



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10925.721697/2014-91
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-004.566 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de agosto de 2020
Recorrente MERCADO NOVO LAR LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

HIPÓTESE DE EXCLUSÃO DE OFÍCIO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. COMPROVAÇÃO.

Na espécie, considero que foi comprovada além de qualquer dúvida razoável a hipótese de exclusão de ofício do Simples Nacional devido à comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

O ato de exclusão de ofício é vinculado e não é dado à autoridade administrativa deixar de aplicar a norma cogente em razão de considerações de cunho principiológico.

SIMPLES NACIONAL. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.

A opção pelo Simples Nacional pode ser revista pela Administração Tributária dentro do prazo decadencial. No caso de comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho, a exclusão deve produzir efeitos desde o mês em que constatada a infração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Nelso Kichel, Letícia Domingues Costa Braga, Eduardo Morgado Rodrigues e Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

Relatório

Trata o presente processo do Ato Declaratório Executivo DRF/JOA-SC nº 15/2015, por meio do qual a autoridade administrativa promoveu a exclusão do contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a partir de 01/02/2012, com efeitos pelo prazo de 03 (três) anos-calendários.

A razão para a exclusão foi a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, conforme previsto no artigo 29, VII, da Lei Complementar nº 123/2006.

A exclusão de ofício foi proposta pela fiscalização aduaneira por meio de Representação Fiscal lavrada em 26/12/2014, na qual a autoridade fiscal relatou a apreensão de cigarros de origem estrangeira sem prova de sua regular importação, conforme Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0920300.00080/12.

Irresignado com a exclusão de ofício do Simples Nacional, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade. Na peça de defesa, apresentou as seguintes alegações:

Com efeito, o Ato Declaratório Executivo impugnado deve ser cancelado em razão de que em momento algum a Impugnante comercializou mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Não existe prova de que as mercadorias apreendidas pertencessem à Impugnante ou que ela as tenha comercializado.

Ainda que assim não fosse, o que se admite apenas para efeito de argumentação, tratar-se-ia de infração irrelevante para o Estado e para a sociedade, por importar na supressão de tributos em valor inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Aplica-se ao caso dos autos o princípio da insignificância ou do crime de bagatela.

Demais disso, a aplicação de penalidade tão severa para infrações dessa natureza representam uma afronta aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

De outro lado, salta aos olhos a impossibilidade de se atribuir efeitos retroativos ao ato impugnado, haja vista que a Constituição Federal estabelece a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

Em primeira instância, a manifestação de inconformidade foi julgada improcedente. O Acórdão nº 08-035.598 da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. CONTRABANDO E DESCAMINHO.

Cabe exclusão de ofício do Simples Nacional quando comprovado que a empresa comercializou mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

ATIVIDADE VINCULADA.

Os julgadores das Delegacias de Receita Federal do Brasil de Julgamento exercem atividade plenamente vinculada à legislação em vigor no ordenamento jurídico nacional e aos atos emanados da Receita Federal do Brasil.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformado com a decisão de piso, o contribuinte interpôs recurso voluntário, por meio do qual reeditou as alegações da impugnação.

Em essência, era o que havia a relatar.

Fl. 4 do Acórdão n.º 1401-004.566 - 1ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10925.721697/2014-91

Voto

Conselheiro Carlos André Soares Nogueira, Relator.

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

Conforme relatado, o contribuinte insurgiu-se contra a exclusão do Simples Nacional promovida pela autoridade administrativa em razão da apreensão de mercadorias de origem estrangeira (cigarros) sem a devida comprovação da regular importação.

A hipótese de exclusão encontra-se positivada por meio do artigo 29, VII, da Lei Complementar nº 123/2006, *verbis*:

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

[...]

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

[...]

No mencionado auto de infração e termo de apreensão, a autoridade fiscal descreveu em que condições houve a constatação da infração. Reproduzo suas palavras:

Este Auto de Infração versa sobre a apreensão de cigarros de origem estrangeira de propriedade da empresa ora autuada em virtude de estarem expostos à venda em solo brasileiro sem prova de sua regular importação e, conseqüentemente, sem o pagamento dos tributos federais incidentes (Imposto de Importação, IPI, PIS-Importação, COFINS-Importação).

A apreensão inicial foi levada a efeito por Fiscais da Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, em operação de combate a o contrabando e ao descaminho, realizada no dia 09 de fevereiro de 2012, data da ocorrência do fato gerador.

Na ocasião, foram encontrados, no interior do estabelecimento, maços de cigarro de origem estrangeira sem documentos que comprovassem a sua regular entrada no país.

Os volumes foram cautelarmente apreendidos, conforme registrado no Termo de Início e Apreensão em anexo e, posteriormente, encaminhados ao Depósito de Mercadorias Apreendidas - DMA desta Delegacia da Receita Federal do Brasil em Joaçaba.

Após a conferência aduaneira realizada no DMA constatou-se o seguinte:

1 - Havia 170 maços de cigarro de origem estrangeira.

2 – O importador não possui licença necessária à produção ou importação de cigarros, exigida pelo artigo 1º e seus parágrafos do Decreto-lei 1.593/77.

3 - A exigência contida no artigo 47 da Lei nº 9.532/97 e no artigo 32 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 de que o importador deve se constituir sob a forma de sociedade e deve obter Registro Especial de importação junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil não foi atendida;

4 - Não consta a identificação do importador na embalagem comercial, em descumprimento da exigência do artigo 6º-A, do Decreto-lei nº 1.593/77 (com a redação dada pela Lei nº 9.822/99 em seu artigo 2º);

5 - Os maços de cigarros estão sem o selo de controle especial previsto na Lei nº 4.502/64, artigo 46, obrigatório, inclusive, nos produtos importados, por determinação da Lei nº 9.532/97, artigo 49, parágrafo 4º;

6 - As demais exigências que constam no Título VIII, Capítulos III, V, VI e VII, Seções II e III do Decreto 7.212/2010, e Instrução Normativa RFB nº 770/07, também estão ausentes.

Assim, descumpridas as exigências legais, restou comprovada a irregularidade da importação. Formalizo, então, a apreensão para fins de aplicação da pena de perdimento, nos termos do artigo 693 do decreto 6759/09 que regulamentou o Decreto-Lei nº 399/68.

É oportuno também registrar que o contribuinte, após a lavratura do auto de infração, permaneceu inerte, conforme registrado no Termo de Revelia. Desta forma, declarou-se o perdimento das mercadorias em questão.

Por sua vez, na peça recursal, o contribuinte lançou quatro alegações, a saber:

- não haveria provas da comercialização das mercadorias de origem estrangeira;
- mesmo que houvesse a prova, incidiria o princípio da insignificância, pois o valor seria inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
- a exclusão afrontaria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade;
- o Ato Declaratório não poderia ter efeitos retroativos em homenagem ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Passo a apreciar as alegações do recorrente.

Ausência de provas.

No termo de apreensão lavrado pela autoridade fiscal da Secretaria de Estado de Fazenda do Estado de Santa Catarina, registrou-se que as mercadorias de origem estrangeira sem comprovação da regular importação foram encontradas *em estoque sem documentação fiscal para fins de comercialização*.

Esta constatação foi encaminhada à unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil que lavrou o pertinente Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0920300.00080/12. O auto de infração foi juntado ao processo nº 10925.720499/2012-49.

Naquele processo, o contribuinte permaneceu inerte e não impugnou o auto de infração. Portanto, tenho que o Termo de Apreensão (SEFAZ- SC) e o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0920300.00080/12 relatam fatos incontroversos e servem de prova pré-constituída para o presente feito.

Ademais, diante do relato de fatos minuciosamente descritos, o contribuinte limitou-se a lançar uma alegação genérica de que não haveria provas, sem qualquer elemento que pudesse dar suporte à sua argumentação.

Assim, tenho como provado além de qualquer dúvida razoável o fato de terem sido encontradas no estabelecimento do contribuinte mercadorias de origem estrangeira sem comprovação da regular importação com fins de comercialização.

Tenho, portanto, como caracterizada a hipótese material da regra matriz de exclusão de ofício que fundamenta o ADE ora combatido.

Neste ponto, portanto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Princípios da insignificância, razoabilidade e proporcionalidade.

Dentro do julgamento administrativo, o princípio da insignificância, típico do Direito Penal, não tem aplicação na espécie, que trata de mera exclusão administrativa de regime de tributação simplificado facultativo. Não se trata aqui de norma penal, mas de infração às regras que conformam os requisitos para que os sujeitos passivos possam usufruir – de forma opcional – de um regime de tributação simplificado.

Ademais, não é dado à autoridade administrativa deixar de aplicar a norma legal cogente de exclusão de ofício quando verificada no caso concreto a hipótese normativa.

O legislador, ao positivar a hipótese normativa de exclusão de ofício por meio da Lei Complementar nº 123/2006, já ponderou os princípios constitucionais aplicáveis e não deixou margem de apreciação à autoridade administrativa quanto à ponderação da razoabilidade e da proporcionalidade. Não há no texto legal hipótese de gradação de forma a deixar de aplicar a exclusão em razão de considerações de cunho principiológico. Caso deixasse de aplicar a norma legal, a autoridade administrativa estaria violando a separação de poderes que ordena o sistema constitucional pátrio.

Também é conveniente destacar que a exclusão de ofício, nos termos determinados pela Lei Complementar nº 123/2006 não configura ato discricionário, e sim vinculado. Desta forma, não se sujeita a considerações de conveniência e oportunidade. Uma vez caracterizada a ocorrência da hipótese normativa, deve ser a norma individual e concreta de exclusão de ofício.

Por fim, é preciso lembrar que escapa da competência dos julgadores administrativos deixar de aplicar norma legal por considerações de inconstitucionalidade, conforme determina a Súmula CARF nº 02, *verbis*:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Destarte, nesse ponto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Efeitos retroativos do Ato Declaratório Executivo.

Não é demais ressaltar que a apuração tributária simplificada que caracteriza o Simples Nacional insere-se no contexto da sistemática do lançamento por homologação de que cuida o artigo 150 do Código Tributário Nacional:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

De acordo com a sistemática do lançamento por homologação, deve o sujeito passivo fazer a opção pelo Simples Nacional, apurar os débitos devidos de acordo com o regime escolhido e antecipar os pagamentos sem prévio exame da administração tributária. Tais atos ficam sujeitos à revisão por parte da fiscalização pelo prazo decadencial.

Neste diapasão, a norma que trata da exclusão de ofício – no caso de comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho – determina que a exclusão produza efeitos a partir do mês em que constata a ocorrência da infração. É o que se depreende da dicção do artigo 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.

[...] – grifei.

Portanto, considerando que a apreensão dos cigarros estrangeiros ocorreu em 09/02/2012, a autoridade administrativa procedeu de forma correta ao editar o ADE em 23/03/2015 e determinar que a exclusão de ofício produzisse efeitos desde 01/02/2012.

Assim, neste ponto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Conclusão.

Voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira