



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 13603.721453/2015-11
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-004.826 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de julho de 2020
Matéria IRPJ
Recorrente PANIFICADORA BAMBINA LTDA ME
Recorrida FAZENDA PÚBLICA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2015

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, negar provimento ao Recurso Voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do SIMPLES NACIONAL.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

Processo nº 13603.721453/2015-11
Acórdão n.º **1402-004.826**

S1-C4T2
Fl. 117

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luís Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Wilson Kazumi Nakayama (Suplente convocado), Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto face v. acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil que decidiu manter a exclusão da Recorrente do Simples.

O Ato Declaratório Executivo (ADE) Nº 2, de 7/1/2016 (fl. 40), excluiu a Recorrente da sistemática de tributação do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de junho de 2015, em virtude da constatação da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, nos termos estatuídos na Lei Complementar 123/2006, artigo 29, VII.

Segundo o que consta nos autos, a autoridade aduaneira da Divisão de Repressão ao Contrabando e Descaminho da 6 Região Fiscal (Direp/6RF) lavrou representação fiscal para fins de exclusão da empresa do Simples Nacional, pelo motivo já citado, com base no Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias (fl. 7), de acordo com os fatos descritos no Termo de Constatação (imagem da descrição dos fatos abaixo):

[...]

DOS FATOS

A Receita Federal do Brasil empreendeu, em 10/06/2015, operação de repressão ao contrabando e descaminho em Contagem – MG. Na ocasião, diversas casas comerciais varejistas que comercializam cigarros foram fiscalizadas. No estabelecimento do interessado foram encontrados cigarros de fabricação estrangeira desacompanhados de documentação fiscal e sem o necessário selo do IPI. Ato contínuo, a mercadoria foi apreendida, sendo lavrado o competente Termo de Retenção de Mercadorias.

A importação de cigarros e demais derivados do tabaco está sujeita a exigências específicas contidas na Legislação Tributária, as quais devem ser cumpridas para que a operação seja considerada regular. Uma vez que as mercadorias de origem estrangeira foram encontradas desacompanhadas de documentação fiscal em zona aduaneira secundária, não ocorreu a comprovação da sua regular importação, tampouco do cumprimento das exigências específicas aplicadas aos derivados de tabaco. Por outro lado, a importação de cigarros nacionais destinados a exportação é proibida pela legislação. Ante a inércia do interessado, resta claro tratar-se de produtos objeto de contrabando ou descaminho.

[...]

Segundo o relatório do v. acórdão recorrido, colacionado abaixo:

3. A fiscalização aduaneira (Direp/6a.RF) lavrou termo de revelia e pena de perdimento (fl. 32), uma vez que a empresa não apresentou impugnação contra os termos do auto de infração e apreensão de mercadorias. Também encaminhou à DRF/CON a devida representação fiscal para fins de exclusão do Simples Nacional. Por sua vez, a autoridade tributária da DRF/CON emitiu despacho decisório e o ADE, para fins de comunicação da exclusão do Simples Nacional da empresa em tela.

Cientificada, da sua exclusão do Simples Nacional, a Recorrente ingressa com manifestação de inconformidade (fls. 46 a 51), na qual argumenta, em síntese, que:

a) deve ser aplicado o princípio da preservação da empresa, tendo em vista que a sua exclusão do Simples Nacional não permitirá sua continuidade. Tal risco é contrário aos interesses nacionais, uma vez que a impugnante cumpre suas funções sociais, gerando empregos formais;

b) também se refere ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade dos atos administrativos. Não vê razão para a aplicação de penalidades múltiplas (perdimento, aplicação de multa, possível averiguação penal e exclusão do Simples), tudo em razão de maços de cigarros encontrados no estabelecimento;

c) o princípio da insignificância deveria ter sido aplicado ao caso, pelo valor diminuto das mercadorias e tributos envolvidos.

Ato contínuo, a DRJ proferiu v. acórdão mantendo integralmente a exigência do Auto de Infração, registrando a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2015

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.

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

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: 2015

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.

EXCLUSÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

A comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho é infração que se apura independentemente do valor das mercadorias comercializadas, não cabendo, portanto, a aplicação do juízo de significância do valor das mesmas para a configuração da infração e suas conseqüências.

Inconformada com o v. acórdão, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário repisando os mesmos argumentos da impugnação.

Ato contínuo, os autos retornaram para o E. CARF/MF e foram distribuídos para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

Os Recursos Voluntário é tempestivo e possui os requisitos previstos na legislação, motivo pelo qual deve ser admitido.

Como a matéria dos autos trata apenas da exclusão da Recorrente do Simples Nacional devido a constatação de comercialização de produtos estrangeiros de contrabando e descaminho.

Foi lavrado Auto de Infração e Termo de Apreensão de Mercadorias (fl. 7 dos autos) devido a constatação de comercialização de produtos estrangeiros de contrabando e descaminho, no qual a Recorrente deixou de apresentar impugnação naquele processo, quedando-se inerte.

Também devido a mesma constatação de comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho, foi expedido o ADE excluindo a Recorrente do Simples Nacional, nos termos do artigo 29, inciso VII da Lei Complementar 123/2006.

A Recorrente alega sinteticamente que a exclusão do Simples Nacional violou princípios constitucionais da preservação da empresa e sua função social, da razoabilidade e proporcionalidade. Afirma que a imposição de penalidades múltiplas de apreensão de mercadoria e exclusão do simples não se mostram proporcionais, nem razoáveis e por fim, levanta o princípio da insignificância, tendo em vista que foram encontrados apenas seis maços de cigarros importados sem a documentação necessária.

Tais alegações não devem ser providas.

Em relação ao princípios constitucionais alegados, este C. Tribunal encontra-se impedido de analisá-las, nos termos da Súmula CARF 02.

De qualquer forma, tais alegações de que a exclusão do simples afrontaria os princípios constitucionais da preservação de empresa e da função social, não desconstitui a fundamentação do ADE que excluiu a empresa devido a comercialização de produtos estrangeiros objetos de contrabando e descaminho, eis que a Recorrente não apresentou provas para afastar a acusação fiscal.

Em relação ao alegação de que teria ocorrido dupla penalidade devido a apreensão da mercadoria e sua exclusão do simples nacional, também entendo que não deve prosperar.

No caso, não ocorreu dupla penalidade como multa e cobrança de imposto em duplicidade, mas apenas aplicação de duas regras distintas que determinam a apreensão da mercadoria e a exclusão da empresa do Simples Nacional.

Sendo assim, entendo que a exclusão da Recorrente do Simples Nacional nos termos do artigo 29, inciso VII da Lei Complementar 123/06 deve ser mantida.

De resto, adoto os fundamentos do v. acórdão recorrido para motivar meu voto no sentido de manter a Exclusão da Recorrente do Simples:

6. A lide está restrita à questão relativa à exclusão do Simples Nacional. O contribuinte alega sinteticamente que a exclusão do Simples Nacional violou princípios constitucionais da preservação da empresa e sua função social, da razoabilidade e proporcionalidade. A imposição de penalidades múltiplas não se mostram proporcionais, nem razoáveis. Também levanta o princípio da insignificância. Esta é a base da argumentação trazida aos autos pela defesa.

Da legalidade do ato administrativo de exclusão do Simples Nacional

7. Inicialmente vale destacar que, em relação ao regime tributário conhecido como Simples Nacional, a competência da Receita Federal do Brasil (RFB), que abrange expedir atos de exclusão, está expressa no artigo 33 da Lei Complementar 123, de 2006, combinado com artigos precedentes, conforme abaixo:

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. (efeitos: a partir de 01/07/2007)

(...)

Art.33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

7.1. Como se vê, pela legislação acima transcrita, compete à RFB e demais entes federativos fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias das empresas optantes pelo Simples Nacional. Evidente, essa competência inclui verificar (e tomar as devidas providências) no caso de os optantes incidirem nos critérios de vedação (ou de exclusão) previstos pela lei.

7.2. A Resolução CGSN Nº 94, de 2011, ao regulamentar a citada lei, reafirma a competência legal da RFB. Vejamos os dispositivos:

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do

Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

(...)

8. Dessa forma, o ato administrativo (ADE) expedido pela autoridade tributária da DRF/CON obedece ao princípio da legalidade, vez que encontra amparo legal em sentido estrito. O ato oportuniza a ampla defesa, visto que resta clara a motivação (comercialização de produtos estrangeiros objeto de descaminho ou contrabando), além de conferir prazo para contestação.

Dos princípios: controle de constitucionalidade

9. Ainda, o contribuinte alega que o procedimento da autoridade aduaneira violou princípios constitucionais, tais como, a razoabilidade e a proporcionalidade. A esse respeito, é importante frisar que o exame de validade de dispositivo previsto em lei, tendo por parâmetros princípios constitucionais, demandaria controle de constitucionalidade de normas, atividade exercida de maneira exclusiva pelo Poder Judiciário e expressamente vedada no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, a teor do art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

Do princípio da insignificância

10. Sobre a aplicação do princípio da insignificância, em que pese ser inequívoco que o Superior Tribunal de Justiça-STJ tem utilizado esta tese em alguns casos em que o Fisco exige valores de pequena monta dos contribuintes, é certo que no caso concreto o valor da infração fiscal não é relevante para configurar a infração que, consumada, implica a exclusão da empresa do Simples Nacional. A Lei Complementar 123/2006 ao listar as hipóteses de exclusão de ofício de empresas que sejam flagradas comercializando produtos estrangeiros que ingressaram no país mediante contrabando ou descaminho, não faz referência ao valor das mercadorias em questão.

Da exclusão do Simples Nacional

11. Em se tratando da exclusão do Simples Nacional no caso vertente, a matéria é regida pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (art. 29) e regulamentada pela Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011, aqui reproduzida no trecho pertinente:

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

I – verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

VII – comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

(...)

Resolução 94/2011:

Art. 76 A exclusão de ofício da ME ou 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: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e §1º)

(...)

f) comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

(...)

§ 2º O prazo de que trata o inciso IV do caput será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro

(...)(original sem grifos)

11.1 Como se observa, pela leitura dos dispositivos acima transcritos, a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho enseja a exclusão do Simples Nacional com efeitos a partir do mês da ocorrência do evento. Além disso, aplica-se a penalidade do impedimento ao Simples Nacional por três anos consecutivos.

12. No caso concreto, a fiscalização aduaneira lavrou Auto de Infração com apreensão de mercadorias, após constatação e que havia no estabelecimento da empresa mercadorias de procedência estrangeira não acobertada por documentação fiscal que comprovasse a sua regular importação. Ficou configurada a tese de que a mercadoria foi importada clandestinamente, e assim, passível da aplicação da pena de perdimento (descaminho).

12.1. Os termos do mencionado auto de infração não foram contestados, tanto que a autoridade aduaneira decretou a pena de perdimento da mercadoria após a constatação da revelia, conforme fl. 32. Assim, não cabe mais recurso na esfera administrativa.

12.2. Neste aspecto, deveria o contribuinte ter apresentado suas razões no prazo de impugnação do auto de apreensão das mercadorias. Deixando de fazê-la tempestivamente, opera-se a preclusão temporal. Assim, no presente julgamento, não nos cabe analisar questões de mérito a respeito do auto de infração e termo de retenção lavrados, portanto, descabe qualquer acolhimento de pedidos referentes ao cancelamento do auto de infração e consequente apreensão de mercadorias.

12.3. Cabe esclarecer que a atividade do fisco é pautada pelo princípio da estrita legalidade, não havendo nenhuma margem de discricionariedade na análise da situação do contribuinte. Os requisitos para vedação ou ingresso no Simples Nacional estão previstos na legislação de maneira totalmente objetiva e não levam em consideração a capacidade ou incapacidade da empresa de suportar financeiramente essa ou aquela forma de tributação. Constatada, dessa forma, a incidência do contribuinte na situação prevista no inciso VII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, deve ser mantida a exclusão do Simples Nacional.

Da conclusão

13. Diante de todo o exposto, VOTO no sentido de CONSIDERAR IMPROCEDENTE a manifestação de inconformidade e, em consequência, manter a exclusão do

Processo nº 13603.721453/2015-11
Acórdão n.º **1402-004.826**

S1-C4T2
Fl. 126

Simples Nacional, conforme decidida pela autoridade tributária da DRF/CON, nos termos do presente voto.

Sendo assim, voto por manter a exclusão da Recorrente do Simples Nacional nos termos do v. acórdão recorrido.

Pelo exposto e por tudo que consta processado nos autos, voto por conhecer e negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves