



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.722529/2018-80
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.375 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 12 de maio de 2021
Recorrente 4 BUILDERS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2018

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.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

A exclusão de ofício da pessoa jurídica que recolher tributos na forma do Simples Nacional dar-se-á quando comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês em que incorridas as condutas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carlos Alberto Benatti Marcon, Bárbara Santos Guedes e Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

Ato Declaratório Executivo

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/FNS/SC nº 179, de 30.10.2018, com efeitos a partir de 01.02.2018, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fl. 29:

O Chefe do Serviço de Orientação e Análise Tributária (SEORT) da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Florianópolis - SC -, no uso das atribuições que lhe confere o inciso VIII do artigo 286 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 430, de 09 de outubro de 2017, e considerando o constante do processo nº 13971.722529/2018-80, declara:

Art. 1º – Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional a pessoa jurídica, 4 BUILDERS LTDA, CNPJ 20.811.368/0001-47, por ter sido constatada, em procedimento da fiscal realizado em 21/02/2018, a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, incorrendo na situação excludente prevista no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006.

Art. 2º – Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 01/02/2018, como determina o parágrafo 1º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, ficando a pessoa jurídica impedida de ser optante do Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário seguintes (2019, 2020 e 2021).

Art. 3º - A pessoa jurídica poderá apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência deste Ato Declaratório Executivo (ADE), impugnação dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, conforme disposto no art. 39 da Lei Complementar nº 123/2006, e nos termos do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

Parágrafo Único - Não havendo apresentação de impugnação no prazo de que trata este artigo, a exclusão tornar-se-á definitiva.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 4ª Turma DRJ/FNS/SC nº 07-43.924, de 08.05.2019, e-fls. 47-50:

EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL. HIPÓTESE.

Acarreta a exclusão de ofício do Simples Nacional, a comercialização de mercadorias objeto de descaminho.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 22.05.2019, e-fl. 59, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 24.05.2019, e-fls. 54-58, esclarecendo que a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

III – DO DIREITO:

Como já aduzido em sede de impugnação, é importante esclarecer um ponto que não foi ventilado no expediente administrativo, mas que é de suma importância para o deslinde do feito, qual seja, o de que a empresa 4 Builders Ltda. –ME, não foi quem nacionalizou, importou, quem trouxe o produto, segunda a fiscalização, objeto de descaminho ou contrabando para território nacional.

As notas fiscais já anexadas confirmam o que supra foi asseverado! Como se depreende de suas análises, a cadeia comercial se deu da seguinte forma: A empresa GT Nutrition vendeu para a empresa GSM suplementes (em 22/12/2017), e esta, por

sua vez, revendeu para a ora recorrente em 10 de janeiro do corrente ano (“ut” dados adicionais constantes na nota fiscal).

Assim, não pode ser imputado a 4 BUILDERS a prática de crime de descaminho ou contrabando, visto que esta, além de adquirente de boa-fé, compra e revende seus produtos exclusivamente no mercado interno.

No descaminho, o crime é relacionado ao (não) pagamento do imposto devido, como podemos observar: “Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”. Já o contrabando, trata-se da importação ou exportação de mercadoria cuja entrada ou saída no país é absoluta ou relativamente proibida. Veja-se que *in casu* não se configura o tipo penal, uma vez que a mercadoria foi adquirida e revendida pela 4 BUILDRES em solo brasileiro.

De toda sorte, a ideia da responsabilidade objetiva em sede fiscal é mitigada pelo princípio da boa-fé, até porque a regra do art. 112 determina interpretação mais favorável ao acusado em casos de dúvida quanto à natureza ou extensão dos atos ou de seus efeitos.

Quando o preceito do artigo 136 do CTN diz que “independe da intenção do agente” está a significar que independe da vontade consciente e livre de praticar a conduta antijurídica, ou seja, independe do dolo. A responsabilidade penal, administrativa e tributária só pode ser imputada a quem voluntariamente praticou o ato antijurídico, ou seja, pressupõe a culpa subjetiva do contribuinte ou do responsável, por ação ou omissão. Nesse sentido está evoluindo a jurisprudência de nossos tribunais:

“O art. 136 do CTN, o que toca à infração da lei tributária, deve ser examinado e, harmonia com o art. 137 do CTN, que consagra a responsabilidade subjetiva” (Resp nº 68.087/SP, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 16.8.2004).

“Apesar de prever o art. 136 do CTN que a responsabilidade do contribuinte ao cometer um ilícito é objetiva, admitem-se temperamentos na sua interpretação, diante da possibilidade de aplicação da equidade e do princípio da lei tributária in dubio pro contribuinte - arts. 108, IV, e 112”. Precedentes: Resp nº 494080/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 16-11-2004; Resp nº 699.700/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 3-10-2005; Resp nº 278324/SC, Rel. Min. João Octávio de Noronha, DJU de 13-3-2006).

Destarte, eméritos julgadores, tendo em vista a ausência de ilicitude em seu ato, já que adquiriu o produto no mercado interno, bem como a sua boa-fé na aquisição do mesmo, sanção alguma deve ser imposta a recorrente, mormente uma tão gravosa quanto sua exclusão do sistema diferenciado de tributação (Simples Nacional), que praticamente decretará sua falência.

No que concerne ao pedido conclui que:

III - DO PEDIDO:

Por todo o exposto, espera o acolhimento da presente para declarar insubsistente AUTO DE INFRAÇÃO COM APREENSÃO DE MERCADORIAS ECT N. 0920400-25564/2018, tonando-se sem efeito o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO (DRF/FNS Nº 179, DE 30 DE OUTUBRO DE 2018), vez que o caso em estudo não se enquadra em contrabando/descaminho, requerendo, outrossim, a competente baixa dos seus registros nesse órgão por não estar legitimada a pretensão do agente do fisco.

Ainda, postula pelo recebimento desta no seu efeito suspensivo, consoante reza o §6º do artigo 38 da Lei complementar 123/2006.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Delimitação da Lide

Conforme princípio de adstrição do julgador aos limites da lide, a atividade judicante está constricta ao exame do mérito em relação ao Ato Declaratório Executivo DRF/FNS/SC nº 179, de 30.10.2018, com efeitos a partir de 01.02.2018 (art. 141 e art. 492 do Código de Processo Civil, que se aplica subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal - Decreto nº 70.235, de 02 de março de 1972).

Nulidade do Ato Declaratório Executivo e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos.

O Ato Declaratório Executivo foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente, inclusive com base no princípio da persuasão racional previsto no art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. A Recorrente foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

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. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos.

O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância (inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridades fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança

jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791292/PE, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Neste sentido, devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Por conseguinte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

Diferente do entendimento da Recorrente, os argumentos referentes ao Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadoria ECT nº 0920400-25564/2018, formalizado no processo nº 13971.721610/2018-42, acompanhado do Termo de Retenção de Mercadoria Estrangeiras, e-fls. 06-11, não podem ser reanalisados nos presentes autos. Ressalte-se que, no âmbito do devido processo legal específico (inciso LV do art. 5º da Constituição Federal), estes assuntos foram examinados no procedimento próprio, que se encontra findo na esfera administrativa, e-fls. 63-64, com imposição de pena de perdimento de produto estrangeiro importado de forma irregular (§ 1º do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, bem como no inciso I do art. 336 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017).

Nesse sentido, nos presentes autos, não se pode submeter novamente à averiguação do Documento Auxiliar a Nota Fiscal Eletrônica de e-fl. 44, uma vez que este acervo fático-probatório sobre a regularidade da importação de produto estrangeiro caberia ser analisado no âmbito do processo nº 13971.721610/2018-42, que foi especificamente formalizado para este fim, havendo impossibilidade de reexame de matéria já decidida definitivamente objeto de outro feito (art. 42 do Decreto 70.235, de 07 de março de 1972, art. 15, inciso V do art. 485 do Código Processo Civil e § 3º do art. 6º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942).

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Comercialização de Mercadorias Objeto de Contrabando ou Descaminho.

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os

entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal) ¹.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irretratável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 29 e art. 32 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

A pessoa jurídica que recolher tributos na forma do Simples Nacional deve ser excluída quando comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes (inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

Até 26.06.2014 a tipificação do contrabando (“importar ou exportar mercadoria proibida”) ou descaminho (“iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”) pertenciam ao mesmo tipo

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 07 de fevereiro de 2011. "3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte." Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur187195/false>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

contido no “caput” do art. 334 do Código Penal. A partir 27.06.2014 quando entrou em vigor a Lei n.º 13.008, de 26 de junho de 2014, houve a distinção em dois crime autônomos “Descaminho Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria [...]. Contrabando Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida [...]”.

Em se tratando de descaminho pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria sem o recolhimento integral do tributo devido o bem jurídico tutelado é o controle das importações e exportações em virtude, entre outras, da política econômica.

Consta na Representação para Exclusão do Simples Nacional, e-fls. 12-13:

DESCRIÇÃO DOS FATOS

Sr. Delegado da Receita Federal do Brasil em Blumenau, o Auditor-Fiscal no exercício de suas funções na Receita Federal do Brasil e conforme disposto no art. 29, inciso VII da Lei Complementar 123/2006, com a regulamentação dada pelo artigo 23, inciso VI da Instrução Normativa SRF n.º 608, de 09 de janeiro de 2006, abaixo transcritos, formaliza a presente REPRESENTAÇÃO contra a pessoa jurídica em epígrafe, com vistas à exclusão do regime denominado Simples Nacional, de ofício, a partir de 21/02/2018; data da constatação do comércio de mercadorias estrangeiras introduzidas irregularmente no território nacional, enquadradas na legislação penal como contrabando ou descaminho, conforme se pode observar da cópia do auto de infração em anexo (processo n.º 13971.721610/2018-42).

Lei Complementar 123/2006, art. 29, VII (Simples Nacional)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

VII - comercialização de 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.

Instrução Normativa SRF n.º 608, de 09 de janeiro de 2006

Art. 23. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

(...)

VI - comercialização de mercadorias, objeto de contrabando ou descaminho (...)

Parágrafo único. A exclusão de ofício dar-se-á mediante Ato Declaratório Executivo (ADE) da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo administrativo fiscal da União, de que trata o Decreto n.º 70.235, de 1972.

A presente representação deu-se a partir da análise de documentos decorrentes da realização de ação de repressão ao contrabando e descaminho.

Da análise da documentação amealhada, restou constatado que a representada comercializou mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Os fatos estão minuciosamente descritos na cópia do Auto de Infração (folhas 10 a 11), sendo indispensável sua leitura para o completo entendimento da questão.

[vide documentos comprobatórios] Considerando a inteligência do art. 29, VII, que restringe a aplicação da exclusão somente após a decisão definitiva, entendemos que, ao contrário, a aplicação do citado art. 23, VI, prescinde de qualquer decisão.

Assim, constatada a ocorrência do fato motivador da legislação citada, proponho a aplicação da penalidade em tela.

Está registrado no Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadoria ECT n.º 0920400-25564/2018, formalizado no processo n.º 13971.721610/2018-42, acompanhado do Termo de Retenção de Mercadoria Estrangeiras, e-fls. 06-11, que se encontra findo na esfera administrativa, e-fls. 63-64:

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, nos termos dos artigos 194 a 197 da Lei n.º 5.172 de 25 de outubro de 1966, artigos 34 a 36 da Lei 9.430 de 1996, artigos 93, 94 e 107 da Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964 e artigo 36 da lei 8.630 de 25 de fevereiro de 1993, em cumprimento ao Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF) n.º.0920400-2018 [...] INICIAMOS o procedimento fiscal no estabelecimento do sujeito passivo acima identificado, INTIMANDO-O a disponibilizar imediatamente todas as mercadorias de origem estrangeira em seu poder, bem como todos os documentos comerciais ou fiscais que acobertem seu regular transporte / importação / comercialização ou utilizados pela empresa em operações já realizadas.

CONVIDAMOS formalmente o representante do TRANSPORTADOR, ou qualquer pessoa por ele indicada, a acompanhar a presente ação fiscal e a prestar eventuais esclarecimentos que se façam necessários. As mercadorias de origem estrangeira com suspeita de introdução irregular no país serão retidas para verificação. Seguem excertos da legislação referenciada (g.n.):

Decreto 6.759/2009 — Regulamento Aduaneiro

Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei n.º 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, art. 23, caput e § 12, este com a redação dada pela Lei n.º 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;

LEI N.º 5172, de 25/10/1966 (CTN — Código Tributário Nacional)

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

LEI N.º 9430, de 27/12/1996

Art. 34. São também passíveis de exame os documentos do sujeito passivo, mantidos em arquivos magnéticos ou assemelhados, encontrados no local da verificação, que tenham relação direta ou indireta com a atividade por ele exercida.

Art. 36. A autoridade fiscal encarregada de diligência ou fiscalização poderá promover a lacração de móveis, caixas, cofres ou depósitos onde se encontrem arquivos e documentos, toda vez que ficar caracterizada a resistência ou o embaraço à fiscalização, ou ainda quando as circunstâncias ou a quantidade de documentos não permitirem sua identificação e conferência no local ou no momento em que foram encontrados.

LEI 4.502, de 30/11/1964

Art. 94. A fiscalização será exercida sobre todas as pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não que forem sujeitos passivos de obrigações tributárias previstas na legislação do imposto de consumo, inclusive sobre as que gozarem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal.

Parágrafo único. As pessoas a que se refere este artigo exibirão aos agentes fiscalizadores, sempre que exigido, os produtos, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos ou papéis, em uso ou já arquivados, que forem julgados necessários à fiscalização e lhes franquearão os seus estabelecimentos, depósitos, dependências e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.

Art. 95. Os agentes fiscalizadores que procederem a diligências de fiscalização lavrarão, além do auto de infração que couber, termos circunstanciados de início e de conclusão de cada uma delas, nos quais consignarão as datas inicial e final do período fiscalizado, a relação dos livros e documentos comerciais e fiscais exibidos e tudo mais que seja de interesse para a fiscalização.

§ 2º Quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando seja necessário à efetivação de medidas acauteladoras do interesse do fisco, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção, os agentes fiscalizadores, diretamente ou através das repartições a que pertencerem, poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal.

LEI N.º 8.630, de 25/02/93

Art. 36. Compete ao Ministério da Fazenda, por intermédio das repartições aduaneiras:

(...)

§ 2º No exercício de suas atribuições, a autoridade aduaneira terá livre acesso a quaisquer dependências do porto e às embarcações atracadas ou não, bem como aos locais onde se encontrem mercadorias procedentes do exterior ou a ele destinadas, podendo, quando julgar necessário, requisitar papéis, livros e outros documentos, inclusive, quando necessário, o apoio de força pública federal, estadual ou municipal.

DEC. 7212/2010 (RIPI)

Art. 511. O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil poderá proceder ao exame das escritas fiscal e geral das pessoas sujeitas à fiscalização, não se lhe aplicando quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los (Lei nº 5.172, de 1966, art. 195, e Lei nº 4.502, de 1964, art. 107).

(...)

§ 2º No caso de recusa de apresentação dos livros, dos documentos, dos arquivos e dos dados, inclusive os mantidos em arquivos magnéticos ou assemelhados, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, diretamente ou por intermédio da repartição competente, providenciará junto à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a sua exibição judicial, sem prejuízo da lavratura do auto de embaraço à fiscalização. [...]

OPERAÇÃO CORREIOS

A equipe de repressão aduaneira da Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Blumenau/SC realizou operação de fiscalização na Central de Distribuição de Encomendas da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) de Blumenau/SC, a partir das 15:00 horas do dia 06/02/2018. Da Operação de Repressão

ao Contrabando e Descaminho resultou a retenção de volume(s) remetido(s) por 4 BUILDERS LTDA ME ora autuado(a) via despacho postal, contendo mercadoria(s) de origem e/ou procedência estrangeira, desprovida(s) de documentação comprobatória de seu ingresso regular no país, conforme Relação de Mercadorias anexa.

Após registro de baixa nos sistemas da ECT, o(s) volume(s) foi(ram) transportado(s) até o Depósito de Mercadorias Apreendidas da DRF/BLU/SC para fins de armazenamento sob a custódia da RFB até o final do procedimento de fiscalização.

Posteriormente, servidores da RFB realizaram a verificação detalhada do(s) referido(s) volume(s), ocasião na qual a(s) mercadoria(s) foi(ram) contada(s) / valorada(s) / relacionada(s), visando a confecção de Intimação Fiscal, a ser encaminhada para o(a) autuado(a), para fins de esclarecimento dos fatos, bem como para apresentação de documentação comprovando a origem regular da(s) mercadoria(s) retida(s).

Apesar de terem feito diversas tentativas de entrega da Intimação Fiscal no endereço do remetente, como se pode verificar no histórico de rastreamento do objeto, anexado ao processo, os Correios não conseguiram efetuar a entrega pelo motivo "carteiro não atendido". Entretanto, o remetente teve conhecimento de que o objeto postado encontrava-se em poder da Receita Federal, através de consulta ao rastreamento de objetos do site dos Correios, mas, até o presente momento, o(a) mesmo(a) não se manifestou expressamente, nem apresentou qualquer documentação que pudesse respaldar a entrada legal no país da(s) mercadoria(s) relacionada(s) abaixo, acarretando, assim, a lavratura do presente Auto de Infração, com fulcro nos dispositivos legais no quadro abaixo.

Enquadramento Legal

No exercício das atribuições de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, conferidas pela Lei nº 10.593/2002, com a redação alterada pela Lei nº 11.457/2007, efetuo a apreensão administrativa da(s) mercadoria(s) de procedência estrangeira abaixo relacionada(s), por se encontrar(em) em desacordo com a legislação aduaneira vigente no país, com fulcro no artigo 23, inciso IV, do Decreto-Lei nº 1.455/76; no artigo 105, inciso X, do Decreto-Lei nº 37/66, regulamentado pelo artigo 689, inciso X, do Decreto nº 6.759/2009; no artigo 87, inciso I, da Lei nº 4.502/64, regulamentado pelo artigo 690, caput, do Decreto nº 6.759/2009; e na IN/RFB nº 1059/2010.

Procedo, assim, à autuação do(s) acima qualificado(s), pela prática da(s) infração(Cies) descrita(s) no(s) mencionado(s) dispositivo(s) legal(is), ficando o(a)(s) Autuado(a)(s) sujeito(s) à pena de perdimento das referidas mercadorias, em conformidade com o § 1º, do art. 23, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

INTIMAÇÃO FISCAL

Nos termos do art. 774, caput, e § 1º, do Decreto 6.759/09 (Regulamento Aduaneiro); do § 1º, do art. 27 do Decreto-Lei nº 1.455/76, fica(m) o(a)(s) autuado(a)(s) intimado(s) a apresentar impugnação (defesa escrita) ao presente Auto de Infração no prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento (ciência), sob pena de Reversão.

Destarte, a não apresentação de impugnação (defesa escrita) no prazo estipulado acima causará REVELIA, instituto jurídico que se aplica no caso de inatividade do(s) autuado(s) quando da oportunidade para resposta aos fatos alegados pela autoridade fiscal, havendo a presunção de veracidade dos fatos alegados, que resultará no perdimento das mercadorias em favor da União.

Cumpra mencionar que a apresentação de impugnação poderá ocorrer em qualquer unidade da Receita Federal do Brasil, envio através dos Correios, ou diretamente na Delegacia da Receita Federal do Brasil à Rua Namy Deeke, 40, Centro, Blumenau / SC, CEP 89010-130, das 13:00 às 16:30 horas.

Restou comprovado que houve apreensão de produto estrangeiro sem documentação comprobatória de sua importação regular, caracterizando objeto de contrabando ou descaminho, no estabelecimento comercial da Recorrente, fato que conforma-se com atividade mercantil vedada destes produtos. Desta circunstância ressaí nítida a sua condição de sujeito passivo da obrigação tributária e evidencia o caráter comercial da atividade, independentemente da quantidade de itens e o modo como estão expostos à venda. No Documento Auxiliar da Nota Fiscal de e-fl. 44 não comprova a importação regular do produto de procedência estrangeira, conforme restou definitivamente comprovado no processo nº 13971.721610/2018-42, do qual o presente procedimento de exclusão do Simples Nacional é consequência legal impositiva, conforme o princípio da legalidade previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

O conjunto probatório produzido nos autos corrobora a conduta da Recorrente de comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho, quais sejam, produto de procedência estrangeira sem comprovação de importação regular, e-fls. 06-11, os quais foram objeto de pena de perdimento com decisão definitiva formalizada no contexto do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (inciso LV do art. 5º da Constituição Federal). Por esta razão, diferente do seu entendimento, não há que se falar em transferência da responsabilidade de fiscalizar a regularidade da importação de produto estrangeiro, já que no processo nº 13971.721610/2018-42 a matéria foi analisada pelas autoridades fiscais competentes para este mister (art. 142 do Código Tributário Nacional). Ficou evidenciada de forma definitiva assim a infração à legislação tributária que enseja a exclusão do Simples Nacional.

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados, nos termos do art. 145 e art. 147 do Código Tributário Nacional, bem como art. 15, art. 16 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que estabelecem critérios de adoção do princípio da verdade material. O procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

Por conseguinte, o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS/SC nº 179, de 30.10.2018, com efeitos a partir de 01.02.2018, e-fl. 29, deve ser mantido, já que a exclusão do Simples Nacional dá-se de ofício mediante ato administrativo quando a pessoa jurídica optante comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, circunstância esta evidenciada pelo acervo fático-probatório produzido nos autos.

Declaração de Concorrência

Consta no Acórdão da 4ª Turma DRJ/FNS/SC nº 07-43.924, de 08.05.2019, e-fls. 47-50, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015):

Do efeito suspensivo da manifestação de inconformidade

Inicialmente, esclareça-se que a regular apresentação da manifestação de inconformidade suspende os efeitos da exclusão do Simples Nacional, conforme:

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a 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.

[...]

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, após vencido o prazo de impugnação estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, sem sua interposição tempestiva, ou, caso interposto tempestivamente, após a decisão administrativa definitiva desfavorável à empresa, condicionados os efeitos dessa exclusão a esse registro, observado o disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

Da aquisição da mercadoria

No processo nº 13971.721610/2018-42 em que tramitou o auto de infração da pena de perdimento, consta que a impugnação apresentada foi considerada intempestiva, e o processo foi arquivado.

No presente processo, a recorrente alega que adquiriu a mercadoria da empresa GSM Suplementos.

A DANFE de f. 44 indica que houve uma venda da empresa GT Nutrition para a empresa GSM Suplementos, mas não há prova de que a mercadoria em questão tenha sido, efetivamente, adquirida da empresa GSM Suplementos.

Portanto, a recorrente não logrou comprovar a regularidade da aquisição da mercadoria, de forma que o Ato Declaratório Executivo deve ser mantido.

Conclusão

Ante o exposto, é de se referendar o Ato Declaratório Executivo que excluiu a recorrente do Simples Nacional.

Boa-fé Objetiva

Em relação ao argumento da Recorrente sobre a boa-fé objetiva tem-se que “a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato” (art. 136 do Código Tributário Nacional). Ressalte-se que a “atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional” (art. 142 do Código Tributário Nacional). Ademais, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942).

Jurisprudência e Doutrina

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Inconstitucionalidade de Lei

Atinente aos princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que 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 (art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF n.º 2).

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este entendimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo, voto em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva