



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10920.722956/2018-75  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** **1003-002.398 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**  
**Sessão de** 13 de maio de 2021  
**Recorrente** JONATHAN DO NASCIMENTO  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2018

**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. A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês em que incorridas as condutas.

**EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.**

Consoante o que dispõe a legislação do Simples Nacional, cabível a exclusão da pessoa jurídica do regime quando incorrer em situação vedada. O ato de exclusão possui natureza declaratória, que atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso ou permanência no regime simplificado desde data pretérita, ou seja, quando da constatação do evento proibitivo, na forma do que dispuser, no caso concreto, a legislação de regência.

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)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

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

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de n.º 07-45.756, proferido pela 3ª Turma da DRJ/FNS, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela Recorrente, mantendo sua exclusão do Simples Nacional em decorrência da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, com efeitos a partir de partir de 01/05/2018, ficando, ainda impedida de realizar nova opção por esse regime pelos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Fazendo um relato dos fatos, tem-se que às e-fls. 6 foi formalizada representação fiscal para exclusão de ofício, da Recorrente, Simples Nacional, conforme disposto no art. 29, VII da Lei Complementar n.º 123/2006.

Isso porque, conforme constou no processo administrativo de Apreensão de Mercadorias de n.º 10920.722954/2018-86, em desfavor da Recorrente, restou aplicada a pena de perdimento às mercadorias irregulares, em instância definitiva e única, conforme o Termo de Revelia e Aplicação de pena de perdimento a mercadorias apreendidas, de 24/10/2018.

Com base em tal Representação Fiscal, a autoridade administrativa prolatou o Despacho n.º 11/2008, nos seguintes termos:

“(…)

Relatório 1.

Trata o presente processo de Representação Fiscal para Exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, formulado pela Seção de Administração Aduaneira - SAANA desta Delegacia, diante da constatação de que JONATHAN DO NASCIMENTO - ME, CNPJ 28.667.473/0001- 66, incorreu em situação prevista como hipótese de exclusão do referido regime diferenciado de tributação.

2. Em 25 de maio de 2018, Fiscais da Vigilância Sanitária da Secretaria Municipal de Saúde de Jaraguá do Sul (SC) encontraram e apreenderam diversos produtos derivados de tabaco, de procedência estrangeira, em poder do interessado acima identificado, sem qualquer comprovação de sua regular introdução no território nacional.

3. Conforme documentos que constam nos autos do processo 10920.722954/2018-86, em 15/06/2018, por intermédio do ofício 048/2018/VISA/SEMSA, a Secretaria Municipal de Saúde encaminhou as mercadorias retidas para o Depósito de Mercadorias Apreendidas da DRF/Joinville-SC para valoração, conferência aduaneira, bem como lavratura do auto de infração pertinente.

4. Em 28/08/2018, foi lavrado o Auto de Infração e o Termo de Apreensão e Guarda Fiscal n.º 0920200/722954/2018, fls. 17/22, do processo 10920.722954/2018-86, onde se depreende a ocorrência de crime de descaminho e se propõe a aplicação da pena de perdimento das mercadorias irregulares, do qual o contribuinte foi cientificado em 14/09/2018.

5. A confirmação do cumprimento de todas as etapas processuais ocorreu com a lavratura do Termo de Revelia e Aplicação de Pena de Perdimento a Mercadorias Apreendidas, conforme cópia do Termo de fls. 4, datado de 24 de outubro de 2018, não havendo mais possibilidade de interposição de recurso administrativo, encerrando, dessa forma, a lide administrativa.

#### **Fundamentos**

6. O artigo 33 da Lei Complementar n.º 123/2006, regulamentado pela Resolução CGSN n.º 140/2018, define a competência da RFB para verificar a ocorrência das hipóteses de exclusão de ofício do Simples Nacional.

7. As hipóteses de exclusão de ofício do Simples Nacional estão elencadas no artigo 29 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006. A comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho está prevista, como hipótese de exclusão do optante pelo Simples Nacional, no Inciso VII do Art. 29 da Lei Complementar n.º 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.*

*(...)*

8. Conforme Representação Fiscal de fl. 06, e demais documentos nos autos do processo 10920.722954/2018-86, a empresa JONATHAN DO NASCIMENTO - ME, CNPJ 28.667.473/0001-66, incorreu na hipótese de exclusão de ofício prevista no Inciso VII do Art. 29 da Lei Complementar n.º 123/2006.

9. Quanto aos efeitos da exclusão, tendo em vista que a apreensão foi realizada pela vigilância sanitária em 25/05/2018 é o que materializa a ocorrência do cometimento da infração tributária, conforme termos lavrados pelas autoridades no processo 10920.722954/2018-86, considera-se que os efeitos da exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional deve iniciar-se a partir de 01/05/2018, com impedimento de retorno ao regime do Simples Nacional pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes, nos termos do art. 84, IV, letra “f” da Resolução CGSN n.º 140/2018.

#### **Conclusão**

10. Com base na documentação anexada ao presente processo e considerando a legislação que rege a matéria, proponho a emissão de ADE para a EXCLUSÃO DE OFÍCIO DA EMPRESA COMO OPTANTE PELO REGIME DIFERENCIADO DO SIMPLES NACIONAL, com efeitos retroativos a 1º de maio de 2018, ficando ainda o contribuinte impedido de optar pelo regime do Simples Nacional pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Neste contexto, foi expedido o Ato Declaratório Executivo SAORT/DRF/JOI-SC, de 5/12/2018, e-fls. 10, determinando a exclusão do Simples Nacional do Interessado a partir de 01/05/2018, adiante reproduzido:



Ministério da  
Fazenda



ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO SAORT/DRF/JOI-SC Nº 33, DE 5 DE DEZEMBRO DE 2018.

Termo de Exclusão. Declara excluída a Pessoa Jurídica do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) em virtude da constatação de comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho.

O Auditor-Fiscal da Seção de Orientação e Análise Tributária, da Delegacia da Receita Federal em Joinville-SC, no uso das atribuições que lhe confere o inciso XI do artigo 273 e 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 tendo em vista o disposto no § 5º do art. 29 c/c art. 33 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, e no art. 83 da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/2018, e face a que consta no processo administrativo nº 10920.722956/2018-75,

**DECLARA:**

Art. 1º A pessoa jurídica abaixo identificada fica excluída da sistemática de pagamento de impostos e contribuições de que tratam os artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/2006, denominada Simples Nacional, em virtude da constatação de que a empresa comercializou mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, conforme disposto no artigo 29, inciso VII, da supracitada lei, observadas as alterações e de acordo com o disciplinado na Resolução CGSN nº 140/2018.

Pessoa Jurídica	CNPJ	Data de início dos efeitos da exclusão
JONATHAN DO NASCIMENTO - ME	28.667.473/0001-66	01/05/2018

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir da data indicada acima, ficando impedida de realizar nova opção por esse regime pelos 3 (três) anos-calendário seguintes, conforme determina o artigo 29, §1º da Lei Complementar 123 de 14/12/2006, observadas as alterações e o disciplinamento constante no art. 84 da Resolução CGSN nº 140/2018.

Art. 3º A pessoa jurídica poderá apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste ato declaratório, impugnação relativamente ao procedimento acima, assegurando, assim, o contraditório e a ampla defesa.

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

*Assinado digitalmente*

**MARCELO EMMENDORFER**

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil  
Chefe da SAORT – Matr. 1.571.899

**Contra a exclusão foi apresentada manifestação de inconformidade alegando:**

“A inconformidade reside na determinação contida no Ato Declaratório Executivo, o qual determina a exclusão retroativa (desde 01/05/2018) do contribuinte do regime diferenciado Simples Nacional.

Isto porque, a Constituição Federal Brasileira estabelece em seu artigo 5o, Inciso XL, a vedação à retroatividade da pena, regra à qual a administração pública e os entes tributários se sujeitam.

Isto é, qualquer pena aplicada, poderá vigorar somente a partir da data da publicação/ciência da decisão, e não retroativamente, como consta no referido ato.

Frisa-se que a aplicação retroativa da pena culminaria na existência automática de débito tributário, sobre o qual o contribuinte não teve ciência e não pode efetuar os recolhimentos como manda a legislação.

Da mesma forma, o art. 103,1 do CTN prevê a VIGÊNCIA dos atos administrativos a partir de sua publicação. Ora, se o ato declaratório não estava vigente em época anterior a sua publicação, como poderia produzir efeitos?

A aplicação retroativa da norma e por consequência, da pena, além de infringir regras constitucionais e legais, foge à lógica.

É óbvio que os efeitos da exclusão, ainda que amparados por norma infraconstitucional, só poderão alcançar os fatos supervenientes ao entendimento manifestado pela SRF, consubstanciados ainda no sobreprincípio constitucional da segurança jurídica.

Parece evidente que a conduta da SRF não poderá prevalecer, por estar marcada com forte dose de arbítrio, incompatível com o Estado Democrático de Direito”.

Por fim, requereu a suspensão dos efeitos do ADE “(...) durante a tramitação do presente processo administrativo” e que “a penalidade em questão seja aplicada partir da competência seguinte à notificação da decisão de exclusão”.

Após análise da manifestação de inconformidade, a 3ª Turma da DRJ/FNS, julgou-a improcedente, mantendo sua exclusão do Simples Nacional em decorrência da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, com efeitos a partir de partir de 01/05/2018, com impedimento de retorno ao regime diferenciado pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes, nos termos do art. 84, IV, letra “f” da Resolução CGSN n.º 140/2018.

Inconformada, com a decisão da DRJ a Recorrente interpôs recurso voluntário e em breve arrazoado argumentou:

#### **“Dos fatos e fundamentos**

Em 14/02/2019 o contribuinte foi notificado da sua EXCLUSÃO do Simples Nacional em razão de suposta comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho de mercadoria (art. 29, VII da LC n. 123/2006), conforme consta no ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO SAORT/DRF/JOI-SC NR 33, DE 05 DE DEZEMBRO DE 2018.

Dita decisão tomou por base no processo 10920.722956/2018-75, no qual se concluiu pela ocorrência de infração à legislação pela comercialização de mercadorias oriundas de contrabando ou descaminho.

A inconformidade reside na determinação contida no Ato Declaratório Executivo, o qual determina a exclusão retroativa (desde 01/05/2018) do contribuinte do regime diferenciado Simples Nacional.

Isto porque, a Constituição Federal Brasileira estabelece em seu artigo 5S, Inciso XL, a vedação à retroatividade da pena, regra à qual a administração pública e os entes tributários se sujeitam.

Isto é, qualquer pena aplicada, poderá vigorar somente a partir da data da publicação/ciência da decisão, e não retroativamente, como consta no referido ato.

Frisa-se que a aplicação retroativa da pena culminaria na existência automática de débito tributário, sobre o qual o contribuinte não teve ciência e não pode efetuar os recolhimentos como manda a legislação.

Da mesma forma, o art. 103, I do CTN prevê a VIGENCIA dos atos administrativos a partir de sua publicação. Ora, se o ato declaratório não estava vigente em época anterior a sua publicação, como poderia produzir efeitos?

A aplicação retroativa da norma e por consequência, da pena, além de infringir regras constitucionais e legais, foge à lógica.

É óbvio que os efeitos da exclusão, ainda que amparados por norma infraconstitucional, só poderão alcançar os fatos supervenientes ao entendimento manifestado pela SRF, consubstanciados ainda no sobre-princípio constitucional da segurança jurídica.

Parece evidente que a conduta da SRF não poderá prevalecer, por estar marcada com forte dose de arbítrio, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

#### **Dos requerimentos**

Diante da Inconformidade aqui apresentada, requer a SUSPENSÃO dos efeitos do ADE SAORT/DRF/JOI-SC NR 33, DE 05 DE DEZEMBRO DE 2018, durante a tramitação do presente processo administrativo, por ser medida de justiça.

No mérito, requer que a penalidade em questão seja aplicada a partir da competência seguinte à notificação da decisão de exclusão, conforme fundamentos retro expostos.

É o relatório.

### **Voto**

Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto n.º 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.

Trata o presente processo de representação para exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, em virtude da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

A Recorrente apresentou recurso discordando expressamente tão somente o termo de início dos efeitos de sua exclusão do Simples Nacional, anuindo, portanto, ocorrência de infração à legislação pela comercialização de mercadorias oriundas de contrabando ou descaminho.

