



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12719.720318/2013-26
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-004.809 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de outubro de 2020
Recorrente ANDREIA DA SILVA MORAES-ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

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 descaminho.

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.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013

INTIMAÇÃO. ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE.

O pedido para direcionamento das intimações ao advogado não encontra respaldo na legislação de regência do processo administrativo fiscal da União, conforme Súmula CARF nº 110.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado,

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de direcionamento das intimações para o advogado e, no mérito, 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: Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Nelso Kichel, Leticia Domingues Costa Braga, Marcelo Jose Luz de Macedo (suplente convocado), Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente).

Relatório

Cuida o presente processo do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 363/2015 que excluiu a contribuinte em epígrafe do Simples Nacional com efeitos a partir de 01/04/2013.

O ato administrativo de exclusão baseia-se em Representação Fiscal por meio da qual a autoridade fiscal da Inspeção da Receita Federal do Brasil em Florianópolis noticiou a ocorrência de fatos que caracterizariam a configuração de comercialização de mercadorias objeto de descaminho, conforme Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias nº XR00917. Cito as palavras da autoridade administrativa:

1. Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Florianópolis – SC. Encerrados os trabalhos de fiscalização no contribuinte acima identificado, ficou demonstrada a ocorrência de fatos que, em tese, configuram crime de descaminho, definido pelo art. 334 do Código Penal. Em decorrência disso, foi formalizada pelo(s) servidor(es) da RFB abaixo identificado(s) a presente REPRESENTAÇÃO, acompanhada dos

respectivos elementos de prova, tendo em vista o que dispõe a Lei Complementar nº 123/2006, art. 29, inc. VII e § 1º.

2. No dia 30/04/2013 a Equipe de Repressão Aduaneira - ERA da Inspeção da Receita Federal do Brasil em Florianópolis-SC, em cumprimento à Ordem de Vigilância e Repressão – OVR nº 0925200-00030-13-00, realizou, nas dependências do estabelecimento comercial acima identificado, procedimentos de ação fiscal com intuito de verificar a regularidade fiscal de mercadorias de origem ou procedência estrangeira ali expostas à venda ou armazenadas.

3. Em decorrência da ação fiscal desenvolvida foi lavrado em 03/05/2013 o Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias nº XR00917 (anexo), processo nº 12719.720312/2013-59, apreendendo mercadorias de origem estrangeira encontradas nas dependências do estabelecimento comercial, por ficar demonstrado o crime de descaminho.

4. Assim, uma vez aplicada a penalidade de perdimento das mercadorias por descaminho, fica configurada a hipótese de exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL, prevista no art. 29, inciso VII da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Irresignada com o ato administrativo, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade. Peço licença para reproduzir excerto do acurado relatório da autoridade julgadora de piso que trata das alegações da contribuinte:

DEFESA

7. Cientificada do ato de exclusão em 18/01/2016 (fl. 26), a recorrente apresentou manifestação de inconformidade em 17/02/2016 (razões às fls. 30 a 42, com anexos às fls. 43 a 69). Alega, em síntese, que (títulos e sequência de acordo com o apresentado pela defendente):

Da Suposta Comercialização de Mercadorias Objeto de Contrabando ou Descaminho

7.1. Ao confrontar os produtos com as Notas Fiscais apresentadas, os Agentes Fiscais entenderam que não restaram comprovadas as origens de todos os produtos, dentre eles bebidas e artigos de beleza.

7.2. Desse simples fato, surgiu a presunção de que as mercadorias teriam sido ingressadas no território nacional por origem clandestina e, portanto, seria aplicada a Reclamante a pena de perdimento.

7.3. “Ao dispensar análise ao presente caso, é de fácil verificação que o SIMPLES fato de ter o agente fiscal entendimento diferente sobre a origem dos produtos, levou a Reclamante a ser julgada e condenada na Receita Federal de São José/SC, por crime devidamente tipificado em lei penal, sem observância dos critérios atinentes ao procedimento condenatório, que posteriormente serviria em continuidade à discricionariedade da fiscalização, como capitulação para fundamentar a Exclusão de ofício da Reclamante do regime simplificado de Tributação - SIMPLES Nacional.”

7.4. “Assim, restou inserido no ato declaratório de exclusão do SIMPLES, capitulação originada de imputação de ilícito penal, consolidada com base em presunções de agentes fiscais, que dispensaram tratamento equiparado à condenação transitada em julgado de ilícito penal, fato que não tem fundamento legal para se convalidar.”

7.5. “Não se verifica em qualquer momento a intenção da fiscalização em coibir crimes de contrabando ou descaminho, pois se assim fosse teria que atuar diretamente nas empresas importadoras dos produtos de origem clandestinas, que acumulam grandes montas de dinheiro com atividades ilícitas, e não contra contribuintes hipossuficientes

praticamente incapazes de se defender de atos tão abusivos da fiscalização, como o que se tenta afastar no presente Recurso.”

7.6. “Ao que salta os olhos, a ação da Equipe de agentes fiscais não tem clareza de estratégia ou objetivo, afetando assim as frações mais desprovidas dos empresários, em benefício dos grandes sonegadores e infratores contumazes das leis tributária e penal.”

Da Suposta Origem Ilícita dos Produtos

7.7. No presente caso é necessário analisar com mais atenção um fato que afeta profundamente o lançamento.

7.8. No momento do deslacre das mercadorias fora apresentada ao agente da RFB a Nota Fiscal nº 769, do fornecedor JK Bebidas, emitida em 13/09/2012, a qual contém as seguintes mercadorias: 3 unidades de Uísque Green Label; 3 unidades de Uísque Red Label; 3 unidades de Uísque Black Label; 3 unidades de Licor Amarulla; 3 unidades de Espumante Chandon Brut; 5 unidades de Vodca Absolut; 3 unidades de Vinho Malbec.

7.9. Não obstante, ao depreender a análise do referido documento em confronto com os produtos apreendidos, a RFB optou por considerar como inválido o presente documento, visto que, em seu entendimento, os produtos seriam supostamente "falsificados", por não conterem o Selo IPI, conforme destacado no termo de apreensão de mercadorias.

7.10. Ocorre que, a idoneidade do documento fiscal é incontestável, pairando no entender do Agente Fiscal, dúvidas somente com relação à procedência do produto.

7.11. Portanto, a obrigação da ora Reclamante, que era apresentar documento capaz de comprovar a aquisição de tais mercadorias na forma da lei, foi cumprida sem sombra de dúvidas.

7.12. Uma vez que a Reclamante procura fornecedor estabelecido dentro do território nacional, com vasta experiência e atuação no ramo de comércio de bebidas, que é seu objeto social, nem em seus piores pesadelos poderia imaginar que poderia estar comprando produtos de origem duvidosa ou desconhecida.

7.13. Inclusive, a alegação de que a mercadoria seria "falsificada" não pode pautar-se em suposições como fora no caso em tela, e sim, em matéria fática acompanhada de laudo técnico pericial que fundamente a pretensão do Agente Fiscal (transcreve jurisprudência).

7.14. Ademais, não pode a Reclamante ser penalizada por ato ilícito supostamente cometido por terceiro, se acontecer, será medida que não encontra respaldo na legislação brasileira, bem como nos princípios constitucionais basilares do nosso ordenamento, mais precisamente o princípio da pessoalidade da pena, nos termos do art. 59, XLV, da CF, que proíbe a imposição de pena por fato de outrem, ninguém pode ser punido por fato alheio.

7.15. Dessa forma, não restam dúvidas de que o ato declaratório é ilegal, por se pautar em procedimento que nitidamente é inconstitucional, por não respeitar os princípios basilares da Constituição Federal.

Da Falta de Informações Claras por Parte do Agente Fiscal

7.16. Conforme se verifica no presente caso, fora declarada a revelia da ora Reclamante, uma vez que está não apresentou impugnação ao ato fiscal.

7.17. Ocorre Nobre Julgador, que a Reclamante optou por não apresentar impugnação tendo em vista a resposta negativa que recebeu do Agente Fiscal quando da análise dos documentos fiscais apresentados no momento da deslacre dos volumes apreendidos.

7.18. No trâmite do presente procedimento fiscalizatório, em momento algum a Reclamante fora cientificada que estaria sujeita a exclusão do SIMPLES Nacional, ficando claro somente que perderia as mercadorias apreendidas, pois se tivesse sido informada de tal sanção, sem dúvidas buscaria auxílio especializado para realizar sua defesa como assim o faz agora.

Dos Efeitos da Exclusão da Empresa do Simples

7.19. No caso do Reclamante, trata-se de pequeno comércio que exerce suas atividades de forma familiar, e que mesmo com o instável momento econômico do Brasil, nunca deixou de recolher os tributos que devia.

7.20. Se mantida, a exclusão da empresa do Simples Nacional acarretará graves problemas de ordem tributária e financeira para a empresa, uma vez que passando ao sistema de recolhimento pelo Lucro Presumido, a empresa não suportará tamanho impacto financeiro e acabará por fechar as portas ou ainda atuar na ilegalidade.

7.21. No mais, deve ser aplicado ao caso o princípio geral da ciência dos atos, no qual os efeitos só se iniciam a partir da notificação do contribuinte, como forma de garantir a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

7.22. A redação do §1º do artigo 29 da Lei Complementar 123/2006 contraria o disposto no art. 5º, inciso XXXVI da CF/1988, pois a exclusão com efeito retroativo primeiramente fere o direito adquirido, uma vez que a impugnante operou desde 2007 sem receber qualquer notificação da RFB. No mais, permitindo a operacionalização durante todo esse tempo, resta configurada uma situação de fato, que não importa em ilícito. Trata-se de situação consolidada e tacitamente referendada pela RFB.

7.23. E mais, o efeito retroativo de uma exclusão desestabiliza a estrutura fiscal e contábil da empresa, dilacerando parte do patrimônio e ferindo mais uma garantia constitucional: a vedação ao confisco, disposto no artigo 150, IV da CF/1988.

7.24. Dessa forma, não se pode pretender que os efeitos maléficos de uma exclusão arbitrária sejam suportados pela impugnante antes mesmo da sua própria ciência. A pretensão dos efeitos retroativos da desqualificação como optante do Simples fere também os princípios constitucionais e tributários da anterioridade, irretroatividade, e da não surpresa tributária.

Do Impedimento do Retorno ao Regime Especial

7.25. Pontua o que, por se enquadrar na exclusão no §1º do artigo 29 da Lei Complementar 123/2006, a impugnante apresenta-se impedida de retornar à forma de tributação diferenciada.

7.26. Ora, a situação torna-se agravante na medida em que, no ano de 2013, período da fiscalização e apreensão das mercadorias, nenhuma informação quanto a “prejudicialidade” na manutenção do Simples Nacional foi destacada.

7.27. Portanto, o impedimento de retorno ao regime especial a partir de abril de 2013, e durante 03 (três) anos consecutivos, é totalmente arbitrário e aviltante, configurando nitidamente uma imposição fora dos limites a que se pode considerar razoável para a administração pública.

7.28. Dessa forma, é nítida a impossibilidade de vedar o direito à forma de tributação diferenciada por 3 (três) anos consecutivos, pois referida exclusão está ocorrendo retroativamente por inércia ou desídia do fisco, que, acaso realmente entendesse pela situação configurada no inciso VII do artigo 29 da Lei Complementar 123/2006, deveria ter realizado a exclusão na referida época, ou seja, em 2013.

Da Aplicação do Princípio da Insignificância 7.29. Caso não seja o entendimento desse Conselho acerca da inexistência de qualquer ilegalidade que enseje o cancelamento do Ato Declaratório de exclusão do Simples Nacional, passa-se a expor sobre a aplicação do princípio da insignificância na questão de contrabando ou descaminho, conforme segue.

7.30. Como é sabido, a Suprema Corte do Brasil, admite a aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho sempre que o valor consolidado do tributo devido não ultrapassar R\$ 10.000,00, com fulcro na Lei nº 10.522/2002, art. 20, que estabeleceu o arquivamento das execuções fiscais de débitos de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (transcreve jurisprudência).

7.31. Portanto, considerando que já ocorreu o perdimento da mercadoria apreendida, situação que, por si só, já responsabiliza o adquirente por fato que sequer deu causa, tal situação é suficiente para penalizá-lo, razão pela qual requer-se a anulação do Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional.

Em primeira instância, a manifestação de inconformidade foi julgada improcedente. O Acórdão nº 16-75.437 da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo – DRJ/SPO recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

ATIVIDADE VEDADA. EXCLUSÃO.

A comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho constitui óbice para ingresso ou permanência no Simples Nacional. A exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorrida a infração, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE JURISDICIONAL.

O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos é da competência do Poder Judiciário, restringindo-se o julgador administrativo à análise do ato impugnado em face da legislação infraconstitucional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada com a decisão de piso, a contribuinte interpôs recurso voluntário. Na peça recursal, reiterou, em essência, as alegações lançadas na manifestação de inconformidade, conforme se pode verificar nos seguintes tópicos:

- **Não caracterização do contrabando e do descaminho: afastamento da presunção de origem clandestina das mercadorias e apreciação do conjunto fático-probatório** – segundo a contribuinte, a alegação de descaminho não deveria estar apoiada em meras presunções da fiscalização, mas em matéria fática acompanhada de laudo pericial. A apreciação da matéria fática deveria ocorrer independentemente da revelia no processo de perdimento das mercadorias. Ademais, a opção por não apresentar defesa no processo de perdimento das mercadorias teria decorrido *da resposta negativa recebida do agente fiscal por*

ocasião da análise dos documentos fiscais apresentados no deslacre dos volumes apreendidos, não havendo, portanto, afirmações suplementares que pudessem contrapor a providência fiscal tomada. Quanto à comprovação da matéria fática, cito suas palavras:

[...] contrariamente ao afirmado pela Receita Federal, a Recorrente apresentou **inúmeros documentos** capazes de comprovar a aquisição das mercadorias apreendidas como, por exemplo, a **Nota Fiscal n. 769**, juntada a estes autos a **título exemplificativo**, que foi emitida em 13 de setembro de 2012 pelo fornecedor JK Bebidas, contendo a seguinte descrição:

3 unidades de Uísque Green Label

3 unidades de Uísque Red Label

3 unidades de Uísque Black Label

3 unidades de Licor Amarulla

3 unidades de Espumante Chandon Brut

5 unidades de Vodka Absolut

3 unidades de Vinho Malbec

Não obstante, o documento acima foi **desconsiderado** pelo agente fiscal, que entendeu que os produtos nele mencionados teriam **natureza clandestina**, uma vez que supostamente não possuíam o **selo de IPI**.

Ocorre que a **idoneidade** deste e de outros documentos fiscais exibidos pela Recorrente é incontestável, havendo a **devida comprovação** sobre a **origem** das mercadorias apreendidas, em cumprimento da exigência disposta na legislação de regência.

No mais, qualquer **incorreção** por ventura existente nas Notas Fiscais deve ser imputada exclusivamente aos seus **fornecedores**, aos quais compete a obrigação acessória envolvendo o **preenchimento correto** de toda a **documentação** para o transporte da mercadoria, em especial das Notas Fiscais, seguindo os **códigos** e as **observações** previstos nas normas jurídicas.

- Da ilegalidade de exclusão retroativa do Simples: violação ao princípio da irretroatividade – neste ponto, a recorrente insurgiu-se contra a exclusão com efeitos a partir de 01/04/2013 por ferir a segurança jurídica, o princípio da irretroatividade das normas, bem como a proporcionalidade e a razoabilidade.

- Da ilegalidade do impedimento de retorno ao Simples: medida irrazoável e desproporcional – neste item, a contribuinte opôs-se à vedação à opção pelo Simples Nacional pelo prazo de três anos calendário por considerar inconstitucional a norma do artigo 29, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006 em razão de violação da razoabilidade e da proporcionalidade.

- Da aplicação do princípio da insignificância ao descaminho: entendimento jurisprudencial do STF – neste tópico, a recorrente pugna pela aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a soma dos produtos apreendidos não ultrapassa o limite de R\$ 10.000,00 estabelecido pela Lei nº 10.522/2002, abaixo do qual a Fazenda Pública sequer ingressa com a execução fiscal.

Ao final, a recorrente pugnou pela reforma da decisão de piso e o cancelamento do ADE DRF/FNS nº 363/2015. Subsidiariamente, pediu o afastamento da eficácia retroativa e

do impedimento à opção pelo Simples Nacional no prazo de três anos calendários. Requereu, também, que as intimações fossem direcionadas ao advogado.

Era o que havia a relatar.

Voto

Conselheiro Carlos André Soares Nogueira, Relator.

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

Mérito.

Conforme visto, a questão controversa nestes autos é a exclusão da contribuinte do Simples Nacional em razão da comercialização de mercadorias objeto de descaminho.

Quanto à caracterização fática da apreensão de mercadorias objeto de descaminho no estabelecimento da contribuinte, aproveito a descrição dos fatos que consta no Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias nº XR00917:

Inicialmente foi dada ciência do Termo de Início de Ação Fiscal (anexo) ao estabelecimento comercial, representado pela proprietária Andréia da Silva Moraes, CPF 983.773.960-68, no qual o contribuinte foi intimado a apresentar, no curso da ação fiscal, os documentos que comprovassem a regularidade fiscal das mercadorias de origem ou procedência estrangeira em estoque ou expostas a venda no estabelecimento comercial.

Após a intimação, foi efetuada a retenção e a lacração das mercadorias objeto do Termo de Lacreção de Volumes - TLAVO nº OVR 0925200-00030-13-00 (anexo), não acobertadas por documentação fiscal, por conterem indícios de infração punível com pena de perdimento - mercadoria estrangeira exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no país, se não for feita prova de sua importação regular (art. 105, inciso X, do DL 37/66, regulamentado pelo artigo 689, inciso X, do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 6.759/2009 e art. 23, inciso IV, e parágrafo único do DL 1.455/76).

As mercadorias retidas foram acondicionadas em seis volumes onde foram colados, na presença da proprietária Andréia da Silva Moraes, selos de controle aduaneiro numerados, conforme Relatório Fiscal e TLAVO (anexos).

Foi designada a data de 02/05/2013, às 9h, para apresentação da documentação que comprovasse a regular situação das mercadorias, bem como para acompanhar a deslacreção e abertura dos volumes, e a qualificação e quantificação das mercadorias retidas para fins de, se for o caso, lavratura do auto de infração.

No dia e hora indicados para a deslacreção dos volumes, Andréia da Silva Moraes, proprietária, acompanhada de seu esposo Amilton Aduce da Silva, CPF 459.686.169-20, compareceu no Centro Operacional de Repressão – COR da Receita Federal em São

José/SC, para acompanhar a abertura dos volumes e a conferência das mercadorias lacradas através do Termo de Lacração de Volumes –TLAVO nº OVR0925200-00030-13-00, num total de seis volumes. Assim, na presença da proprietária Andréia, a Equipe de Repressão Aduaneira – ERA iniciou os trabalhos de deslacreção e conferência das mercadorias, conforme determina a IN 366/2003. Após a conferência dos lacres procedeu-se a abertura dos volumes, sendo as mercadorias encontradas relacionadas conforme Termo de Deslacreção e Retenção de Mercadorias (anexo), onde constam as mercadorias retidas e as devolvidas ao interessado.

Neste momento a proprietária apresentou à Receita Federal uma nota fiscal de aquisição (cópia anexa) demonstrando a regularidade fiscal de parte dos produtos, que foram devolvidos ao interessado, conforme Termo de Deslacreção. Para as outras mercadorias que foram apreendidas, a proprietária não apresentou nenhuma documentação fiscal. Inclusive declarou que para estas mercadorias de origem estrangeira ora apreendidas não possuía documentação fiscal e comprovação do pagamento, conforme Termo de Deslacreção.

Desta forma, a interessada não logrou comprovar a regular importação/aquisição das mercadorias estrangeiras apreendidas, o que demonstra que estas mercadorias de origem estrangeira, encontradas nas dependências do estabelecimento comercial e retidas pela fiscalização, encontravam-se no território nacional de forma clandestina, estando, portanto, sujeitas à apreensão para aplicação da penalidade de perdimento.

No processo de perdimento das mercadorias, nº 12719.720312/2013-59, a contribuinte optou por não apresentar defesa, tornando-se revel. Assim, tenho que a descrição dos fatos que culminaram com o perdimento das mercadorias relacionadas no auto de infração tornaram-se incontroversas naquele processo.

Ademais, é preciso destacar que a contribuinte não refuta o fato de que as mercadorias listadas no auto de infração tenham sido apreendidas em seu estabelecimento e de que fossem destinadas à comercialização.

Questiona a recorrente a comprovação de que as mercadorias tivessem ingressado irregularmente no país. É o que se verifica no seguinte trecho do recurso:

Ora, a **alegação** de que as mercadorias constantes no estabelecimento comercial da Recorrente estariam em situação irregular no país não pode se pautar em **meras suposições** do agente fiscal, mas apenas em **matéria fática**, acompanhada de **laudo técnico pericial** que fundamente esta pretensão.

Deveras, não há como se imputar a conduta descrita no art. 29, inciso VII da Lei Complementar n. 123/2006 sem a presença de **provas concretas** acerca da ocorrência do **contrabando ou descaminho**.

Contudo, penso que desborda dos limites do presente feito a rediscussão daqueles fatos que ficaram assentes no processo nº 12719.720312/2013-59. Conforme relatado – e reconhecido pela recorrente – não houve a impugnação do auto de infração e, portanto, tenho como incontroversos os fatos lá narrados.

Vê-se, por exemplo, que a recorrente alegou ter apresentado “*inúmeros documentos*” para comprovar a origem das mercadorias, conforme excerto da peça recursal acima transcrito.

Entretanto, a constatação feita pela fiscalização da IRF/Florianópolis foi bastante distinta:

Neste momento a proprietária apresentou à Receita Federal uma nota fiscal de aquisição (cópia anexa) demonstrando a regularidade fiscal de parte dos produtos, que foram devolvidos ao interessado, conforme Termo de Deslacração. Para as outras mercadorias que foram apreendidas, a proprietária não apresentou nenhuma documentação fiscal. Inclusive declarou que para estas mercadorias de origem estrangeira ora apreendidas não possuía documentação fiscal e comprovação do pagamento, conforme Termo de Deslacração

Ou seja, a fiscalização, no auto de infração, asseverou que a contribuinte apresentou apenas uma nota fiscal e que as correspondentes mercadorias lhe foram devolvidas. Essa narrativa não foi contestada no processo nº 12719.720312/2013-59.

É oportuno destacar que a Nota Fiscal nº 769, mencionada pela contribuinte na peça recursal, relaciona umas poucas mercadorias, em contraste com as mercadorias que constaram da Relação de Mercadorias que integra o auto de infração. Ademais, sem a escrituração contábil e os Livros de Registro de Entradas, de Saídas e de Inventário, sequer seria possível saber se as mercadorias apreendidas em 04/2013 corresponderiam às descritas na nota fiscal emitida em 13/09/2012.

Também insta mencionar que o dever de comprovar a regular origem das mercadorias recai sobre a contribuinte, conforme inteligência do artigo 689, X, do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/2009):

Art.689.Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, caput e §1º, este com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59):

[...]

X-estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País, **se não for feita prova de sua importação regular;**

[...] – grifei.

Não haveria, portanto, necessidade de a fiscalização providenciar um laudo pericial para comprovar a irregularidade do ingresso das mercadorias no território nacional.

Assim, uma vez que a comercialização de mercadorias objeto de descaminho está comprovada além de qualquer dúvida razoável, resta aqui a discussão sobre os efeitos de tal apreensão de mercadorias objeto de descaminho em face da legislação de regência do Simples Nacional.

Neste sentido, a previsão de exclusão do Simples Nacional é expressa no artigo 29, VII, 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;

[...]

A lógica da vedação é evidente. A comercialização de mercadorias objeto de descaminho, que não se submete aos controles (como o fitossanitário) e à carga tributária inerente à atividade comercial pátria, traz evidente vantagem competitiva ilícita que prejudica bens jurídicos de estatura constitucional, a começar pelo dever de pagar tributos e pela própria livre concorrência, que é inerente à livre iniciativa. Portanto, a norma legal complementar previne que usufrua do regime tributário simplificado e privilegiado aquele que incorra nessa atividade ilícita.

Destarte, no mérito, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Irretroatividade da exclusão do Simples Nacional.

Quanto aos 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 legal 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 das mercadorias estrangeiras ocorreu em 04/2013, a autoridade administrativa procedeu de forma correta ao determinar que a exclusão de ofício produzisse efeitos desde 01/04/2013.

Portanto, neste ponto, também voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Vedação de opção pelo Simples Nacional no prazo de três anos calendário.

Quanto à irresignação da recorrente em relação à vedação à opção pelo Simples Nacional pelo prazo de três anos calendário veiculada pelo artigo 29, § 1º, da Lei Complementar 123/2006, forçoso asseverar que os julgadores administrativos não têm competência para afastar a aplicação de norma legal em face de considerações de cunho principiológico.

É a inteligência da Súmula CARF nº 02:

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

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

Princípio da insignificância.

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 novamente que escapa da competência dos julgadores administrativos deixar de aplicar norma legal por considerações de inconstitucionalidade, conforme determina a Súmula CARF nº 02 anteriormente citada.

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

Direcionamento das intimações ao advogado.

O pedido de direcionamento das intimações para o advogado não encontra respaldo na legislação de regência do processo administrativo tributário da União, conforme Súmula CARF nº 110:

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo. (**Vinculante**, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Portanto, é de se indeferir este requerimento.

Conclusão.

Voto por indeferir o pedido de direcionamento das intimações para o advogado e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira