



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.003488/2010-71
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1301-004.845 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 11 de novembro de 2020
Recorrente MERCADO MONTIBELLER
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

ANO-CALENDÁRIO: 2009

LIMITES DO PROCESSO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. EXCLUSÃO MANTIDA

O processo trata exclusivamente da exclusão do Simples Nacional em decorrência da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Assim, desbordam dos limites do presente feito as alegações que visam tornar insubsistente o auto de infração que aplicou a pena de perdimento das mercadorias, que é controlado em outro processo e que já foi decidido de forma definitiva na esfera administrativa.

Exclui-se de ofício do SIMPLES, dentre outras hipóteses, a pessoa jurídica que comercializar objeto de contrabando e descaminho. A exclusão do Simples foi efetuada após a aplicação da pena de perdimento de mercadoria.

CONTESTAÇÃO DO ILÍCITO. MATÉRIA PRECLUSA.

Deve ser excluída do Simples Nacional a pessoa jurídica que teve suas mercadorias apreendidas e submetidas ao rito estabelecido pelo Decreto- Lei nº 1.455, de 1976, resultando na decretação da pena de perdimento dos produtos em razão da prática de contrabando ou descaminho, mostrando-se preclusa na atual fase processual a discussão quanto à existência, ou não, do ilícito que deu azo ao perdimento das mercadorias, matéria decidida em instância única em outro processo.

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

JUNTADA DE NOVAS PROVAS. PEDIDO GENÉRICO. INDEFERIMENTO.

O pedido genérico de juntada de novos elementos probatórios a qualquer momento não encontra respaldo na legislação de regência do processo administrativo fiscal.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

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, mormente o princípio da insignificância, que é afeto ao direito penal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Bianca Felicia Rothschild - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, José Eduardo Dornelas Souza, Sergio Abelson (suplente convocado), Lucas Esteves Borges, Bianca Felícia Rothschild e Heitor de Souza Lima Junior (Presidente). Ausente o Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa.

Relatório

Inicialmente, adota-se parte do relatório da decisão recorrida, o qual bem retrata os fatos ocorridos e os fundamentos adotados até então:

1. Trata-se de manifestação inconformidade contra ATO DECLARATORIO EXECUTIVO DRF/BLU N.º038, DE 19 DE ABRIL DE 2011, fl.62, que excluiu o contribuinte em epígrafe do Simples Nacional, com base no art. 29, VII, da Lei Complementar N.123/2006, com efeitos a partir de 01/01/2009.

2. O motivo da exclusão foi a comercialização de mercadorias objeto de contrabando, conforme auto de infração (com apreensão de mercadoria), fls.53/56, lavrado em 03/08/2010, objeto do processo 13971.003.485/2010-38.

3. Em conformidade com o §1º do art. 27 do Decreto-Lei n. 1.455/76, foi facultado ao autuado impugnar o referido auto de infração no prazo de vinte dias da ciência respectiva. Cabe observar porém, que o contribuinte foi declarado revel no processo de perdimento, fl.50.

4. Conforme Decisão de fls.51, o Delegado da Receita Federal do Brasil em Blumenau/SC, aplicou a pena de perdimento da mercadoria referida no processo

Nº13971.003.485/2010-38, resultando na expedição do ATO DECLARATORIO EXECUTIVO DRF/BLU Nº038, DE 19 DE ABRIL DE 2011, fl.62, ora guerreado.

5. Ciente da exclusão em 27/04/2011, fl.65, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, às fls. 75/79, em 27/05/2011, nos seguintes termos:

Apresenta a presente MANIFESTAÇÃO DE INCOFORMIDADE CONTRA A EXCLUSÃO DO SIMPLES, segundo fatos e fundamentos jurídicos a expostos nas razões em anexo.

Ato contínuo ao recebimento da presente manifestação de inconformidade contra a não homologação da compensação, requer seja diligenciada junto a SACAT da Delegacia da Receita Federal em Florianópolis a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários não compensados com fundamento no art. 74, §11, da Lei n.º 9.430/96, conforme a redação do art. 17 da Lei n.º 10.833/2003, c/c o art. 151, III, do CTN.

ARGUMENTOS REFERENTES À APREENSÃO DE MERCADORIAS

A contrafação é a falsificação de produtos. O suposto tipo penal é aquele do art. 175, I, do CP, "enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada.", que não se confunde com o elemento dos tipos do contrabando e do descaminho que conjecturam a importação ou exportação de mercadoria proibida (CP,art. 334).

A infração de contrafação muito embora possa ter significância penal, não se encaixa na tipicidade do art. 29, VII, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, de modo que incabível, isto é, praticar contrafação não é motivo de exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Não há qualquer prova de que os DVD's supostamente piratas tenham sido produzidos fora do país. Veja que a prova de que o bem foi objeto de descaminho não pode ficar apenas na afirmação da fiscalização estadual, que, conforme é cediço deveria ter acessado o SISCOMEX para verificar ou não a importação do bem.

De outra ponta, a bem da verdade, Nobres Julgadores, as 51(cinquenta) carteiras de cigarro apreendidas foram compradas pelo 1 Sr. Honório Montibeller para consumo próprio. Em seu depoimento em delegacia o interrogado deixa claro que os cigarros são comprados para uso próprio por R\$ 1,30 ou R\$ 1,50, mas que somente comercializa em seu estabelecimento cigarros das marcas Souza Cruz e Phillip Morris.

De feito, o volume de cinquenta e um maços de cigarros é completamente incompatível com a comercialização habitual do estabelecimento do contribuinte.

A corroborar a assertiva a prova acostada a presente consubstanciada nos livros de entrada e notas fiscais de compras de cigarros da Phillip Morris do Brasil e da Souza Cruz, observa-se que a venda de cigarro no estabelecimento é muitíssimo superior ao volume de cigarros apreendidos, na faixa de 2500 (dois mil e quinhentos) maços por mês.

Observe-se que no mês da apreensão dos referidos 51 maços, a contribuinte adquiriu 2060 (dois mil e sessenta maços) somente da Souza Cruz S.A. No mês seguinte foram 2580 (dois mil e quinhentos e oitenta) maços de cigarro do mesmo fabricante nacional.

Os cinquenta e um maços representam 1,97% (um virgula noventa e sete por cento) das aquisições do mês de dezembro, e pouco mais do que 2% (dois por cento) das vendas das entradas do mês de novembro, mês da apreensão.

Considerar estes maços como destinados à comercialização é quase que um desafio as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (CPC, art. 335).

De fato, não há na Lei Complementar n.º 123/2006 previsão expressa de que a comercialização de artigos supostamente "piratas" possa acarretar a exclusão do regime, sequer há qualquer referência aos termos "pirata" ou "falsificado" na Lei Complementar n.º 123/2006.

A por uma pá de cal no assunto, veja-se que com relação aos cigarros foi lavrado o "Termo de Início de Apreensão e Contrabando/Descaminho", do qual não consta qualquer referência aos DVD's supostamente apreendidos no local.

Igualmente, vale ressaltar que a exclusão não especifica se os bens apreendidos são objeto de contrabando ou de descaminho.

A exclusão retroativamente a 1º de novembro de 2009 é evidente causa de nulidade do procedimento. A suposta infração ocorreu em 05 de novembro de 2009, segundo os termos. Como pode retroagir a exclusão a data anterior mesmo a suposta infração?

De outra ponta, a contribuinte impugna o documento de fl. 27 e 28, pois, juntados aos autos de forma incompleta, afastando de todo o contexto o depoimento do representante legal da empresa junto à delegacia.

DILAÇÃO PROBATÓRIA

Requer:

A produção de todos os meios de prova em direito admitidas, hábeis a provar a verdade dos fatos em que se funda a presente manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação, com fundamento no art. 16, do Decreto-lei n.º 70.235/72, sobretudo:

Documental inclusa, com fundamento no art. 16, § 4º, do Decreto-lei n.º 70.235/72.

Documental superveniente, com fundamento nas alíneas do §4º, do art.16, do Decreto-lei n.º 70.235/72.

Pericial, com fundamento no art. 16, IV, do Decreto-lei n.º 70.235/72.

Testemunhal, com fundamento no art. 16, III, do Decreto n.º 70.235/1972;

Seja a presente manifestação de inconformidade julgada totalmente procedente, com fundamento no art. 145, I, do Código Tributário Nacional.

A decisão da autoridade de primeira instância julgou improcedente a defesa da contribuinte, cuja ementa encontra-se abaixo transcrita:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

ANO-CALENDÁRIO: 2009

Ementa:

HIPÓTESE DE EXCLUSÃO DE OFÍCIO. EXCLUSÃO MANTIDA

Exclui-se de ofício do SIMPLES, dentre outras hipóteses, a pessoa jurídica que comercializar objeto de contrabando e descaminho. A exclusão do Simples foi efetuada após a aplicação da pena de perdimento de mercadoria.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Cientificado da decisão de primeira instância, o contribuinte apresentou recurso voluntário, repisando os argumentos levantados em manifestação anterior, acrescentando razões para reforma na decisão recorrida.

É o relatório.

Voto

Conselheira Bianca Felicia Rothschild, Relatora.

Recurso Voluntário

O recurso voluntário é **TEMPESTIVO** e, uma vez atendidos também às demais condições de admissibilidade, merece, portanto, ser **CONHECIDO**.

Fatos

Trata-se de Recurso Voluntário contra ADE DRF/BLU N.º038, DE 19 DE ABRIL DE 2011, fl.62, que excluiu o contribuinte em epígrafe do Simples Nacional, com base no art. 29, VII, da Lei Complementar N.123/2006, com efeitos a partir de 01/01/2009.

O motivo da exclusão foi a comercialização de mercadorias objeto de contrabando (cigarros e DVDs), conforme auto de infração (com apreensão de mercadoria), fls.53/56, lavrado em 03/08/2010, objeto do processo 13971.003.485/2010-38.

Em conformidade com o §1º do art. 27 do Decreto-Lei n. 1.455/76, foi facultado ao autuado impugnar o referido auto de infração no prazo de vinte dias da ciência respectiva. Cabe observar porém, que o contribuinte foi declarado revel no processo de perdimento, fl.50.

Conforme Decisão de fls.51, o Delegado da Receita Federal do Brasil em Blumenau/SC, aplicou a pena de perdimento da mercadoria referida no processo N.º13971.003.485/2010-38, resultando na expedição do ADE DRF/BLU N.º038, DE 19 DE ABRIL DE 2011, fl.62, ora guerreado.

Em breves palavras, a decisão de primeira instância julgou que não caberia qualquer defesa quanto ao ato administrativo de exclusão do SIMPLES uma vez que a Recorrente teria sido considerada "REVEL" no processo de n 13971.003485/2010-38, de fl. 50, que havia determinado o perdimento das mercadorias.

Da Ampla Defesa

A Recorrente alega entender que a sua não participação no processo de declaração de perdimento da mercadoria por suposta revelia é o mesmo reputar o presente processo como mera formalidade, onde a recorrente já estaria condenada.

Defende que é ampla a defesa do recorrente no presente processo administrativo fiscal, devendo a autoridade julgadora sim revolver todas as questões posta à sua análise.

Entendo que carece de razão a Recorrente.

A maioria das alegações de mérito esgrimidas pela recorrente dizem respeito exclusivamente à subsistência do auto de infração.

Como dito, desborda do escopo deste processo rediscutir a correta identificação do sujeito passivo, a titularidade das mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, a efetiva destinação comercial destas mercadorias. Todos esses pontos deveriam ser alegados no processo nº 13971.003485/2010-38.

Assim, no presente processo, tomo como ponto de partida a situação jurídica constituída por meio do auto de infração, que se tornou definitivo na esfera administrativa.

Ausência de Tipicidade

Neste sentido, vejamos o que diz a Lei Complementar N.123/06:

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 apreensão das mercadorias foi fundamentada no art. 689, inciso X, do Decreto nº 6.759/09, que diz o seguinte:

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)

Neste caso, da mercadoria apreendida não foi feita pelo contribuinte a prova de importação regular, acarretando o perdimento da mesa, corretamente aplicada.

Tal situação se enquadra na hipótese de exclusão contida no inciso VII, do artigo 29 da Lei Complementar N.123/06, mencionado, tendo em vista que está configurado o descaminho das mercadorias apreendidas, pois não foi feita a prova de sua importação regular.

Sobre o questionamento se os bens apreendidos são objeto de contrabando ou de descaminho, é importante observar a hipótese de exclusão do SIMPLES NACIONAL, contida no inciso VII, do artigo 29 da Lei Complementar N.123/06, abrange as duas situações, tanto produtos objeto de contrabando como de descaminho.

Insignificância dos Valores Frente à Receita e Da Insignificância Tributária

Penal

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. Ou seja, 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 n.º 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 n.º 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.

Documento Impugnado

Por fim, a contribuinte impugna o documento de fl. 27 e 28, pois, juntados aos autos de forma incompleta, afastando de todo o contexto o depoimento do representante legal da empresa junto à delegacia.

Apesar do aludido argumento, a Recorrente não afirma quais seria o contexto correto do depoimento. De qualquer forma, conforme acima mencionado, documentos e argumentos relacionados ao processo original de perdimento foram analisados em seu próprio rito, transbordando de nossa competência nova análise.

Conclusão

Desta forma, voto por **CONHECER** do Recurso Voluntário e no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

(assinado digitalmente)

Bianca Felícia Rothschild.