Assim, de acordo com seu entendimento, os efeitos excludentes do ADE não poderiam retroagir, sob o risco de violar determinações constitucionais, devendo surtir efeitos apenas a partir da competência seguinte à notificação da decisão de exclusão e não do próprio mês em que incorridas as condutas, *in casu*, desde de 01/05/2018

Porém, razão não assiste à Recorrente quanto ao termo “a quo” dos efeitos do Ato Declaratório Executivo. Afinal, a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 prevê que a pessoa jurídica que recolher tributos na forma do Simples Nacional deve ser excluída quando comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho e que tal exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas as condutas. Vale conferir a redação do texto legal:

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.

Ora, a legislação é clara ao estabelecer que a exclusão em comento produz efeitos a partir no mês da ocorrência do fato, consoante o art. 29, VII, § 1º da Lei Complementar nº 123/2006. E a autoridade administrativa não tem qualquer discricionariedade deixar de aplicar a norma legal cogente quando verificada no caso concreto a hipótese normativa.

Questionável seria uma norma que projetasse os efeitos do ADE para momentos anteriores à ocorrência do fato gerador (comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho), o que não é o caso, como bem constou na decisão recorrida.

Outrossim, como também decidido no acórdão de piso, e que não merece reforma, o ADE SAORT/DRF/JOI-SC, de 5/12/2018, *“trata-se de um ato declaratório, cuja função é afirmar ou reconhecer uma situação jurídica. Não se trata de ato constitutivo de direitos ou obrigações. Não por outra razão que o dia a quem para seus efeitos tem como referência a data de ocorrência do fato gerador, pois é naquele momento que se reconhece a coincidência entre o fato e a hipóteses normativa”*.

Ainda atinente a matéria, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em Recurso Especial Representativo da Controvérsia REsp nº 1.124.507/MG1, cujo trânsito em julgado ocorreu em 08.06.2010, sendo que decisão definitiva de mérito deve ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF:

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.

[...].

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.

[...].

(REsp 1.124.507/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 06/05/2010)

No mesmo sentido, cito ementas de decisões recentes deste Tribunal:

“(…) SIMPLES NACIONAL. ATO DE COMERCIALIZAR. CONCEITO O ato de comercializar uma mercadoria vai muito mais além do que o simples e derradeiro evento de tradição do bem ao consumidor final, posto que envolve várias etapas, com a execução de operações mercantis que compreendem desde a aquisição, o recebimento, o pagamento, sua internação no país, ainda que ilegal, proibida ou irregular, a circulação pelo território brasileiro, a entrada no estabelecimento da pessoa jurídica, seu registro formal ou mesmo nenhum registro em seu estoque, verificação da qualidade, etc., até que se verifique a venda que é espécie, da qual a comercialização é gênero. SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. EFEITO DECLARATÓRIO. **Consoante o que dispõe a legislação do Simples Nacional, cabível a exclusão da pessoa jurídica do regime quando incorrer em situação vedada. O ato de exclusão possui natureza declaratória, que atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso ou permanência no regime simplificado desde data pretérita, ou seja, quando da constatação do evento proibitivo, na forma do que dispuser, no caso concreto, a legislação de regência.** (Acórdão nº 1402-005.032, Relator: Paulo Mateus Ciccone, Data: 14/10/2020). Grifou-se.

MERCADORIA IMPORTADA ENCONTRADA NO ESTABELECIMENTO DESACOMPANHADA DA DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DE SUA REGULAR AQUISIÇÃO. DESCAMINHO. PENA DE PERDIMENTO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. A comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho constitui motivo para exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional. **EXCLUSÃO DE OFÍCIO. CONTRABANDO OU DESCAMINHO. EFEITOS RETROATIVOS. No caso de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, a exclusão de ofício deve retroagir até o mês em que foi constatada a infração.** (Acórdão nº 1201-004.596, Relator: Jeferson Teodorovicz, Data: 20/01/2021). Grifou-se.

Por fim, 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 nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF nº 2).

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário apresentado pela Recorrente, mantendo sua exclusão do Simples Nacional em decorrência da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, com efeitos a partir de 01/05/2018, ficando, ainda impedida de realizar nova opção por esse regime pelos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça