ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10920.000191/2010-61

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

Processo nº	10920.000191/2010-61
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1002-000.386 – Turma Extraordinária / 2ª Turma**
Sessão de	12 de setembro de 2018
Matéria	IRPJ. EXCLUSÃO DO SIMPLES. INFRAÇÃO LEGAL
Recorrente	TONI CARLI KUHN - ME
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. CONTRABANDO E DESCAMINHO.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando restar configurada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

ARGÜIÇÕES DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE

Não compete à autoridade administrativa a apreciação de constitucionalidade e legalidade das normas tributárias, cabendo-lhe observar a legislação em vigor. De igual forma, não cabe ao e. CARF a análise de eventual incidência do princípio da insignificância.

SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO. EFEITO DECLARATÓRIO.

Consoante o que dispõe a legislação do Simples, é cabível a exclusão da pessoa jurídica quando incorrer em situação vedada. O ato de exclusão possui natureza declaratória, que atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso no regime desde data pretérita, efeito esse que não guarda nenhuma relação com o princípio da irretroatividade, que se aplica a litígios envolvendo confrontos entre vigência da lei e data dos fatos. Os efeitos excludentes devem observar o disposto na legislação de regência.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Voluntário e, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente.

(assinado digitalmente)

Breno do Carmo Moreira Vieira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ailton Neves da Silva (presidente da Turma), Breno do Carmo Moreira Vieira, Leonam Rocha de Medeiros e Ângelo Abrantes Nunes.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 46 à 57) interposto contra o Acórdão n° 07-30.360, proferido pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC (e-fls. 34 à 42), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pelo ora Recorrente.

O âmago da irresignação consiste em contestar o Ato Declaratório Executivo n° 58, de 27 de janeiro de 2010, o qual excluiu o Contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES Nacional).

O desenquadramento ao SIMPLES decorreu da apreensão de receptores de sinais via satélite, de origem estrangeira, sem provas de sua regular importação, os quais foram encontrados no estabelecimento comercial do Recorrente durante fiscalização da Receita Federal (e-fl. 06). Tal irregularidade foi identificada como comercialização de produtos oriundos de contrabando ou descaminho, razão pela qual recaiu à empresa os termos do art. 29, VII, da Lei Complementar n° 123/06. Vale transcrever os termos do Despacho Decisório SECAT n° 065/2010 (e-fls. 08 e 09):

> *RELATÓRIO*
>
> *Trata o presente de representação fiscal para que se procedesse à exclusão da empresa Toni Carli Kuhn - ME (BAzzI Distribuidora) da modalidade de arrecadação do SIMPLES Nacional (Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006) pela comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho (fl. 3).*
>
> *A empresa citada consta como optante pelo SIMPLES Nacional desde 17 de julho de 2007, sistema ao qual continua vinculada até a presente data (fl. 4).*
>
> *No texto da representação apresentada pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil temos que por meio do Ato*

Declaratório Executivo DRF/J01 no 46 (fl. 1), de 19 de janeiro de 2010, foi determinado, de forma definitiva, o perdimento de mercadorias estrangeiras relacionadas nos autos do processo 10920.003894/2009-19, e encontradas sob posse do contribuinte, por estarem desacompanhadas de documentação comprobatória de sua importação regular, devendo, assim, ser excluída a empresa do SIMPLES Nacional nos termos do inciso VII do artigo 29 da Lei Complementar n° 123.

FUNDAMENTAÇÃO

A Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006, regulamenta o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável as microempresas e as empresas de pequeno porte relativo à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias e ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, el tecnologia, ao associativismo e as regras de inclusão.

Quanto à exclusão das empresas optantes pelo tratamento tributário diferenciado da Lei Complementar n° 123; de 14 de dezembro de 2006; temos:

> *Art 29. A exclusão de oficio das empresas optantes pelo SIMPLES Nacional dar-se-á quando:*
>
> *VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;*
>
> *§ I° - 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.*

Para efetivar-se esta exclusão, determina o § 1° do artigo 40 da Resolução CGSN no 15, de 23 de julho de 2007 que será expedido termo de exclusão pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de oficio.

DECISÃO Em face do exposto, com base na documentação anexada ao presente processo e considerando a legislação que rege a matéria (Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006, Resolução CGSN n° 4, de 30 de maio de 2007 e Resolução CGSN n° 15, de 23 de julho de 2007), conclui-se pela ocorrência de infração à legislação pela COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO o que, por conseqüência, exige que se EXCLUA A EMPRESA da sistemática de arrecadação do SIMPLES Nacional com efeitos contados a partir de 1 0 DE JANEIRO de 2010, PERMANECENDO IMPEDIDA DE OPTAR novamente por aquele regime diferenciado NOS EXERCÍCIOS DE 2011, 2012 E 2013.

Em adição a tais aspectos, foi publicado Ato Declaratório Executivo n° 46, de 19 de janeiro de 2010, o qual determinou o perdimento dos aparelhos eletrônicos apreendidos. Nessa ocasião, não houve manifestação do Contribuinte, tendo o processo transcorrido à sua revelia.

O Acórdão n° 07-30.360, proferido pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC (e-fls. 34 à 42), por unanimidade de votos, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pelo ora Recorrente. Decisão essa ementada nos seguintes termos:

> *ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SIMPLES*
>
> *Ano-calendário: 2010, 2011, 2012*
>
> *EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.*
>
> *RETROATIVIDADE.*
>
> *Caracterizada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, exclui-se de ofício do Simples Nacional a ME ou EPP.*
>
> *Manifestação de Inconformidade Improcedente*
>
> *Sem Crédito em Litígio*

Os argumentos outrora apresentados na Manifestação de Inconformidade são reiterados em sede de Recurso Voluntário, a saber: da não ocorrência de prática de contrabando; de que a importação irregular dos aparelhos eletrônicos não se deu por parte do Contribuinte; de que houve errônea decretação de perdimento dos bens; bem como a aplicação do princípio da insignificância, oriundo do Direito Penal. De arremate, pugna subsidiariamente pela modulação dos efeitos da exclusão, pois entende ser inconstitucional sua incidência retroativa. Vale citar os principais argumentos:

> *O Sr. Toni Carli Kuhn iniciou suas atividades de empresário individual em 06/07/2007, data em que abriu sua empresa Bazzi Importadora e Distribuidora Ltda, CNPJ 08.923.754/0001-25.*
>
> *Após aproximadamente dois anos no mercado, fase conhecida como definidora do futuro de uma empresa recém-iniciada, procurou expandir o mix de produtos colocados à venda.*
>
> *Dentre alguns novos produtos escolhidos, adquiriu em seu nome - pessoa física - 04 (quatro) aparelhos receptores de sinais via satélite, sendo:*
>
> *Receptor satélite 530 (2 unidades)*
>
> *Receptor satélite MF-2000 (1 unidade)*
>
> *Receptor satélite S810B (1 unidade)*
>
> *O Sr. Toni Carli Kuhn, antes de efetivamente decidir comercializar esse tipo de produto em sua empresa Bazzi Importadora e Distribuidora Ltda, adquiriu referidos modelos*

para testes iniciais, visando aferir a funcionalidade dos mesmos na região de Canoinhas, interior do estado de Santa Catarina, pois era sabido que de acordo com as marcas e especificações de cada aparelho, sua funcionalidade, ou seja, a qualidade do sinal e imagem poderiam variar de acordo, também, com o método de instalação.

E assim o fez não em nome de sua empresa (CNPJ), mas os adquiriu particularmente, através de seu CPF, da empresa INFOMIX COMPUTADORES, na data de 23/06/2009, conforme nota fiscal anexada com a defesa juntada às fls. 12 a 22.

(...)

Como se vê, a decisão confunde a figura da pessoa física com a da pessoa jurídica, que apesar de ser ME na época, possui e sempre possuiu CNPJ, motivo pelo qual são figuras distintas entre si, sendo insustentável a afirmação de que as compras da empresa (pessoa jurídica) "hão de ser feitas" *através da pessoa física.*

(...)

Mesmo em se tratando de empresário individual, onde o patrimônio do empresário engloba tanto os bens individuais quanto os bens utilizados para o exercício da atividade empresarial, deve-se atentar para que este conceito busca a responsabilidade patrimonial em razão de dívidas contraídas, mas em nenhum momento deixa de diferenciar uma pessoa física de uma pessoa jurídica.

(...)

Logo, a decisão recorrida se toma equivocada no momento em que mistura os institutos legais aqui definidos, inclusive afirmando erroneamente que "as compras e as vendas da ME em seu nome hão de ser feitas, pois se verifica indiscutível e vinculante conexão entre tais compras para testes e o objeto de atuação da ME, que é justamente o fornecimento de receptores e antenas para recepção satelital."

(...)

Como dito, o Sr. Toni Carli Kuhn, antes de efetivamente decidir comercializar esse tipo de produto em sua empresa Bazzi Importadora e Distribuidora Ltda, adquiriu referidos modelos para testes iniciais, visando aferir a funcionalidade dos mesmos na região de Canoinhas, interior do estado de Santa Catarina, pois era sabido que de acordo com as marcas e especificações de cada aparelho, sua funcionalidade, ou seja, a qualidade do sinal e imagem poderia variar de acordo, também, com o método de instalação. E assim o fez não em nome de sua empresa (CNPJ), mas os adquiriu particularmente, através de seu CPF.

A veracidade dessa afirmação se comprova facilmente! Basta analisar a quantidade de produtos que foi adquirida! Quatro

unidades senhores! Apenas quatro unidades, sendo inclusive três delas totalmente diferentes em termos de especificações!

(...)

O Sr. Toni Carli Kuhn e tampouco sua empresa praticaram qualquer ato criminoso de importar ou exportar mercadoria proibida. Tampouco houve sonegação de imposto, uma vez que a compra foi realizada pelo Sr. Toni Carli Kuhn de empresa regularmente constituída no país, esta sim responsável pelo pagamento dos impostos de importação, conforme nota fiscal já anexada neste processo administrativo.

(...)

No caso, também se trata de crime impossível de ser praticado pelo adquirente do produto, Sr. Toni Carli Kuhn! A responsabilidade pelo recolhimento tributário do produto importado/exportado é da empresa que efetivamente importou o produto e vendeu ao Sr. Toni Carli Kuhn! Evidente que não há autoria de crime de descaminho pela empresa e tampouco por seu proprietário!

Por fim, sempre é importante lembrar que a própria Constituição Federal preceitua que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" *(art. 5°, LVll).*

E tampouco o Sr. Toni Carli Kuhn quanto sua empresa foram sequer denunciados quanto aos alegados crimes de contrabando/descaminho (art. 334 do Código Penal).

Ainda, pelo princípio constitucional da presunção de inocência, somente após um processo criminal concluído, em que se demonstre em trânsito em julgado a culpabilidade do(s) acusado(s) é que o Estado poderá aplicar-lhe as sanções relativas ao ilícito cometido.

(...)

Logo, se eventual importação irregular houve, deu-se pela empresa INFOMIX COMPUTADORES, esta sim responsável pelo cumprimento da legislação atinente ao caso!

Imputar a responsabilidade do adquirente do produto, Sr. Toni Carli Kuhn, pessoa física, é ultrapassar as devidas responsabilidades específicas dentro da cadeia de comercialização dos produtos apreendidos!

(...)

No caso é perfeitamente aplicável o princípio da insignificância, uma vez que só *se consideram aspectos objetivos, referentes à infração praticada, assim como a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC 84.412, 2ª T.. Celso de Mello, DJ 19.11.04)*

(...)

Como visto, as Cortes Superiores de Justiça do nosso país (STF e STJ) firmaram entendimento no sentido da aplicação do princípio da insignificância aos supostos delitos em questão, quando débito tributário não ultrapassar o valor de R$10.000,00 (dez mil reais).

(...)

Por sua vez, não há como impor uma condenação retroativa ao recorrente, excluindo-o da opção pelo regime simplificado de tributação. Esta penalidade, se confirmada, somente produzirá efeitos a partir do seu trânsito em julgado, e impedirá a empresa Bazzi Importadora e Distribuidora de optar pelo regime simples apenas no próximo ano tributário ao da condenação, esta então devidamente transitada em julgado.

(...)

Ou seja, a empresa Bazzi Importadora e Distribuidora somente sujeitar-se-á à decisão de exclusão do simples nacional a partir do período em que surgirem os efeitos da condenação, que virá com o trânsito em julgado!

Não pode a decisão ser retroativa ao(s) periodo(s) em que a situação ficou pendente de recurso, como é o caso deste processo administrativo! Em sendo mantida a condenação de exclusão do simples nacional, deve ela valer a partir desta data, ficando assim impedida a recorrente de solicitar nova inscrição para essa modalidade a partir do ano seguinte.

Os autos foram encaminhados para este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), sendo, posteriormente, distribuído para este relator.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Breno do Carmo Moreira Vieira - Relator

Admissibilidade

O Recurso Voluntário apresenta-se tempestivo, tendo respeitado o trintídio legal, na forma exigida no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Demais disto, observo a plena competência deste Colegiado, na forma do art. 23-B, inciso I, do Regimento Interno do CARF, com redação da Portaria MF n.º 329, de 2017. Isto porque, trata de exclusão do Simples, desvinculado do crédito tributário. Eventual crédito tributário não é exigido nestes autos, bem como não visualizo qualquer critério que justifique a vinculação destes autos a eventual processo de exigibilidade do crédito tributário, não verificando a aplicação de quaisquer das formas de vinculação constantes do art. 6.º, § 1.º, do Anexo II, do RICARF.

Sendo assim, a competência é desta Colenda Turma Extraordinária por cuidar os autos de exclusão do Simples, desvinculado de exigência de crédito tributário, a indicar a

aplicação do art. 23-B, inciso I, do Regimento Interno do CARF, com redação da Portaria MF n.º 329, de 2017.

Portanto, dele conheço.

Mérito

1. Da exclusão indevida do SIMPLES por ausência de contrabando

A Recorrente alega ter ocorrido exclusão indevida do SIMPLES Nacional, em virtude de não ter realizado a prática do contrabando. Em sua percepção, não o ato de exclusão não se sustenta, pois não houve comercialização dos produtos apreendidos; algo que seria condição necessária para a aplicação do art. 29, VII, da LC n° 123/06. No entanto, não merece ser acolhido tal argumento.

A Fiscalização (a qual foi inclusive citado pelo Recorrente em sua defesa) evidencia a apreensão dos produtos eletrônicos, bem como a autoria e materialidade do contrabando, haja vista os bens terem sido encontrados sem a documentação comprobatória de regular importação. O respectivo trâmite de perdimento ocorreu nos autos processo nº 10920.0038941/2009-19, cuja legitimidade e ocasião para debate sobre o feito eram incontestes, e o Contribuinte escolheu se abster em sua defesa.

Conforme se nota no deslinde do presente PAF, quedou-se plenamente comprovado o enquadramento nas circunstâncias do art. 29, VII, da LC n° 123/06. Não há que se cogitar em violação à legalidade, ou mesmo apreciação errônea da circunstância fática. Pois, reitero que a Autoridade Fiscal flagrou a existência dos aparelhos eletrônicos irregulares no estabelecimento comercial do Contribuinte, o que conduz à inegável conclusão de que seriam destinados ao comércio.

Ademais, o Acórdão da DRJ também expôs o tema com solar clareza, cujo teor utilizo como parte da fundamentação do presente Voto, conforme autoriza o §1º do art. 50, da Lei nº 9.784/1999, e no § 3° do artigo 57 do Anexo II do RICARF:

> *Já se viu no relatório que antecede este voto que a ME requerente contesta a correção com que foi aplicada às suas mercadorias estrangeiras apreendidas a pena de perdimento embora reconheça a revelia e confesse que a aquisição dos bens estrangeiros havia sido feita em nome da pessoa física do microempresário , sob o argumento de que os bens haviam sido adquiridos de empresa brasileira na área secundária do território aduaneiro; manifesta, porém, sua inconformidade com a exclusão do SN que a autoridade administrativa, no cumprimento de seu dever legal, lhe declarou.*
>
> *Tanto é verdadeira essa constatação, que o prazo assinado no AUTO DE INFRAÇÃO E TERMO DE APREENSÃO E GUARDA FISCAL DE MERCADORIAS para impugnação do procedimento fiscal transcorreu in albis, com que ficou caracterizada a revelia da ME, conforme constou no ADE n° 46 (f. 3), acima transcrito2.*
>
> *Ocorre, entretanto, que a revelia mencionada estabelece a preclusão administrativa tornando-a definitiva na instância administrativa , da possibilidade de reexame hierárquico da penalidade de perdimento resultante da constatação de depósito*

> *ou comercialização (depósito em estabelecimento comercial) de mercadorias estrangeiras "desacompanhadas de documentação comprobatória de sua regular importação", causa determinante da exclusão do SN.*
>
> *Como assentado no ADE nº 58 (f. 10), a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, assim dispõe, em seu art. 29, a respeito da exclusão de ofício do SN (destaques acrescentados):*
>
> (...)
>
> *A confissão materialmente comprovada de que as mercadorias estrangeiras haviam sido adquiridas em nome da pessoa física do microempresário embora alegadamente para testes , em nada ajuda à sua causa eis que, mesmo para tal fim, as compras e as vendas da ME em seu nome hão de ser feitas, pois se verifica indiscutível e vinculante conexão entre tais compras para testes e o objeto de atuação da ME, que é justamente o fornecimento de receptores e antenas para recepção satelital.*
>
> *Da mesma forma, não merece guarida o argumento de que referidas mercadorias estrangeiras não estavam à vista do público mas, ainda acondicionadas em caixas, depositadas "em uma sala" do estabelecimento comercial, pois assim dispõe a legislação aduaneira (Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior):*
>
> (...)
>
> *Como visto, o presente estágio do processo administrativo fiscal apenas trata da penalidade decorrente (exclusão do SN) da comercialização de mercadorias descaminhadas ou contrabandeadas.*
>
> *Neste caso particular, para apreciar-se a argumentação do microempresário, ter-se-ia de reabrir o que é legalmente inviável o procedimento fiscal-aduaneiro já concluído, sob revelia, pela aplicação da pena de perdimento das mercadorias estrangeiras encontradas em seu estabelecimento comercial desacompanhadas de documentação comprobatória de sua regular importação.*

Portanto, a intelecção do Acórdão de piso foi inteiramente consentânea com a realidade material apresentada nos autos, razão pela qual merece integral manutenção. O enquadramento legal foi correto e não merece retoques. É inequívoco que os aparelhos eletrônicos foram encontrados no estabelecimento comercial do Contribuinte, cuja atividade comercial guarda intrínseca relação com a natureza dos indigitados produtos apreendidos. Tal aspecto esvazia a tese defensiva no que cinge à materialidade e à autoria da infração, de modo que não se mostra crível o argumento de que os receptores de satélite foram adquiridos apenas para teste. Quanto ao mais, vale reiterar que o processo de perdimento dos bens transcorreu à sua revelia, o que igualmente obsta a apreciação de seus consectários no presente processo; contudo, esse aspecto é suficiente para afastar as supostas violações aos princípios da ampla

defesa e da presunção da inocência, eis que foram conferidas ao Recorrente todas as oportunidades de debate.

Outrossim, tampouco cabe a este Colendo CARF apreciar aspectos criminais, tal como se busca neste caso. Eis que nesta seara recursal cabe apenas identificar dois aspectos fundamentais: Se ocorreu a infração e se a esta foi conferido o desiderato adequado. E, conforme repisado alhures, tais circunstâncias foram estritamente observadas ao longo do PAF.

Nessa trilha, este Colendo CARF já teve a oportunidade de examinar caso bastante semelhante, o qual transcrevo abaixo trecho do Voto da Conselheira Relatora Ester Marques Lins de Sousa (Acórdão n° 1802-002.008):

> *No entendimento da decisão recorrida, com o qual concordo, as objeções quanto aos fundamentos fáticos e jurídicos, que dão ensejo a pena de perdimento de bens, devem ser apresentadas no correspondente Auto de Infração e Apreensão de Mercadorias.*
>
> *Deixando a defendente de oferecê-las no prazo que lhe foi oportunizado, opera-se a preclusão temporal.*
>
> *Indubitavelmente, nos presentes autos, não cabe discutir o cerceamento ao direito de defesa ocorrido ou não naquele processo administrativo referente ao Auto de Infração e Apreensão de Mercadorias nº 10935.004139/200981.*
>
> *Ainda que revel naquele processo, poderia a contribuinte, nos presentes autos, fazer a contraprova de que não comercializara mercadorias objeto de contrabando ou descaminho e, assim, não seria excluído do Simples Nacional.*
>
> *A Recorrente não alega com provas de que não se subsume na hipótese prevista no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123/2006, que motivou a exclusão do Simples Nacional, que assim dispõe:*
>
> > *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;*
>
> *Desse modo, não constatada a nulidade aventada pela Recorrente e, não havendo a Recorrente trazido aos autos a prova de que não praticara o ato (comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, descrito no auto de infração) de exclusão da empresa do Simples Nacional há de ser mantido o Ato Declaratório Executivo em comento .*

Ademais, a jurisprudência do CARF é farta no sentido de proceder com a exclusão do SIMPLES Nacional quando do malferimento ao art. 29, VII, da Lei Complementar n° 123/06, reiterando a postura da Corte com relação à matéria ora em debate, sem que isso viole os princípios constitucionais sustentados pela Recorrente:

1. Processo n° 10935.004296/2009-97, Rel. Ester Marques

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando constatada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. (Inteligência do artigo 29, inciso, VII da Lei Complementar nº 123/2006).

2. Processo n° 13971.005060/2008-49, Rel. Ester Marques

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando constatada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. (Inteligência do artigo 29, inciso, VII da Lei Complementar nº 123/2006).

APREENSÃO DE MERCADORIAS.

As objeções quanto aos fundamentos fáticos e jurídicos que ensejam a pena de perdimento de bens devem ser apresentadas no correspondente Auto de Infração e Apreensão de Mercadorias.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA. MATÉRIA SUMULADA.

Súmula CARF nº 2 O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

3. Processo n° 10811.000087/2010-12, Rel. Carmen Saraiva

CIGARRO DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA, SEM DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DA IMPORTAÇÃO REGULAR.

Caracteriza infração às medidas de controle fiscal a posse e circulação de fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de procedência estrangeira, sem documentação comprobatória da importação regular, sendo irrelevante, para tipificar a infração, a propriedade da mercadoria.

PRODUÇÃO DE PROVAS. ASPECTO TEMPORAL.

A peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses de defesa e instruída com os todos os documentos em que se fundamentar, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais.

OPÇÃO. CAUSA IMPEDITIVA LEGAL.

A legislação expressamente não admite o recolhimento dos tributos na forma do Simples Nacional pela microempresa ou empresa de pequeno porte que comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. DEVER FUNCIONAL.

No caso de a pessoa jurídica optante incorrer em hipótese legal de vedação e não comunicar espontaneamente o fato, há exclusão de ofício mediante emissão do termo pela autoridade competente, sob pena de responsabilidade funcional.

Faço aqui especial reiteração à revelia, derivada da ausência de defesa ao Processo de Perdimento no momento oportuno. Esse aspecto, por si só, impede a análise casuística do fato que serviu de supedâneo à exclusão do SIMPLES Nacional. Reforço, portanto, que o cerne do presente processo busca o afastamento da indigitada exclusão, e não o combate aos elementos fáticos da apreensão, os quais foram aplacados pelos efeitos da preclusão. Portanto, nenhum argumento hábil foi apresentado para mitigar ou reformar os termos do Acórdão da DRJ; outrossim, consta nos autos do processo uma consistente coletânea documental, apta a amparar a retirada da empresa do SIMPLES Nacional nos termos do art. 29, VII, da Lei Complementar n° 123/06.

Por fim, a suposta violação constitucional conduziria ao desiderato da inconstitucionalidade reflexa da norma cotejada, o que acarreta a incidência da Súmula CARF n° 2:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Isso porque não cumpre ao CARF exercer qualquer forma de controle de constitucionalidade ou cotejo constitucional. Logo, não há que se argüir nessa instância a suposta violação de princípios quando da estrita aplicação e observância da norma infraconstitucional pela Administração Pública.

2. Do princípio da insignificância

No exercício de seu direito de defesa, o Contribuinte elenca uma série de elementos que entende por aplicáveis ao caso. Em que pese a clareza de exposição e o louvável trabalho na fundamentação de suas teses, observo que a abordagem ao caso buscou um viés muito mais próximo ao Direito Penal, que ao próprio processo administrativo tributário e fiscal.

Apenas por amor ao debate e em respeito ao trabalho formulado na peça defensiva, destaco que a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem afastado a incidência do princípio da insignificância aos crimes de contrabando. Trata-se de crime em que há uma lesão "bifronte", que atinge não só a atividade arrecadatória do Estado, mas interesses públicos como a saúde e a atividade industrial. Transcrevo abaixo a ementa de decisão proferida pelo i. Ministro Luiz Fux:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS . CONTRABANDO DE CIGARROS (ART. 334, § 1º, "C ", DO CP). DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE DESCAMINHO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

> *1. O cigarro posto mercadoria importada com elisão de impostos, incorre em lesão bifronte não só ao erário e à atividade arrecadatória do Estado, mas a outros interesses públicos como a saúde e a atividade industrial internas, configurando-se contrabando, e não descaminho. Precedentes: HC 100.367, Primeira Turma, DJe de 08.09.11 e HC 100.367, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11.*
>
> *2. O crime de contrabando incide na proibição relativa sobre a importação da mercadoria, presentes as conhecidas restrições dos órgãos de saúde nacionais incidentes sobre o cigarro.*
>
> *3. In casu, a) o paciente denunciado como incurso nas sanções do artigo 334, § 1º, alínea c, do Código Penal, por ter adquirido, para fins de revenda, mercadorias de procedência estrangeira – 1.401 (um mil quatrocentos e um) maços de cigarros – desacompanhadas da documentação fiscal comprobatória do recolhimento dos respectivos tributos; b) o valor total do tributo, em tese, não recolhido aos cofres públicos é de R$ 1.401,00 (um mil quatrocentos e um reais); c) o juiz singular, reconheceu a aplicabilidade, in casu, do princípio da insignificância, e, por conseguinte, rejeitou a denúncia; d) a Corte Regional deu provimento ao recurso em sentido estrito do Ministério Público para determinar o recebimento da peça acusatória.*
>
> *4. O princípio da insignificância não incide na hipótese de contrabando de cigarros, tendo em vista que "não é o valor material que se considera na espécie, mas os valores ético-jurídicos que o sistema normativopenal resguarda" (HC 118.359, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 11.11.13). No mesmo sentido: HC 119.171, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 04.11.13; HC 117.915, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 12.11.13; HC 110.841, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 14.12.12.*
>
> *5. Ordem denegada.*
>
> *HABEAS CORPUS 121.916/MG (rel. Min. Luiz Fux)*

Por fim, impera destacar que o Superior Tribunal de Justiça inclusive sumulou o tema, em seu enunciado nº 599: "O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública".

4. Dos efeitos do Ato Declaratório Executivo

Quanto ao pleito subsidiário do Recorrente, não é possível acolhê-lo.

Isso porque os efeitos da exclusão são declaratórios e, por conseguinte, retroagem. Destaco, ainda, que tal desiderato do ADE tem amparo legal nos art. 29, § 1º, da LC 123/06:

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

(...)

§ 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) anoscalendário seguintes.

Nota-se, pois, que os efeitos da citada exclusão devem retroagir. Nesse sentido, cito o Acórdão nº 1301-001.523, da 3ª Câmara da 1ª Turma Ordinária deste CARF, sessão de 08 de maio de 2014, assim ementado:

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS. IRRETROATIVIDADE. ATO DECLARATÓRIO.

O ato de exclusão do Simples possui natureza declaratória, que atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso no regime desde data pretérita, efeito esse que não guarda nenhuma relação com o princípio da irretroatividade, que se aplica a litígios envolvendo confrontos entre vigência da lei e data dos fatos.

Com igual posicionamento, destaco: Acórdãos ns.º 2202-003.552, da 2ª Câmara/2ª Turma Ordinária, sessão de 20/10/16; 1302-002-070, da 3ª Câmara/2ª Turma Ordinária, sessão de 21/03/17; 1201-001.843, da 2ª Câmara/1ª Turma Ordinária, sessão de 15/08/2017.

Portanto, conclui-se que o ato de exclusão do SIMPLES pode ter efeitos retroativos, para tanto devendo observar o disposto na legislação de regência. Nesse espeque, transcrevo a ementa de outro precedente do CARF, Acórdão nº 1201-00.395, da 2ª Câmara da 1ª Turma Ordinária da Primeira Seção, sessão de 27 de janeiro de 2011, *verbis:*

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES
Ano-calendário: 2005
EXCLUSÃO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE VEDADA.
O ato administrativo que declara a exclusão da pessoa jurídica do Simples em virtude da prestação de serviços vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra, gera efeitos a partir do mês subseqüente àquele em que incorrida a situação excludente.

Considerando o até aqui esposado e enfrentadas todas as questões necessárias para a decisão, entendo pela manutenção do julgamento da DRJ.

Por fim, é de extrema valia destacar que tal aspecto já se encontra também pacificado no Superior Tribunal de Justiça desde 2010, o qual se incumbiu de julgar o tema sob a sistemática de Recurso Repetitivo (art. 543-C do CPC de 1973). Assim, transcrevo a ementa do indigitado REsp 1.124.507/MG, da relatoria do Min. Benedito Gonçalves

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. LEI 9.317/96. SIMPLES. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART.

15, INCISO II, DA LEI 9.317/96. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Controvérsia envolvendo a averiguação acerca da data em que começam a ser produzidos os efeitos do ato de exclusão do contribuinte do regime tributário denominado SIMPLES. Discute-se se o ato de exclusão tem caráter meramente declaratório, de modo que seus efeitos retroagiriam à data da efetiva ocorrência da situação excludente; ou desconstitutivo, com efeitos gerados apenas após a notificação ao contribuinte a respeito da exclusão.

2. Não merece conhecimento o apelo especial quanto às alegações de contrariedade aos artigos 458 e 535 do CPC, porquanto a recorrente apresentou argumentação de cunho genérico, sem apontar quais seriam os vícios do acórdão recorrido, que justificariam sua anulação. Incidência da Súmula 284/STF.

3. No caso concreto, foi vedada a permanência da recorrida no SIMPLES ao fundamento de que um de seus sócios é titular de outra empresa, com mais de 10% de participação, cuja receita bruta global ultrapassou o limite legal no ano-calendário de 2002 (hipótese prevista no artigo 9º, inciso IX, da Lei 9.317/96), tendo o Ato Declaratório Executivo n. 505.126, de 2/4/2004, da Secretaria da Receita Federal, produzido efeitos a partir de 1º/1/2003.

4. Em se tratando de ato que impede a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES em decorrência da superveniência de situação impeditiva prevista no artigo 9º, incisos III a XIV e XVII a XIX, da Lei 9.317/96, seus efeitos são produzidos a partir do mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente, nos exatos termos do artigo 15, inciso II, da mesma lei. Precedentes.

5. O ato de exclusão de ofício, nas hipóteses previstas pela lei como impeditivas de ingresso ou permanência no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de uma das situações excludentes.

6. Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.

7. No momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime. Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma das hipóteses que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza,

> *mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.*
>
> *8. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.*
>
> *9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.*

Logo, não vejo qualquer incorreção na decisão prolatada em sede de instância *a quo*.

Dispositivo

Com tudo o que foi exposto nos tópicos anteriores, resta claro que os argumentos esposados pela Recorrente não merecem ser acolhidos. Portanto, VOTO por CONHECER do Recurso Voluntário, e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, com a consequente manutenção da decisão de origem.

(assinado digitalmente)

Breno do Carmo Moreira Vieira