



Processo nº 10935.721812/2012-47
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-001.458 – 1^a Seção de Julgamento / 2^a Turma Extraordinária**
Sessão de 09 de julho de 2020
Recorrente CHAMA VIVA - COMÉRCIO DE ARTIGOS PARA PRESENTES LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PÓRTE (SIMPLES)

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. CONTRABANDO E DESCAMINHO. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando restar configurada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA
De acordo com a Súmula CARF nº 02, não tem este Conselho competência para pronunciar-se sobre arguições de constitucionalidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Aílton Neves da Silva, Rafael Zedral, Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, transcrevo o relatório produzido no Acórdão n.º 06-42.588 da 7^a Turma da DRJ/CTA, de 30 de julho de 2013 (fls. 61 a 69):

Trata-se de processo de exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/15/2012, em virtude de a empresa acima identificada comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, hipótese prevista no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123/2006. Consta dos autos que foram encontrados no estabelecimento produtos (brinquedos e produtos “piratas”, etc.) de procedência estrangeira desprovidos de documentação comprobatória de introdução regular no país.

Intimada, a contribuinte apresentou defesa tempestiva, alegando em síntese que:

A empresa comercializa no varejo artigos de vestuário, acessórios e presentes.

Em data de 30 de maio de 2012, quando a impugnante abria suas portas para mais um dia de luta, foi surpreendida por agentes da Receita Federal, com a apreensão de 17 caixas de produtos comercializados pela empresa, pelo motivo de supostamente serem considerados de origem estrangeira.

Explica que as mercadorias foram adquiridas no mercado interno, de boa fé, na sua maioria em São Paulo, sem questionamento ao fornecedor da sua origem.

Alega que a apreensão comprometeu a saúde econômica da empresa, trazendo para a impugnante transtornos irreparáveis, ocasionando dificuldades financeiras inclusive para cumprir com seus compromissos.

Afirma que as notas fiscais de compras das mercadorias foram remetidas para provar a origem dos produtos comercializados pela impugnante, sendo desconsideradas pelos seus agentes, mantendo-as apreendidas conforme termo de apreensão de mercadorias, alegando, em síntese, que as notas fiscais não identificavam devidamente as mercadorias, e que trazem especificações de origem estrangeira, sem considerar que, em nosso país, é comum que fornecedores no mercado interno revendam produtos adquiridos no mercado externo.

Aduz que não cabe a empresa revendedora, no caso em tela a impugnante, verificar a legalidade dos produtos, pois compra com nota fiscal, de boa fé, pagando seus impostos sem prejudicar o erário.

Argumenta que não se justifica a retenção das mercadorias e seu perdimento com subsequente exclusão do simples nacional.

Com efeito, insurge-se contra a exclusão do Simples Nacional, por decisão administrativa, pelo perdimento das mercadorias apreendidas.

Alega que a atitude dos fiscais, além de arbitrária, reveste-se de ilegalidade pois afronta os princípios de direito, posto que existem outros meios eficazes e legais de verificar os produtos supostamente de origem estrangeira, e não utilizando-se de sanções políticas como a apreensão como meio coercitivo.

Com efeito, em face do exposto, outra alternativa não resta à Impugnante, senão fazer valer o seu direito de ter liberadas as suas mercadorias, pois as notas fiscais de compras provam a aquisição das mercadorias no mercado interno.

Portanto, conclui que resta totalmente improcedente a decisão de exclusão do Simples Nacional da impugnante, pelo perdimento das mercadorias supostamente estrangeiras.

Cita o art.5º da Constituição Federal e afirma que a fiscalização, ao exercer a atividade que lhe foi outorgada extrapolou os limites legais, por conseguinte, princípios de direito, e resolveu apreender as mercadorias devidamente acobertadas por notas fiscais idôneas, com decisão administrativa de perdimento, ocasionando sérias consequências e prejuízos irreparáveis a impugnante.

Cita doutrina do saudoso Antônio F Seabra e afirma que, além do cerceamento das atividades econômicas que resulta das apreensões das mercadorias, objeto de comercialização da Impugnante, o ato de apreensão se revela de inteira ilegalidade.

Novamente se socorre no art.5º da CF/88, inciso XLV, e aduz que para haver pena é necessária a efetiva condenação.

No caso presente, alega que está havendo aplicação da pena antes da própria decisão final do processo Administrativo Fiscal, pois com a apreensão dos bens, passou a Impugnante a sofrer as duras consequências de uma penalização injusta, processo este que teria por fim, com base no princípio do contraditório, a apuração da ocorrência, ou não, de algum ilícito para, ao final, aplicar a pena ou absolver.

Afirma que contrariando os princípios de direito, o Fisco apreendeu os bens da impugnante, exercendo atos introdutórios da própria pena de perdimento dos bens, privando-a do livre exercício de suas atividades econômicas. Por outro lado, alega que a Impugnante, como supunha a fiscalização, em hipótese alguma quis causar qualquer tipo de dano ao Erário Público.

Cita Celso Antônio Bandeira de Mello e aduz que , a prova negativa, como se sabe, é extremamente tormentosa.

Alega que não faz sentido exigir do administrado, como condição para eximir-se de um apenamento, que prove ter agido de boa fé quanto a conduta, em si mesma, não seja contrária ao Direito. É dizer: se a contradição com o direito depende, para sua caracterização, da existência de má fé, não se pode pretender que o administrativo preliminarmente faça prova de que não incidiu neste víncio.

Em casos assim, alega que é o Poder Público quem deve provar a má-fé de alguém.

Cita novamente o art.5º da CF/88, agora no inciso XVLI, e afirma que não poderia a autoridade fiscal privar a empresa de seus bens sem o devido processo legal.

Ressalta que adquiriu as mercadorias, apreendidas pelos auditores fiscais no mercado interno, acobertadas por notas fiscais. Portanto, não pode sofrer o perdimento, pois não é obrigada a investigar o modo como ela entrou no país.

Cita jurisprudência e conclui que a impugnante é vítima de um equívoco pois as mercadorias apreendidas foram adquiridas no mercado interno, em estabelecimento comercial, mediante nota fiscal.

Aduz que a autoridade fiscalizadora, com suposto intuito de desconsiderar as notas fiscais, alega que as mesmas foram emitidas de forma não clara, isto é, que não identifica os produtos, o que não se justifica, exemplo disso é quando se trata de compra de bolsas.

Afirma que o argumento utilizado pela fiscalização para justificar o perdimento das mercadorias apreendidas, baseado no preenchimento das notas fiscais e na

discriminação das mercadorias, não é motivo para levar a impugnante a sofrer as consequências da apreensão e perdimento das mercadorias, com a penalidade de exclusão do simples nacional. Isso porque as mercadorias foram adquiridas licitamente, sem prejuízo ao erário público.

Entende que resta evidente que descabe qualquer imposição à Impugnante que fez prova de sua boa fé ao apresentar para os senhores fiscais as Notas Fiscais que acobertam a aquisição das mercadorias, comprovando a execução de uma operação lícita, sem qualquer mácula.

Quanto à exclusão do Simples Nacional, aduz que a impugnante não pode pagar um preço tão alto e tornar-se uma vítima desta exclusão completamente infundada.

Cita os artigos 170 e 179 da Constituição Federal e aduz que as empresas de pequeno porte, para que possam se desenvolver e competir com as empresas normais em igualdade de condições, necessitam de apoio. Ocorre que a impugnante está prestes a ser excluída da condição de empresa favorecida, diferenciada e simplificada que a Constituição reservou às empresas de pequeno porte com base na suposta comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, apesar de o fato não ser verídico.

Alega que a impugnante está sendo penalizada injustamente de forma gritante por duas vezes, pelo PERDIMENTO DA MERCADORIA que adquiriu no mercado interno e de boa fé, e a consequente EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

Esclarece que a exclusão da sistemática do Simples Nacional trará com certeza graves consequências ao impugnante, impondo-lhe a obrigatoriedade de optar por outra sistemática de tributação, lucro presumido ou real, violando o princípio constitucional da capacidade contributiva, pois tratam-se de sistemas mais onerosas.

Assim, afirma que a exclusão do "Simples Nacional", quando atendidos os requisitos, não passa de legítima coação, sem suporte na lei maior, em escancarada contrariedade à filosofia constitucionalmente adotada pela Carta Magna, no sentido de fazer com que a pequena empresa efetivamente cresça.

Argumenta que a impugnante, além de não ter dado causa ao motivo que teria ensejado a exclusão do SIMPLES NACIONAL, está acobertado por garantias constitucionais que garante a sua permanência como optante, sob pena de violação de princípios que implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

Assim, conclui que por todos os motivos alegados, é inconstitucional excluir a impugnante do Simples Nacional por supostamente estar comercializando mercadorias de origem estrangeira, sendo que essas mercadorias foram adquiridas no mercado interno, como já amplamente dito, pois, não era este o espírito constitucional destinado para esse tipo de empreendimento, mas sim, dar a ele condições de se desenvolver e crescer, cumprindo com sua função social.

Por fim, requer:

“À vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da exclusão do simples nacional pelo termo nº 064/2012, pela consequência do perdimento das mercadorias referente ao processo administrativo fiscal nº 10935.003230/201285, espera e requer a impugnante seja acolhida a presente impugnação para o fim de assim ser decidido, considerando-se dessa feita a permanência no regime do SIMPLES NACIONAL, considerando a procedência e propriedade das referidas mercadorias para que sejam restituídas a impugnante.

Por ser medida de mais absoluta e cristalina JUSTIÇA.”

É o relatório.

A DRJ/CTA julgou improcedente o pedido da empresa recorrente contido em sua manifestação de inconformidade. O contribuinte acima identificado foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, com fundamento no artigo 29 da Lei Complementar nº 123 de 2006, por comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho (fls. 79 e 104):

[...] Desse modo, a discussão quanto à perda das mercadorias já foi analisada e encerrada em seu rito próprio, não cabendo reapreciação nos presentes autos.

[...] Assim, considerando a pena de perdimento de bens consectário lógico da prática da comercialização de produtos objeto de contrabando ou descaminho, mostra-se correta a decisão administrativa que exclui a empresa do Simples Nacional...

[...] Diante do exposto, julgo improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a exclusão da Empresa do Simples Nacional.

Dessa forma, a 7ª Turma da DRJ/CTA decidiu pela improcedência da manifestação de inconformidade, mantendo a decisão de Unidade de Origem.

Face ao referido Acórdão da DRJ/CTA, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 75 a 86), requerendo que seja revista a exclusão da empresa do regime tributário do Simples, realizada pela autoridade fiscal.

A contribuinte apresenta, ainda, documentos que julga comprovar os argumentos por ela aludidos (fls. 87 e 88).

Por fim, a empresa Recorrente pleiteia a reforma da decisão prolatada pela 7ª Turma da DRJ/CTA requerendo o acolhimento do Recurso Voluntário interposto.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Dayan da Luz Barros, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º e do art. 23-B do Anexo II da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), atualizada pela Portaria MF nº 329/2017, considerando-se tratar de exclusão e inclusão do Simples e do Simples Nacional, desvinculados de exigência de crédito tributário.

Ainda, observo que o recurso é tempestivo (interpuesto em 24 de setembro de 2013, vide termo de recebimento da RFB, fl. 75, face ao recebimento da intimação datada de 04 de setembro de 2013, fl. 73), e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conhęço.

Preliminar

Alega a empresa contribuinte que houve, por parte da autoridade fiscal, infringência ao artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, que supostamente teria violado o devido processo legal, apenando-o com o perdimento de seus bens.

A alegação de violação a dispositivos constitucionais levantada pelo Recorrente não pode ser analisada, eis que a súmula CARF nº 02 não reconhece competência a este Conselho para pronunciamento sobre o tema:

Súmula CARF nº 2:

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

Dada a impossibilidade de análise do argumento, rejeito, portanto, a preliminar suscitada.

Mérito

Quanto ao mérito da presente demanda, necessário esclarecer que a contribuinte foi excluída do Simples pelo Termo de Exclusão do Simples Nacional - TESN nº 064/2012 (fl. 33), face o inciso VII do artigo 29 da Lei Complementar 123, de 14/12/2006, por comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Cumpre esclarecer que não cabe a este Colegiado Administrativo de Recursos Fiscais apreciar aspectos criminais, tal como se busca neste caso. Eis que nesta seara

recursal cabe apenas identificar dois aspectos fundamentais: se ocorreu a infração e se a esta foi conferido o desiderato adequado, e, conforme mencionado alhures, tais circunstâncias foram estritamente observadas.

Conforme prova nos autos, a Representação Fiscal para a Exclusão do Simples Nacional, que gerou o Processo de Exclusão n.º 10935.720812/2012-47, se baseou em operação de fiscalização aduaneira, realizada em 30/05/2012 (fls. 02 a 22), que encontrou no estabelecimento da contribuinte mercadoria estrangeira introduzida clandestinamente no país ou importada irregular ou fraudulentamente; atentatória à saúde pública; exposta à venda, depositada ou em circulação comercial, sem documentação comprobatória de sua regular importação.

Diante de tais fatos, em 10/07/2012 foi lavrado o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias n.º 0910300 / SAANA001219/2012 (fls. 05 e 06), apreendendo as mercadorias para aplicação de pena de perdimento.

De forma correta, o Chefe da Seção de Administração Aduaneira da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Cascavel/PR, no uso das atribuições que lhe foram delegadas, declarou a contribuinte excluída da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições do Simples Nacional (fl. 33).

O ato acima descrito encontra respaldo no art. 774 do Decreto n.º 6.759 de 2009, que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior, bem como no art. 295, II e IV da Portaria MF n.º 587, de 21/12/2010 bem como, *in verbis*:

Decreto n.º 6.759 de 2009:

Art. 774. As infrações a que se aplique a pena de perdimento serão apuradas mediante processo fiscal, cuja peça inicial será o auto de infração acompanhado de termo de apreensão e, se for o caso, de termo de guarda fiscal.

[...]

§6º - Após o preparo, o processo será submetido à decisão do Ministro de Estado da Fazenda, em instância única.

§7º - O Ministro de Estado da Fazenda poderá delegar a competência para a decisão de que trata o §6º.

Portaria MF nº 587 de 2010:

Art. 295. Aos Delegados da Receita Federal do Brasil e Inspetores-Chefes da Receita Federal do Brasil incumbem, no âmbito da respectiva jurisdição, as atividades relacionadas com a gerência e a modernização da administração tributária e aduaneira e, especificamente:

[...]

II - decidir sobre a inclusão e exclusão de contribuintes em regimes de tributação diferenciados;

[...]

IV - aplicar pena de perdimento de mercadorias e valores;

Diante de tais fatos que levaram à exclusão da contribuinte do Regime Tributário do Simples Nacional, importa ainda mencionar o disposto no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123 de 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;

Não menos importante é o que dispõe a Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, em seu artigo 76:

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

[...]

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

[...]

f) comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

Corroborando o quanto exposto, a jurisprudência desse egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais tem comungado do mesmo entendimento ora mencionado, é o que se conclui das ementas abaixo:

Processo n.º 10935.004296/200997, Rel. Ester Marques

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

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando constatada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. (Inteligência do artigo 29, inciso, VII da Lei Complementar nº 123/2006).

Processo n.º 13971.005060/200849, Rel. Ester Marques

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

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando constatada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. (Inteligência do artigo 29, inciso, VII da Lei Complementar nº 123/2006).

APREENSÃO DE MERCADORIAS.

As objeções quanto aos fundamentos fáticos e jurídicos que ensejam a pena de perdimento de bens devem ser apresentadas no correspondente Auto de Infração e Apreensão de Mercadorias.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA. MATÉRIA SUMULADA.

Súmula CARF nº 2 O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária.

Sobre a alegação de que as mercadorias apreendidas foram adquiridas no mercado interno, esta não merece prosperar. Conforme consta no Auto de Infração e Apreensão de Mercadorias nº 10935.003230/2012-85 (fls. 05 a 22), o contribuinte protocolou 85 documentos fiscais, supostamente referente aos bens retidos, porém trazem descrições genéricas, como “bolsa feminina”, “brinco”, “chaveiro” etc, tornando impossível a identificação da mercadoria em tela, não tendo valor legal algum, consoante artigos 413 e 427 do Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto nº 7.212/2010 (RIP).

A ausência de esclarecimentos precisos e a falta de demonstração cabal por parte da empresa contribuinte, por não ter apresentado documentos hábeis à comprovação do direito pleiteado, resulta na impossibilidade de deferimento de seu pedido.

Nesses termos, não merecem acolhimento os argumentos apresentados pela empresa contribuinte, tornando-se inviável o reconhecimento da pretensão pleiteada nos autos, não havendo motivos para a reforma do Acórdão da DRJ.

Dispositivo

Posto isso, restando constatado mercadoria estrangeira introduzida clandestinamente no país ou importada irregular ou fraudulentamente; atentatória à saúde

pública; exposta à venda, depositada ou em circulação comercial, sem documentação comprobatória de sua regular importação no estabelecimento da contribuinte, a manutenção do Termo De Exclusão do Simples Nacional - TESN nº 064/2012, que motivou a exclusão da contribuinte do Regime do Simples Nacional, é medida que se impõe.

Considerando-se a literalidade do inciso VII, do artigo 29, da Lei Complementar nº 123 de 2006, bem como de acordo com as legislações mencionadas em vigor à época dos fatos, pelos motivos anteriormente expostos, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário da contribuinte, reconhecendo o Termo De Exclusão do Simples Nacional - TESN nº 064/2012, e os atos administrativos ulteriores que o ratificaram.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros