



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10920.720120/2014-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.186 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de janeiro de 2021
Recorrente CANTINA DON BRUNNO LTDA- ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIA OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. PENA DE PERDIMENTO APLICADA. HIPÓTESE LEGAL CONFIGURADA.

Confirmado o perdimento da mercadoria apreendida, objeto de contrabando ou descaminho, configura-se hipótese legal de exclusão de ofício da empresa optante pelo Simples Nacional.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. EFEITOS RETROATIVOS. CABIMENTO.

Os atos praticados pelo sujeito passivo enquanto optantes do Simples Nacional são passíveis de revisão e sujeitos às consequências previstas na lei de regência, inclusive à exclusão retroativa do regime.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 01/05/2012

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVO LEGAL CONHECIMENTO. INCOMPETÊNCIA. VEDAÇÃO.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, sendo vedado aos seus membros afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lucia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face do Acórdão nº 11-52.010, da 5ª Turma da DRJ/RECIFE, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada contra o Ato Declaratório Executivo – ADE, que determinou a exclusão do Simples Nacional.

A exclusão do Simples Nacional se deu com base em representação da Seção Aduaneira da DRF-Joinville/SC, em virtude da constatação de comercialização de produtos objeto de contrabando ou descaminho, nos termos estatuídos na Lei Complementar 123/2006, regulamentada pela Resolução CGSN Nº 94, de 2011, art. 76, inciso IV, "f".

A mercadoria apreendida foi objeto de declaração de perdimento por meio de ADE, de 24/11/2014, em face da revelia da empresa, que não apresentou impugnação contra o auto de infração de apreensão da mercadoria.

Cientificada do ADE de exclusão do Simples Nacional a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, cuja alegações foram sintetizadas no acórdão recorrido, *verbis*:

- a) que a mercadoria apreendida (uma garrafa de vinho) possui origem em documentação legal (Nota Fiscal nº 001712 emitida em 19/3/2013), descabendo falar em "descaminho", uma vez que além dos tributos arcados pelo vendedor da mercadoria, a contribuinte paga mensalmente os tributos pelo Simples Nacional;
- b) que mesmo que tenha havido a apreensão de uma garrafa de vinho de procedência estrangeira, sem comprovação regular de introdução no território nacional e com rótulo de idioma estrangeiro, não fazendo qualquer menção ao importador da bebida, tal fato não pode caracterizar conduta de contrabando ou de descaminho, pela emissão correta da nota fiscal;
- c) que a contribuinte adquiriu a garrafa de vinho de fornecedor interno, ou seja, não promoveu a sua entrada ou saída do território nacional;
- d) ainda argumenta que, *"....mesmo que assim não fosse, a Contribuinte, só no ano de 2013, adquiriu cerca de 2.038 garrafas de vinho das suas fornecedoras RUBICON, PLATINUM e de MARSEILLE, sem contar os demais fornecedores, o que por si só demonstra a existência de grande circulação de garrafas de vinho, tornando-se impossível a verificação produto por produto, sendo que a verificação ocorre apenas por amostragem."*;
- e) também requer aplicação do princípio da insignificância, *"Sucessivamente, mesmo comprovadas a origem do produto e o fato de que não se encontrava exposto à venda, caso a conduta seja considerada ilícita, o que admite-se ad argumentandum tantum, ainda assim não merece subsistir a imposição de tamanho gravame à Contribuinte (exclusão do Regime do Simples Nacional). Isto, porque o valor da mercadoria retida, arbitrado pelas próprias autoridades fiscais, é ínfimo e correspondente a apenas a quantia de R\$ 69,12 e o Imposto de Importação sobre Produtos Industrializados vinculados à importação ficou estimado em R\$ 34,56."*
- f) também levanta afronta aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme imagem abaixo transcrita da manifestação:

[...]

g) argumenta que a ausência de sentença condenatória transitada em julgado faz com que a contribuinte esteja protegida pelo princípio da inocência, sendo que a existência de inquérito policial e processo administrativo não podem ser considerados como antecedentes criminais. Assim, faltou a autoridade fiscal a aplicação do princípio da inocência (CF, art. 5º, LVII);

h) alega também que o texto constitucional outorga tratamento e condições de tributação favorecidas à micro e pequena empresa, tanto que reconhece a importância destas na dinâmica econômica moderna. Nesse mister, a pretensão de exclusão com efeitos retroativos afronta o texto constitucional no que concerne também à liberdade de exercício econômico e ao tratamento tributário e legislativo diferenciado;

i) ao final, requer anulação do despacho decisório e do ADE DRF/JOI 29/2015, uma vez que o contribuinte não cometeu os crimes de contrabando ou de descaminho. Da mesma forma, sob pena de violação ao princípio da inocência ou, ainda em virtude do valor ínfimo envolvido, aplicando-se o princípio da insignificância, sob pena de violação dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas.;

A DRJ rejeitou a manifestação de inconformidade, nos termos sintetizados na ementa do acórdão recorrido:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2014

NULIDADE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. ATO ADMINISTRATIVO REGULARMENTE EMITIDO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O ato administrativo de indeferimento ou exclusão do Simples Nacional que obedece a todos os requisitos essenciais de validade legal, expondo de forma clara e precisa o motivo do impedimento a que se refere, permite o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa ao interessado e atende aos princípios constitucionais.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIACÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente, não possuindo competência para afastar normas mediante apreciação de sua validade ou constitucionalidade.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014

EXCLUSÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

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

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

A constatação do exercício de atividade relativa a comércio de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho enseja exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir do mês em que incorridas, impedindo nova opção pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes.

Cientificada do acórdão da DRJ em 21/02/2017 (AR, fl. 179), a recorrente interpôs o recurso voluntário (fls. 182/206), em 22/03/2017 (Termo de juntada, fl. 180), no qual reprisa os argumentos apresentados na sua manifestação de inconformidade.

Ao final requer, *verbis*:

- i) A anulação do despacho decisório e do ato declaratório executivo DRF/JOI nº 29 que excluíram a Recorrente do SIMPLES Nacional, uma vez que a Recorrente não cometeu os crimes de contrabando ou de descaminho.
- ii) A anulação do despacho decisório e do ato declaratório executivo DRF/JOI nº 29 que excluíram a Recorrente do SIMPLES Nacional, sob pena de violação ao princípio da inocência.
- iii) Sucessivamente, anulação do despacho decisório e do ato declaratório executivo DRF/JOI nº 29 que excluíram a Recorrente do SIMPLES Nacional, uma vez que o valor do produto fruto do ato ilícito é irrisório, aplicando-se o princípio da insignificância, sob pena da violação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e do tratamento tributário favorecido às micro e pequenas empresas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos pressupostos legais e regimentais. Assim, dele conheço.

As alegações da recorrente foram bem enfrentadas pelo acórdão recorrido, de sorte que, inexistindo novos fatos ou alegações a serem examinados, nos termos do art. 57, § 3º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, as reproduzo abaixo e adoto como razões de decidir, *verbis*:

6. A lide está restrita à questão relativa à exclusão do Simples Nacional. A empresa alega sinteticamente que o ato administrativo de exclusão está eivado de vícios, por afrontar princípios constitucionais e por está calcado em fato não comprovado. Esta é a base principal da argumentação trazida aos autos pela reclamante. Ainda, levanta o princípio da insignificância, em função do baixo reflexo econômico da mercadoria apreendida.

7. Quanto à motivação legal e aos princípios constitucionais, inicialmente vale ressaltar que a competência da RFB, inclusive para expedir atos de exclusão está expressa no artigo 33 da Lei Complementar 123, de 2006:

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

7.1. O Ato Declaratório Executivo em tela, expedido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Joinville-SC, obedece ao princípio da legalidade, vez que encontra amparo legal em sentido estrito. O ADE oportunizou a ampla defesa, visto que resta clara a motivação, além de conferir prazo para a contestação administrativa.

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

7.3. De qualquer forma, o exame de validade de dispositivo previsto em lei, tendo por parâmetros princípios constitucionais, demandaria controle de constitucionalidade de normas, atividade exercida de maneira exclusiva pelo Poder Judiciário e expressamente vedada no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, a teor do art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo

*internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.
(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)*

(...)

7.4. Sendo assim, fica afastada qualquer preliminar de nulidade do ato de exclusão do Simples Nacional, conforme alegado pela defesa, em função de possível afronta aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Não cabe a esta instância de julgamento administrativa exercer atribuição do judiciário.

8. Sobre a exclusão do Simples Nacional no caso vertente, a matéria é regida pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e regulamentada pela Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011, aqui reproduzida no trecho pertinente:

Resolução 94/2011:

Art. 76 A exclusão de ofício da ME ou EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e §1º)

(...)

f) comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

(...)

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

(...)(original sem grifos)

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

10. No caso concreto, a fiscalização aduaneira lavrou auto de infração de apreensão após constatação de que havia mercadoria de procedência estrangeira e não estava acobertada por documentação fiscal que comprovasse a sua regular importação. Ficou configurada a tese de que a mercadoria foi importada clandestinamente, e assim, passível da aplicação da pena de perdimento (descaminho).

10.1. A empresa não se defendeu na esfera administrativa contra o auto de infração, mas se insurge contra a exclusão do Simples Nacional.

10.2. Quanto à alegação de que não se trata de comercialização de mercadoria contrabandeada ou fruto de descaminho, cumpre esclarecer que os termos do auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal não foram contestados, tanto que a autoridade fiscal decretou a pena de perdimento da mercadoria após a constatação da revelia. Não cabe mais recurso na esfera administrativa. (g.n.)

10.3. Neste aspecto, deveria o contribuinte ter apresentado suas razões no prazo de impugnação do auto de apreensão das mercadorias. Deixando de fazê-la tempestivamente, opera-se a preclusão temporal. Assim, no presente julgamento,

não nos cabe analisar questões de mérito a respeito do auto de infração lavrado, portanto, descabe qualquer acolhimento de pedidos referentes ao cancelamento do auto de infração. (g.n.)

11. No tocante à jurisprudência do Poder Judiciário colacionada pela defesa, relembre-se que a sentença judicial possui efeitos inter partes, sem atingir terceiros não envolvidos no caso concreto, conforme se infere dos arts. 468 e 472 do Código de Processo Civil (CPC), instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973:

“Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”

“Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.”

11.1 Assim, como o contribuinte não é parte nos processos judiciais citados, a decisão não lhe é aplicável.

[...]

Do exposto no voto acima transcrito, revela-se incontroverso nos autos que a recorrente incidiu na hipótese de exclusão do Simples Nacional, prevista no art. 29, inc. VII da LC. 123/2006.

Não obstante ter adotado as razões de decidir do acórdão recorrido, adito às mesmas alguns fundamentos que já apresentei a este colegiado em outros julgamentos da espécie.

No que concerne ao pleito de aplicação do princípio da insignificância ou do crime de bagatela, em face da situação configurada com a apreensão e perdimento das mercadorias, observo que tais princípios, aplicados no direito penal, não encontram amparo na legislação tributária que, no caso, estabelece objetivamente as condições para a inclusão ou exclusão no Simples Nacional.

Além disso, a exclusão do Simples Nacional, pela constatação dos fatos excludentes mencionados não se caracteriza como penalidade, mas sim de regra impeditiva à permanência no regime simplificado.

No tocante à alegação de que ausência de sentença condenatória transitada em julgado faz com que a contribuinte esteja protegida pelo princípio da inocência, este colegiado já se manifestou em julgados recentes no sentido da autonomia da esfera administrativa em relação à esfera penal, ressalvada a hipótese de decisão absolutória nesta última, em que tal decisão deve prevalecer. Confira-se as ementas dos julgados:

ESFERA CRIMINAL. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. INDEPENDÊNCIA.

Em certos casos a coisa julgada na esfera penal deve prevalecer na esfera administrativa, mas isso não implica que não se possa imputar desde já a penalidade na esfera administrativa, mesmo antes do término do processo na esfera penal (que pode inclusive nem ocorrer). (Acórdão nº 1302-004.812, 16/09/2020, Relator Cons. Ricardo Marozzi Gregorio)

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

As instâncias civil, penal e administrativa são independentes, sem que haja interferência recíproca entre seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria.

Caracterizada, definitivamente, no âmbito administrativo a comercialização das mercadorias irregularmente introduzidas no território nacional, é possível se realizar a exclusão do infrator do Simples Nacional, independentemente do trâmite do processo penal. (Acórdão nº 1302-004.795, 17/09/2020, Redator designado, Cons. Paulo Henrique Silva Figueiredo)

Sobre a alegação da recorrente de inconstitucionalidade do dispositivo legal que prevê efeitos retroativos a exclusão da empresa do Simples Nacional, por afronta à liberdade do exercício econômico e ao tratamento tributário e legislativo diferenciado conferido às micro e pequenas empresas, não obstante faltar competência às autoridades administrativas para afastar a aplicação da lei sob o fundamento de inconstitucionalidade, conforme assentado no voto acima transcrito, o Supremo Tribunal federal STF já se pronunciou em sentido oposto ao defendido pela recorrente, no julgamento do RE nº 627.543/RS, em regime de repercussão geral, declarando sua constitucionalidade, *verbis*:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Microempresa e empresa de pequeno porte. Tratamento diferenciado. Simples Nacional. Adesão. Débitos fiscais pendentes. Lei Complementar nº 123/06. Constitucionalidade. Recurso não provido.

1. O Simples Nacional surgiu da premente necessidade de se fazer com que o sistema tributário nacional concretizasse as diretrizes constitucionais do favorecimento às microempresas e às empresas de pequeno porte. A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 146, III, d, e parágrafo único; 170, IX; e 179 da Constituição Federal, visa à simplificação e à redução das obrigações dessas empresas, conferindo a elas um tratamento jurídico diferenciado, o qual guarda, ainda, perfeita consonância com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia.

2. Ausência de afronta ao princípio da isonomia tributária. O regime foi criado para diferenciar, em iguais condições, os empreendedores com menor capacidade contributiva e menor poder econômico, sendo desarrazoado que, nesse universo de contribuintes, se favoreçam aqueles em débito com os fiscos pertinentes, os quais participariam do mercado com uma vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem pontualmente com suas obrigações.

3. A condicionante do inciso V do art. 17 da LC 123/06 não se caracteriza, a priori, como fator de desequilíbrio concorrencial, pois se constitui em exigência imposta a todas as pequenas e as microempresas (MPE), bem como a todos os microempreendedores individuais (MEI), devendo ser contextualizada, por representar também, forma indireta de se reprovar a infração das leis fiscais e de se garantir a neutralidade, com enfoque na livre concorrência.

4. A presente hipótese não se confunde com aquelas fixadas nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF, porquanto a espécie não se caracteriza como meio ilícito de coação a pagamento de tributo, nem como restrição desproporcional e desarrazoada ao exercício da atividade econômica. Não se trata, na espécie, de forma de cobrança indireta de tributo, mas de requisito para fins de fruição a regime tributário diferenciado e facultativo.

5. Recurso extraordinário não provido

Ainda sobre a alegação de afronta a princípios constitucionais, como o da razoabilidade e da proporcionalidade, há que se registrar que o ADE discutido decorre de expressa previsão legal, sendo vedado aos membros do CARF afastar sua aplicação, nos termos da Súmula CARF nº 2 e do art. 62 do Regimento Interno do CARF que dispõem, *verbis*:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

RICARF:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado