



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10640.724369/2019-48
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-002.646 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 05 de outubro de 2021
Recorrente LANCHONETE TURUNAS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO E DESCAMINHO.

Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte a pessoa jurídica que comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

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 natureza principiológica, sobretudo o princípio da insignificância, que é afeto ao direito penal. Ademais, mostra-se preclusa na atual fase processual a discussão quanto à existência, ou não, do ilícito que motivou o perdimento das mercadorias, matéria decidida em instância única em outro processo.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EFEITOS RETROATIVOS.

A norma legal que trata da exclusão de ofício, no caso de comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho, determina que a exclusão produza efeitos a partir do mês em que constata a ocorrência da infração.

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)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Benatti Marcon – Relator

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

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 da DRF de Juiz de Fora, MG, nº 006167757, de 07.06.2019 com efeitos a partir de 1º de maio de 2015, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fl. 212:

Número do Ato Declaratório Executivo: 006167757

Data da Publicação:07/06/2019

Data de Efeito: 01/05/2015

Nome: LANCHONETE TURUNAS LTDA

CNPJ:17.690.132/0001-95

PROCESSO: 10640.721626/2015-66

Exclui do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), de que tratam os arts. 12 a 41 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a pessoa jurídica que menciona.

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, da unidade de jurisdição do interessado, no uso da atribuição que lhe confere a alínea b do Inciso I do art. 6. da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, e tendo em vista o disposto no art. 33 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. e no inciso 1 do art. 83 da Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018

DECLARA:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte a pessoa jurídica acima identificada, por comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, conforme disposto no inciso VII e §1º do art. 29, e § 2º do art. 30 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. e na alínea f do inciso IV do art. 84 da Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018.

Art. 2. Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 01/05/2015, impedindo a opção pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes, conforme disposto no §1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123. de 2006,6 inciso IV do art. 84 da Resolução CGSN nº 140, de 2018.

Manifestação de inconformidade e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a Manifestação de Inconformidade, a qual teve as seguintes Ementas e Acórdão da 7ª Turma DRJ09 nº 109-001.376, de 24.09.2020, e-fls. 20-24:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

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

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando for constatado comércio de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

ACÓRDÃO

Acordam os membros da 7ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a manifestação de inconformidade.

Adotam-se a seguir excertos do relatório e voto da DRJ para melhor compreensão dos fatos:

Discorre inicialmente sobre o Ato Declaratório Executivo, relatando que ele teve origem em uma Representação Fiscal para Exclusão do Simples após a constatação de que a Recorrente comercializou 304 maços de cigarros estrangeiros desacompanhados de documentação comprobatória de sua regular importação, conforme Auto de Infração e Apreensão de Mercadoria, constante do Processo Administrativo Fiscal nº 10640.721437/2015-93. Por essa razão foi excluída do Simples Nacional.

Alegou não ter conhecimento de que os produtos eram originários de contrabando ou descaminho, até porque a quantidade adquirida de um vendedor no mercado era pequena.

Alegou, também, que a mera aplicação da pena de perdimento de mercadorias não era suficiente para excluí-la do Simples, nos termos do inc. VII do art. 29 da LC nº 123/06, visto que as circunstâncias das mercadorias serem objeto de contrabando ou descaminho não poderiam ser presumidas.

Por fim, requer que seja reconsiderada a pena de exclusão do Simples Nacional, entendendo que deve-se primar pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que a apreensão ocorreu há mais de 4 anos da data da notificação do ADE.

VOTO

Processo de Apreensão de Mercadorias e do Auto de Infração

Em relação ao Auto de Infração e do Termo de Apreensão de Mercadorias é de se consignar que o interessado não apresentou defesa nos autos dos processos nº 10640.721437/2015-93, deixando transcorrer o prazo regulamentar sem apresentar defesa, motivo pelo qual foi emitido o Termo de Revelia e imposta a pena de perdimento. Declarada a Revelia, não se admitem mais discussões acerca da apreensão das mercadorias e do auto de infração, pois tratam-se de matérias próprias a serem discutidas no processo de autuação.

Assim, a empresa foi intimada para impugnar o que entendesse em relação às nulidades sejam formais ou materiais constantes dos processos administrativos de apreensão de mercadoria e da autuação, porém nada contestou. Cumpre consignar, ainda, que não existe previsão legal para que tais matérias já julgadas administrativamente possam ser reexaminadas em sede de processo de exclusão do Simples Nacional. Desse modo, não se pode tomar conhecimento, neste processo, das alegações que discutem questões relativas à apreensão das mercadorias e do processo administrativo da autuação – ainda que os citados processos venham a se fazer referência - visto configurar matéria constituída na esfera administrativa.

Assim, como já houve o trânsito em julgado administrativo do procedimento fiscal do perdimento das mercadorias, tratado no processo administrativo nº 10640.721437/2015-93, nos autos próprios, em instância própria, formalmente prevista em instância única e

a cargo do Ministro da Economia, segundo o artigo 27, § 4º, do Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, consolidou-se o fato de que a contribuinte comercializou mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Processo de Exclusão do Simples Nacional

No caso, a exclusão da empresa do Simples Nacional deu-se em razão da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, nos termos do inciso VII, do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006 (citado no ADE de fls.62)

[...]

Por sua vez, consta do processo do Auto de Infração e da Apreensão de Mercadorias, fls.8 a 11, o seguinte:

Descrição dos Fatos, Enquadramento Legal
DESCRIÇÃO DOS FATOS Apreensão de cigarros, ou charutos ou fumo de procedência estrangeira por encontrar-se desprovida de documentação comprobatória de sua introdução regular no País. Em operação de rotina no município de Juiz de Fora/MG, a equipe de Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, acompanhada pela equipe de policiais da Polícia Militar de M.G., com base em indícios de ilícito aduaneiro relativos ao comércio de cigarros de origem Paraguai, visitou o estabelecimento supra em seu endereço, onde encontrou e reteve os produtos a seguir relacionados que se encontravam ali expostos a venda. Como de fato não foi comprovada sua origem legal, foram apreendidos e encaminhados aos depósitos da SRFB neste mesmo município para abertura do processo administrativo de perdimento, onde deverá permanecer até decisão final de sua destinação.

Verifica-se que ocorreu a apreensão das mercadorias de origem ou procedência estrangeira (CIGARROS) devido a empresa não ter apresentado as notas fiscais que amparariam a regular importação, ou seja, não houve a comprovação da origem das mercadorias estrangeiras que estavam em sua posse. Sendo assim, diferentemente do que entende o Manifestante estando a empresa de posse de mercadorias estrangeiras e sem a comprovação de sua origem, tem-se caracterizada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. Observa-se que o fato de a empresa ter adquirido as mercadorias estrangeiras no mercado interno, não afasta a exigência de adquirir mercadorias por meio de notas fiscais e nem de mantê-las em seu estabelecimento comercial sem a comprovação da origem. Além do mais, as características descritas das mercadorias no termo de apreensão não deixam dúvidas de que estas eram de origem estrangeira (cigarro estrangeiro de procedência do Paraguai).

Solicita com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade que não seja excluída a empresa do Simples Nacional, tendo em vista que a apreensão das mercadorias ocorreu em maio de 2015 e o ADE somente foi emitido em 07/2019, ou seja, mais de 4 anos. Em que pese ter ocorrido a demora na emissão no ato de exclusão da empresa do Simples Nacional, tal fato, por si só, não permite que o mesmo seja cancelado, por falta de previsão legal. Ainda, mais, quando demonstrado no auto de infração e no termo de apreensão que a empresa efetivamente mantida para fins comerciais mercadorias estrangeiras sem as notas fiscais de origem de tais mercadorias.

Quanto ao pedido de aproveitamento dos valores recolhidos na sistemática do Simples Nacional no período de sua exclusão, tem-se que informar que tal assunto não faz parte da presente demanda, que trata exclusivamente da exclusão ou não da empresa do Simples Nacional. Salienta-se que tal assunto é pertinente e deve ser verificado quando da regularização dos débitos, tendo como base a nova forma de tributação.

Assim, deve-se manter a exclusão do SN, com base no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, uma vez que restou configurada a prática de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Por todo o exposto, julgo a manifestação de inconformidade improcedente, devendo-se manter o ADE.

É como voto.

Recurso Voluntário

A Recorrente apresentou o Recurso Voluntário, e-fls. 46-52, em 03.11.2020, discorrendo sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge, importando mencionar que o recurso atende aos pressupostos de admissibilidade.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que(excertos):

Inicialmente a Recorrente discorre sobre a tempestividade e sobre o Ato Declaratório que determinou a sua exclusão do Simples Nacional.

Em relação à sua conduta afirma que pela quantidade de material apreendido e a existência de produtos regulares no seu estoque, poder-se-ia afirmar com certo grau de probabilidade que ela não tinha conhecimento da irregularidade de parte de seu estoque.

Entende que agiu sem dolo, ou seja, sem consciência de que comercializava produto proveniente de contrabando ou descaminho e, portanto, não poderia ser penalizada com a exclusão do Simples Nacional.

Alega, também, a ausência de crime com base no Princípio da Insignificância, citando o Recurso Especial nº 170.902-9-MG:

Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

Ementa:

RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DOS REPETITIVOS PARA FINS DE REVISÃO DO TEMA N. 157. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS FEDERAIS E DE DESCAMINHO, CUJO DÉBITO NÃO EXCEDA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002. ENTENDIMENTO QUE DESTOA DA ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO STF, QUE TEM RECONHECIDO A ATIPICIDADE MATERIAL COM BASE NO PARÂMETRO FIXADO NAS PORTARIAS N. 75 E 130/MF - R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). ADEQUAÇÃO. 1.

Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.112.748/TO - Tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF - R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho. 2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. 3. Recurso especial provido para cassar o acórdão proferido no julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 0000196-17.2015.4.01.3803/MG, restabelecendo a decisão do Juízo da 2ª Vara Federal de Uberlândia - SJ/MG, que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor do recorrente pela suposta prática do crime previsto no art. 334 do Código Penal, ante a atipicidade material da conduta (princípio da insignificância). Tema 157 modificado nos termos da tese ora fixada. (STJ - REsp: 1709029 MG 2017/0251879-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 28/02/2018, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 04/04/2018).

Apresenta, também, uma decisão do STF em a qual considera atipicidade do crime tributário quando o valor envolvido for inferior a R\$ 20.000,00

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR SONEGADO INFERIOR AO FIXADO NO ART. 20 DA LEI 10.522/2002, ATUALIZADO PELAS PORTARIAS 75/2012 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. REITERAÇÃO DA CONDUTA NÃO VERIFICADA NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. I - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com as atualizações feitas pelas

Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. Precedentes. II - A busca por procedimentos administrativos estranhos ao caso em concreto, demanda o reexame de fatos e provas pelo Superior Tribunal de Justiça, o que é vedado em recurso especial, conforme disposto na Súmula 7 daquele Tribunal Superior. III - Mesmo que o suposto delito tenha sido praticado antes das referidas Portarias, conforme assenta a doutrina e jurisprudência, norma posterior mais benéfica retroage em favor do acusado. IV - Ordem concedida para trancar a ação penal. (STF - HC: 136843 MG - MINAS GERAIS 0055481-97.2016.1.00.0000, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 08/08/2017, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-232 10-10-2017).

Aduz que o Princípio da Insignificância é um preceito do direito penal moderno e que deve ser seguido obrigatoriamente por todos os Tribunais Pátrios e demais Órgãos Públicos, sendo que não existe crime se o suposto crédito tributário sonogado for inferior a R\$ 20.000,00.

Conclui, diante desse raciocínio, que ela entende ser lógico:

Diante deste raciocínio lógico, havendo a fixação da tese pelo STJ, em sede de Recurso Repetitivo, de que não há crime tributário se o valor supostamente sonogado for inferior a R\$ 20.000,00, a Autoridade Fazendária é obrigada a seguir a orientação do Poder Judiciário, restringindo sua atuação aos casos que ultrapassem o limite fixado para a evidenciação do contrabando ou descaminho, e consequentemente, para a aplicação da pena de exclusão do Simples Nacional.

Afirma que no caso de indeferimento da sua tese, a pena de exclusão retroativamente a 2015, também é ilegal e abusiva, entendendo que só deve ser iniciada ao final do julgamento.

Finaliza, requerendo o provimento do Recurso Voluntário para declarar nulo o Ato Declaratório, tendo em vista que no caso concreto não há mercadoria decorrente de contrabando ou descaminho em virtude do princípio da insignificância, que determina a atipicidade da conduta, e que na remota hipótese de improcedência, que a pena de exclusão seja aplicada com trânsito em julgado da decisão administrativa.

É o Relatório

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Benatti Marcon, Relator.

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.

O Objeto da Lide

Em breve síntese, a Recorrente foi excluída do Simples Nacional por comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, conforme disposto no inciso VII e §1º do art. 29, e § 2º do art. 30, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e na alínea f do inciso IV do art. 84 da Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018.

Ressalte-se que o ato de exclusão originou-se de uma Representação Fiscal para Exclusão do Simples emitida em decorrência da lavratura do Auto de Infração e do Termo de Apreensão de Mercadorias.

Da Análise das Alegações da Recorrente

O argumento central da defesa da Recorrente baseia-se na tese do STJ(Recurso Especial nº 170.902-9-MG), em sede de Recurso Repetitivo, que incide o princípio de insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00.

Com base nesse entendimento, a Recorrente conclui que não há crime tributário se o valor da autuação não ultrapassar aquele montante, e em sendo assim, a ela não deveria ser aplicada a pena de exclusão do Simples Nacional. Clama para si o Princípio da Insignificância.

Frise-se que conforme informado no voto da 1ª Instância, a Recorrente não apresentou defesa em relação ao processo de autuação(10640.721437/2015-93), deixando transcorrer o prazo regulamentar para apresentar impugnação, motivando a emissão do Termo de Revelia e imposta a perda de perdimento.

Assim, tornou-se definitiva a pena de perdimento das mercadorias, bem como a situação que a motivou, ou seja, o comércio de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Como bem argumentado no voto da 1ª Instância, o fato da Recorrente comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho já está consolidado:

Assim, como já houve o trânsito em julgado administrativo do procedimento fiscal do perdimento das mercadorias, tratado no processo administrativo n.º 10640.721437/2015-93, nos autos próprios, em instância própria, formalmente prevista em instância única e a cargo do Ministro da Economia, segundo o artigo 27, § 4º, do Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, consolidou-se o fato de que a contribuinte comercializou mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Portanto, ultrapassa os limites do presente feito rediscutir questões atinentes ao Processo Administrativo n.º 10640.721437/2015-93, pois como já afirmado, não houve impugnação ao auto de infração e, portanto, a comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho está consolidada.

Decisões do CARF, não contradizem tal afirmação. Veja, por exemplo, o Acórdão n.º 1301-004.849:

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 n.º 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.** SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SUMULA CARF 02. 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. (Acórdão n.º 1301-004.849, Relatora: Bianca Felícia Rothschild, Data: 11/11/2020) – Grifou-se

Acórdão n.º 1301-004.849, Relatora: Bianca Felícia Rothschild, Data: 11/11/2020)

Veja um trecho do voto, sobre o princípio da insignificância :

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 nº 123/2006 não configura ato discricionário, e sim vinculado. Desta forma, não se sujeita a considerações de conveniência e oportunidade. Uma vez caracterizada a ocorrência da hipótese normativa, deve ser a norma individual e concreta de exclusão de ofício”.

Enfim, a Recorrente teve a sua oportunidade de se manifestar quanto a essa questão por ocasião da lavratura do Auto de Infração e do Termo de Apreensão de Mercadorias. Não o fez, optando pela revelia.

Ainda em relação ao Princípio da Insignificância, importa mencionar que a Lei Complementar nº 123/2006 não estabelece um valor mínimo para que se proceda à exclusão do Simples Nacional.

Quanto à alegação de que a aplicação da pena de exclusão retroativamente a 2015 é ilegal e abusiva, também não assiste razão à Recorrente.

Ora, não se trata de ilegalidade ou abusividade, e sim de fato previsto em lei.

A norma legal que trata da exclusão de ofício, no caso de comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho, determina que a exclusão produza efeitos a partir do mês em que constata a ocorrência da infração. É o que se depreende da leitura do artigo nº 29, inciso VII, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006:

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

[...]

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

[...]

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes. (Grifo nosso)

[...]

Em adição, frise-se que apuração tributária para as empresas optantes pelo Simples Nacional insere-se no contexto da sistemática do lançamento por homologação conforme o artigo nº 150 do Código Tributário Nacional:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

De acordo com a sistemática do lançamento por homologação, deve o sujeito passivo fazer a opção pelo Simples Nacional, apurar os débitos devidos de acordo com o regime escolhido e antecipar os pagamentos sem prévio exame da administração tributária. Tais atos ficam sujeitos à revisão por parte da fiscalização pelo prazo decadencial.

Assim, considerando que a apreensão das mercadorias estrangeiras(cigarros) ocorreu em 05/2015, a autoridade administrativa procedeu de forma correta ao determinar que a exclusão de ofício produzisse efeitos desde 01/05/2015.

Conclusão

Diante do exposto, voto em negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Benatti Marcon