julgamento do CARF não tem competência e foi objeto de decisão em processo próprio, que tem regulação específica na legislação aduaneira (art. 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.455, de 1976).

2. Da preliminar de nulidade da decisão de primeira instância em razão do cerceamento de defesa

O sujeito passivo alega nulidade da decisão de primeira instância que indeferiu o pedido de produção de prova testemunhal para demonstrar a não comercialização e a propriedade dos cigarros apreendidos.

O art. 59, II, do Decreto nº 70.235, de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal¹, determina serem nulas as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

¹ Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Em relação à propriedade dos bens apreendidos, como destacado anteriormente, a matéria é estranha ao presente processo, tendo sido objeto de discussão e decisão no PAF nº 10925.720305/2016-39, que trata da apreensão e da pena de perdimento.

Logo, não se pode falar em cerceamento de defesa sobre matéria que o julgador não tem competência para se pronunciar.

Sobre a questão do não deferimento da prova testemunhal, não se vislumbra vício, quando a negativa foi suficientemente fundamentada, conforme o seguinte trecho da referida decisão:

Por fim, especificamente no que se refere ao pedido para que “seja designada a oitiva de testemunhas, a serem oportunamente arroladas”, voto por indeferir uma vez que o momento oportuno para a apresentação de provas para elidir qualquer imputação da fiscalização é por ocasião da apresentação da impugnação.

Ademais não há previsão no Decreto 70.235 de 1972, que versa sobre o processo administrativo fiscal, para que haja a oitiva de testemunhas.

Salienta-se que a respeito de apresentação de documentação comprobatória como prova, assim dispõe o artigo 373 do CPC, verbis:

Código de Processo Civil

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Adicionalmente, a legislação que regula o processo administrativo fiscal determina que toda prova documental deve ser trazida com a impugnação, sob pena de preclusão (artigo 16, do Decreto nº 70.235, de 1972), verbis:

Decreto nº 70.235/1972

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

§4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.
(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

Desse modo, nos termos da legislação, o ônus da prova recai sempre sobre a contribuinte, que deveria ter trazido aos autos elementos que não deixassem nenhuma dúvida quanto ao fato questionado, o que em relação a origem das mercadorias apreendidas apontada pela fiscalização no presente processo efetivamente não ocorreu.

Dessa forma, diante da fundamentação para não determinação de oitivas de testemunhas e pela impossibilidade, por ausência de competência em relação à matéria propriedade dos bens apreendidos, REJEITO a preliminar de nulidade de cerceamento do direito de defesa.

3. Mérito

Uma vez afastada a matéria que diz respeito à origem ou propriedade dos bens objeto de apreensão e da pena de perdimento, as razões de mérito cingem-se sobre dois aspectos: (i) de que os cigarros apreendidos não estavam sendo comercializados ou expostos à venda, conforme art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, e (ii) a aplicação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da insignificância, visto que os cigarros apreendidos foram avaliados em R\$ 675,00 e que a exclusão do Simples Nacional levaria a empresa à falência.

3.1. Da comercialização dos produtos apreendidos

O ato de exclusão, como relatado decorre da constatação de que o sujeito passivo mantinha em seu estabelecimento produtos oriundos de contrabando destinados à comercialização, conforme Representação de Exclusão do Simples Nacional (fls. 2/3), objeto do presente litígio.

O art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, assim dispõe sobre a impossibilidade de permanência no Simples Nacional:

“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. (...)”

O sujeito passivo tem como atividade econômica principal o comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – minimercados, mercearias e armazéns (CNAE 47.12-1-00), conforme consignado no Recurso Voluntário.

Ou seja, o objeto social da Recorrente inclui a comercialização de cigarros de origem lícita. Os cigarros de origem ilícita, apreendidos de forma regular e sobre os quais foi aplicada pena de perdimento, ainda que não se encontrassem expostos de forma acessível aos

clientes, como ocorre com os demais produtos de origem lícita, integravam o estoque do estabelecimento comercial, pois foi no estabelecimento comercial que se deu a apreensão.

De fato, desnecessário, senão impossível, provar que os produtos foram comercializados, pois, antes de o serem, foram apreendidos em decorrência de terem sido introduzidos no país de forma irregular.

É desarrazoada a hipótese de que não restaria configurada a hipótese de exclusão prevista no art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, pelo fato de os produtos, originalmente destinados à comercialização, terem sido objeto de apreensão antes da ato de comércio.

A finalidade da consequência legal pela exclusão em comento é a de não permitir que empresa optante do regime favorecido do Simples Nacional, isto é, detentora de favor fiscal concorra de forma ilegal e em detrimento da indústria nacional, ou seja, evitar a insólita situação de renúncia fiscal por parte do Estado para beneficiar quem prejudica o mercado concorrencial lícito.

Evidentemente que a expressão “comercializar mercadorias” não se restringe apenas e exclusivamente às hipóteses em que fosse verificado *in loco* pela autoridade tributária a ocorrência de atos de mercancia com mercadoria objeto de descaminho ou contrabando.

Invoca-se essa quase absurda hipótese justamente porque é fato notório, portanto, desnecessário provar, que uma mercadoria introduzida no estoque de uma empresa de forma ilícita, em decorrência de descaminho ou contrabando, por exemplo, obviamente não terá saída do estoque via nota fiscal, sob pena de evidenciar prova de sonegação fiscal.

Assim, a interpretação adequada e coerente com a finalidade do art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, é aquela que implica exclusão do Simples Nacional da empresa que mantenha em seu estoque ou expostas a venda para comercialização mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

3.2. Da aplicação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da insignificância

Pugna, por fim a Recorrente que, dado o valor de avaliação das 150 carteiras de cigarro apreendidas, no valor de R\$ 675,00, seja mantida no Simples Nacional ou, subsidiariamente, seja dispensada das obrigações acessórias retroativas.

Como referido em tópico anterior, consequência legal de comercializar mercadorias objeto de contrabando é a exclusão de ofício a partir do próprio mês em que verificada a infração (art. 29, § 1º, da LC nº 123, de 2006).

Não compete ao CARF negar efeitos de lei que tenha presunção de validade, nisso se inclui a flexibilização de texto expresso de lei, que prevê uma consequência para um fato típico e não desejado pelo legislador, mediante aplicação de princípios de direito, que têm como finalidade a integração e interpretação do ordenamento jurídico, jamais a de negar vigência e eficácia a norma fixada em lei. Essa é a inteligência da Súmula CARF nº 2.

Pelos mesmos argumentos, de ausência de competência do CARF, não se pode dispensar o contribuinte, obrigado por força do art. 113 do Código Tributário Nacional, de prestar deveres instrumentais à Administração Tributária, ressalte-se no entanto, como corolário da exclusão do Simples Nacional, que o dever de prestar informações não retroage, mas se aplicam apenas a partir do mês que se deu exclusão, conforme o art. 29, § 1º, da LC nº 123, de 2006.

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo.

(documento assinado digitalmente)

Iágaro Jung Martins