



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12719.720479/2014-09
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-002.217 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 3 de setembro de 2021
Recorrente LUCIANA FERREIRA DA ROSA MARTINS ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014

OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. COMÉRCIO DE MERCADORIAS OBJETO DE DESCAMINHO OU CONTRABANDO.

A constatação do exercício de atividade relativa a comércio de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho enseja exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir do mês em que incorridas, impedindo nova opção pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso, rejeitar a preliminar suscitada, e, no mérito, em negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)
Ailton Neves da Silva- Presidente.

(documento assinado digitalmente)
Rafael Zedral- Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ailton Neves da Silva (Presidente), Rafael Zedral e Lucas Issa Halah.

Relatório

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância, a seguir transcrito:

Em desfavor da empresa acima qualificada foi emitido, pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Florianópolis (DRF/FNS), Ato Declaratório Executivo (ADE) Nº 71, de 15/7/2016 (fl. 19), no qual fica declarada a exclusão da empresa da sistemática de tributação do

Simple Nacional, com efeitos a partir de 1º de junho de 2014, em virtude da constatação da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, nos termos estatuídos na Lei Complementar 123/2006, artigo 29, VII.

2. A autoridade aduaneira da Inspeção da Receita Federal do Brasil de Florianópolis (IRF/FNS) lavrou representação fiscal para fins de exclusão da empresa do Simple Nacional, pelo motivo já citado, com base no Auto de Infração com apreensão de mercadorias. Vejamos a imagem da descrição dos fatos constante do citado auto (fls. 4 a 9):

DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL

Apreensão de mercadorias de origem estrangeira, desacompanhadas de documentação que comprove a regular importação. Infração aduaneira punível com a aplicação da penalidade de perdimento das mercadorias.

No dia 18/06/2014, 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 n.º 0925200-00035-14-04, realizou, no estabelecimento comercial acima identificado, procedimentos de ação fiscal com intuito de verificar a regularidade fiscal de mercadorias de origem ou procedência estrangeira ali depositadas ou expostas à venda.

Inicialmente foi dada ciência do Termo de Início de Ação Fiscal (anexo) à empresa, representada no momento da fiscalização pela proprietária Luciana Ferreira da Rosa Martins, CPF 725.641.999-68, 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 no estabelecimento comercial.

Após a intimação foi efetuada a retenção e a lacração das mercadorias objeto do Termo de Lacração de Volumes - TLAVO n.º OVR 35-14-04 (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 n.º 6.759/2009 e art. 23, inciso IV, e parágrafo único do DL 1455/76).

As mercadorias foram acondicionadas em onze volumes onde foram colados, na presença da proprietária Luciana Ferreira da Rosa Martins, selos de controle aduaneiro.

Foi designada a data de 27/06/2014, 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 fosse o caso, lavratura do auto de infração. Ato para o qual foi a empresa devidamente intimada no próprio Termo de Lacração de Volumes.

No dia e hora indicados para a deslacreção dos volumes, nenhum representante legal do estabelecimento comercial compareceu no Centro Operacional de Repressão - COR para acompanhar a abertura dos volumes e apresentar a documentação da regular situação das mercadorias estrangeiras. Desta forma, procedeu-se a deslacreção de ofício, na presença de duas testemunhas, conforme determina a IN SRF n.º 366/2003, art. 11, sendo lavrado o Termo de Deslacreção e Retenção de Mercadorias (anexo).

Assim, o interessado não apresentou nenhuma documentação para comprovar a regular importação/aquisição das mercadorias de origem estrangeira apreendidas. O interessado teve em dois momentos a oportunidade de apresentar à fiscalização os documentos que comprovariam a situação regular das mercadorias de origem estrangeiras encontradas no estabelecimento comercial: o primeiro no dia da fiscalização da empresa, e o segundo no dia da deslacreção dos volumes, mas em nenhum dos dois momentos foi apresentado qualquer documento. Desta forma, o interessado não logrou comprovar a regular importação das mercadorias estrangeiras, o que demonstra que estas mercadorias de origem estrangeira, encontradas nas dependências do estabelecimento comercial e retidas pela fiscalização, entraram no território nacional de forma clandestina, estando, portanto, sujeitas à apreensão para aplicação da penalidade de perdimento.

3. A fiscalização aduaneira lavrou termo de revelia e pena de perdimento (fl. 15), uma vez que a empresa não apresentou impugnação contra os termos do auto de infração e apreensão de mercadorias. Também encaminhou à DRF/FNS representação fiscal para fins de exclusão do Simple Nacional.

4. A empresa comunicada de sua exclusão do Simple Nacional (AR - fl. 21) ingressa com manifestação de inconformidade (fls. 23 a 33), na qual argumenta, em síntese, que:

4.1. na preliminar de nulidade (alegação de irregularidade no processo administrativo fiscal):

a) no curso da ação fiscal foi intimado a apresentar os documentos que comprovassem a regularidade fiscal das mercadorias em estoque ou expostas no estabelecimento, para as quais há suposição de procedência estrangeira. Ato contínuo à intimação, a autoridade fiscal efetuou a retenção e a lacração das mercadorias, sendo marcada data específica para a apresentação de documentos fiscais, com prazo exíguo (7 dias úteis);

b) inexplicável a morosidade do procedimento de exclusão do Simples Nacional, dois anos depois do fato gerador, visto que a Constituição Federal garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Ainda, o artigo 196 do CTN anuncia a necessidade de estipular prazo máximo para as diligências fiscalizatórias, mas este prazo não foi prenotado no termo de início da ação fiscal. No PAF esse prazo é de 60 dias (Decreto N.º 70.235/1972, art. 7.º, §2º). Na Lei N.º 9.784/99 (art. 49), o prazo é de até 30 dias, após a instrução do processo administrativo. O prazo mais dilatado está na Lei N.º 11.457/2007 (1 ano);

c) as consequências práticas da demora podem representar o fim de uma pequena empresa conduzida pela esposa e marido que, por ser pequena, não terá capacidade de arcar com as consequências do ADE de exclusão do Simples, haja vista o tardio recebimento da intimação de exclusão (somente em 2016), com efeitos retroativos a 2014;

d) anexa julgados do STJ, com o objetivo de reforçar seus argumentos.

4.2. no mérito, aduz que, em momento algum, a representação fiscal faz alusão à conduta típica excludente do Simples no caso concreto, qual seja, COMERCIALIZAR mercadorias objeto de contrabando e descaminho;

Em sessão de 8 de fevereiro de 2017 a DRJ julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade do contribuinte, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2014

ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. ATO ADMINISTRATIVO REGULARMENTE EMITIDO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O ato administrativo de exclusão do Simples Nacional que obedece a todos os requisitos essenciais de validade legal, expondo de forma clara e precisa o motivo da exclusão a que se refere, permite o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa ao interessado e atende aos princípios constitucionais.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E/OU INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIACÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente, não possuindo competência para afastar normas mediante apreciação de sua validade ou constitucionalidade.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014

OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. COMÉRCIO DE MERCADORIAS OBJETO DE DESCAMINHO OU CONTRABANDO.

A constatação do exercício de atividade relativa a comércio de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho enseja exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir do mês em que incorridas, impedindo nova opção pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Ciente da decisão de primeira instância em 17/02/2017 (e-fls. 52), o ora Recorrente apresenta Recurso Voluntário em 17/03/2017 (e-fls. 54), no qual expõe os fundamentos de fato e de direito a seguir sintetizados.

Repete o argumento de que a morosidade do Fisco fez com que a decretação da exclusão tenha sido formalizada apenas no ano de 2016, ainda que a apreensão tenha sido realizada no ano de 2014.

Quanto ao mérito, afirma que não consta nos autos a prova de que as mercadorias apreendidas tenham sido objeto de comércio, ou seja, estavam expostas para venda

Como em nenhum momento a decisão de primeira instância administrativa consegue indicar no Termo de Apreensão ou mesmo na Representação feita ao Delegado da Receita Federal a existência de qualquer registro indicativo de que a microempresa comercializou mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, inexistente respaldo legal manter exclusão da microempresa do SIMPLES NACIONAL.

Ao final, pede a reforma da decisão proferida pela DRJ bem como a liberação das mercadorias apreendidas, ou, como pedido alternativo, a nulidade do ato declaratório de exclusão do simples nacional

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Zedral, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B da Portaria MF n.º 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF n.º 329/2017.

Demais disso, observo que o recurso atende os outros requisitos de admissibilidade. No entanto, dele conheço apenas parcialmente, pois que não será conhecido pedido para liberação das mercadorias apreendidas, visto não se tratar do objeto dos presentes autos. A apreensão e decretação de perdimento das mercadorias foi tratada nos autos do PAF 12719.720477/2014-10, estando comprovado que a recorrente não apresentou defesa no prazo legal.

Portanto, não serão conhecidos todas questões relacionadas ao ato administrativo de decretação de perdimento das mercadorias, inclusive quanto à preliminar de nulidade relacionada ao tempo de duração do procedimento fiscal relacionado à apreensão das mercadorias.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE

Será conhecida a preliminar de nulidade do Recurso Voluntário apenas quanto à alegação de prejuízo à contribuinte na demora na decretação da sua exclusão do Simples nacional.

E neste ponto, entendo improcedente as alegações da recorrente.

O prazo estipulado pela lei 11.457/2007 possui valor programático, sem a estipulação de quaisquer consequências na validade no ato administrativo que eventualmente não estiver em conformidade com seu conteúdo.

Diante do exposto, entendo que a regra prevista no art. 24 da Lei n.º 11.457/2007 é uma norma programática e o descumprimento do prazo nele previsto não impede que a Fazenda Pública realize os atos administrativos previstos em lei, como é o caso dos autos, que determina a exclusão do simples nacional em função da comercialização de mercadorias objeto de descaminho.

O prazo estipulado no artigo 7º do decreto 70.235/1972 referido pela recorrente na e-fls. 58 refere-se, **conforme se verifica pela sua simples leitura**, à “*espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas*”.

E os atos dos incisos I e II, para os efeitos do disposto no § 1º, valerão pelo prazo de sessenta dias:

"Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto; II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º **O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo** em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º **Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias**, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos."

Inaplicável ao presente caso, pois trata da perda da espontaneidade do sujeito passivo no início do procedimento fiscal.

E quanto ao prazo do artigo 49 da lei 9.784/1999, até mesmo o voto do relator do Acórdão do STJ, proferido pelo então Ministro Luiz Fux, **referido pela recorrente** deixa claro ser inaplicável a referida lei no processo administrativo fiscal:

"O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal -, **o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99**, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte." Resp 1.138.206 – RS (2009/0084733-0) Relator Luiz Fux.

Portanto, não vislumbro nulidade nos presentes autos.

DO MÉRITO

A recorrente alega que não há provas nos autos de que a autoridade fiscal constatou que as mercadorias apreendidas estavam sendo comercializadas. Argumenta que a materialização da comercialização é essencial para a configuração da hipótese prevista na legislação (art. 29 da LC 123/2006).

Argumenta também que o simples fato das mercadorias estarem no estabelecimento não configuraria a sua comercialização. Apresenta como argumento uma situação hipotética em que

"o microempresário que adquiriu irregularmente, por exemplo, um sistema de monitoramento por câmaras (sic) para vigiar a loja, pode estar sujeito à pena de

perdimento da referida mercadoria, mas não poderá a microempresa ser excluída do SIMPLES.” (e-fls. 66).

A recorrente tem razão. Não poderia a hipotética empresa ser excluída do Simples, pois o tal “um sistema de monitoramento por câmaras” não poderia ser caracterizado como mercadoria mas sim um bem do seu ativo imobilizado.

A recorrente distorce o conceito de mercadoria, a qual, como se sabe, é toda coisa móvel que é objeto de comércio. Assim, se o sistema de câmeras está instalado e funcionando numa loja, não pode receber o tratamento de uma mercadoria.

Mas, por outro lado, se estiver exposta a venda ou depositada no estoque da loja, será sim uma mercadoria, como aliás é o caso da **mercadoria** apreendida denominada “DVR P/ CAMERA **DE SEGURANÇA** H.264 NETWORK” listada na relação de e-fls. 7:

85269200	CONTROLE REMOTO LELONG LE-F2100	UN	8	2,90	23,20
85219090	DVR P/ CAMERA DE SEGURANÇA H.264 NETWORK	UN	1	45,00	45,00
39261000	ESTOJO ESCOLAR REGAL MT-112	UN	1	6,00	6,00
39261000	ESTOJO ESCOLAR ARTZONE 112 PEÇAS	UN	1	6,00	6,00
39261000	ESTOJO ESCOLAR ARTZONE 68 PEÇAS	UN	1	4,50	4,50

E ao contrário do que afirma a recorrente, a autoridade fiscal constatou (e-fls. 11) que foram encontradas “mercadorias que se encontravam expostas à venda ou depositadas no estabelecimento acima qualificado ao desamparo de documentos comprobatórios”. E a lista das mercadorias apreendidas não deixa dúvidas de se tratam de produtos destinados ao comércio (mercadorias, por tanto).

O STJ tem decidido que não é sequer necessário que a mercadoria irregular esteja **exposta à venda ou depositada** no estabelecimento para a aplicação da pena de perdimento, bastando a sua simples existência no estabelecimento, como se verifica no acórdão abaixo transcrito:

TRIBUTÁRIO. MERCADORIA ESTRANGEIRA. AQUISIÇÃO IRREGULAR NO MERCADO INTERNO. INEXISTÊNCIA DE NOTA FISCAL. PENA DE PERDIMENTO.

1. **Embora não exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no país, a existência de mercadoria importada no estabelecimento, sem qualquer nota justificadora da regularidade de sua aquisição, implica na aplicação da pena de perdimento.**

2. Recurso especial conhecido, porém, improvido.

(REsp 15.625/DF, Rel. MIN. HELIO MOSIMANN, Rel. p/ Acórdão MIN. PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/1997, DJ 15/03/1999, p. 198)

Portanto, entendo caracterizada a conduta de comercializar mercadoria objeto de contrabando ou descaminho prevista no artigo 29¹, VII da lei Complementar 123/2006, motivo pelo qual voto pelo indeferimento do recurso voluntário.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, voto por conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, e rejeitando a preliminar suscitada para, no mérito e na parte conhecida, negar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Zedral – relator.

¹ Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando: (efeitos: a partir de 01/07/2007)

VII – comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;