



Processo nº 10925.720441/2015-48
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.232 – 1^a Seção de Julgamento / 4^a Câmara / 2^a Turma Ordinária
Sessão de 8 de dezembro de 2020
Recorrente IVONIR BERGAMASCHI - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

APREENSÃO DE MERCADORIAS. DESCAMINHO. PENA DE PERDIMENTO. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL. 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 nº 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL, vencido o Conselheiro Luciano Bernart que dava provimento.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marco Rogerio Borges, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Iagaro Jung Martins, Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza (CE).

Adota-se, em sua integralidade, o relatório do Acórdão n.º **08-36.088 - 6^a Turma da DRJ/FOR**, complementando-o, ao final, com as pertinentes atualizações processuais.

Trata-se de manifestação de inconformidade contra Ato Declaratório Executivo (ADE) reproduzido nas fls. 19, que excluiu o contribuinte do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/04/2013, devido à comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho, fato esse julgado no bojo do processo de perdimento daquela mercadoria n.º 10925.721739/2013-11 (algumas peças dos referidos autos foram fotocopiadas e trazidas para o processo ora em julgamento).

A Unidade Local científicou o administrado do ADE em 12/05/2015 (fls. 22), via postal.

O contribuinte apresentou contestação em 08/06/2015 (fls. 23/27) com o seguinte teor: a) na notificação originária o valor é irrisório, ou seja, R\$180,00, sendo que a notificação foi devidamente quitada; b) o recorrente jamais praticou contrabando ou descaminho ou tinha conhecimento de que o produto se originava de contrabando ou descaminho; c) a exclusão inviabiliza a continuação das atividades do recorrente; d) o ato de exclusão fere os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, pois o ato exclui o recorrente do Simples e, ao mesmo tempo, cobra retroativamente tributos considerados devidos, sem sequer proporcionar o direito de defesa quanto à exclusão, salientando que o mesmo órgão que exclui é o que julga; e) o ato de exclusão não pode retroagir seus efeitos.

Do Acórdão de Manifestação de Inconformidade

A **6^a Turma da DRJ/FOR**, por meio do Acórdão n.º **08-36.088**, julgou a Manifestação de Inconformidade Improcedente, conforme a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

APREENSÃO DE MERCADORIAS. DESCAMINHO. PENA DE PERDIMENTO. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL. 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.

Voto

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende ao demais requisitos, motivo pelo qual dele conheço.

Do Mérito

Em seu recurso voluntário, a Recorrente replica sua manifestação de inconformidade, não trazendo novos argumentos quanto aos fundamentos da decisão recorrida.

Na apreciação dos argumentos trazidos pela Recorrente, o acórdão de 1^a Instância manifestou-se sobre todos eles, de forma fundamentada. Portanto, adota-se, nesse acórdão as razões de decidir do acórdão recorrido, pelos seus próprios fundamentos, conforme previsto no parágrafo 3º do art. 57 do Regimento Interno do CARF e no art. 50, § 1º, da Lei n.º 9.784/99, transcritos a seguir:

Regimento Interno do CARF

Art.57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

[...]

Parágrafo 1º. A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

[...]

2 A exigência do Parágrafo 1º. pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF n. 329, 2017).

Lei n.º 9.784/99

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[...]

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

No presente caso, considerando que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância, propõe-se a confirmação e adoção da decisão recorrida, a seguir transcrita, relator Francisco Fujita Filho:

Voto

Como a manifestação de inconformidade preencheu os requisitos de admissibilidade, dela se toma conhecimento.

Para uma melhor compreensão da problemática em apreciação, passa-se à reprodução do dispositivo legal que respaldou a exclusão contestada pela interessada:

LEI COMPLEMENTAR N° 123, DE 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.

[...]

Como observado, dar-se-á a exclusão de ofício da sistemática do Simples Nacional na hipótese da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou de descaminho, tipos penais que se encontram delimitados pelo art. 334 do Código Penal, litteris:

DECRETO-LEI N° 2.848, DE 1940 - CÓDIGO PENAL Contrabando ou descaminho

Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos. § 1º - Incorre na mesma pena quem: [...]

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

Na hipótese da importação ou da exportação de mercadoria proibida estar-se-á diante da figura do contrabando.

Diferentemente, quando se tratar de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de imposto devido pela entrada da mercadoria no território nacional o que se tem é o descaminho, ilícito em relação ao qual a pena estabelecida é a reclusão de um a quatro anos, incorrendo na mesma pena quem "vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País [...]".

Conforme consignado no processo n.º 10925.721739/2013-11, foi decretada a revelia da pessoa jurídica e o perdimento das mercadorias estrangeiras correspondentes, tudo conforme rito procedural determinado pelo Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, consolidado no art. 127 do Decreto n.º 7.574, de 2011:

DECRETO N.º 7.574, DE 2011

Art. 127. As infrações a que se aplique a pena de perdimento serão apuradas mediante processo administrativo fiscal, cuja peça inicial será o auto de infração acompanhado de termo de apreensão e, se for o caso, de termo de guarda fiscal (Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, art. 27, caput)).

§ 1º Feita a intimação, pessoal ou por edital, a não apresentação de impugnação no prazo de vinte dias, contados da data da ciência, implica revelia (Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, art. 27, § 1º).

§ 2º A revelia do autuado, declarada pela autoridade preparadora, implica o envio do processo à autoridade competente, para imediata aplicação da pena de perdimento, ficando a mercadoria correspondente disponível para destinação, nos termos da legislação específica.

§ 3º Apresentada a impugnação, a autoridade preparadora terá o prazo de quinze dias, contados da data do protocolo, para remessa do processo a julgamento (Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, art. 27, § 2º). Decreto-Lei no 37, de 1966)

§ 4º O prazo mencionado no § 3º poderá ser prorrogado quando houver necessidade de diligência ou perícia (Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, art. 27, § 3º).

§ 5º *Após o preparo, o processo será submetido à decisão do Ministro de Estado da Fazenda, em instância única (Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, art. 27, § 4º).*

[...]

Devidamente declarada a revelia pela autoridade da Unidade Local, que decidiu em instância única pelo perdimento das mercadorias, ocorreu a preclusão temporal quanto ao fato de a mercadoria ser ou não objeto de contrabando ou descaminho no presente processo.

Inviabilizando-se a reabertura da discussão quanto ao crime de contrabando ou descaminho, não há como se afastar a exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional, tendo em vista o determinado pelo inciso VII do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, em face do que não prospera o argumento da defesa.

Assim tem-se posicionado a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), consoante se observa dos seguintes julgados:

Acórdão n.º 1201-001.385

Ementa:

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 n.º 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.

Acórdão n.º 1803-002.564

Trecho de Voto do relator aprovado por unanimidade:

6. Transcorrido o prazo legal de 20 (vinte) dias previsto no art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n.º 1455, de 07/04/1976, e não tendo a Recorrente apresentado impugnação, foi declarada revel, tendo sido considerado aquele processo findo administrativamente, e aplicada a pena de perdimento às mercadorias correspondentes (fls. 13).

7. Assim, *todas as argumentações da Recorrente, relativas especificamente ao Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal* supostos motivos que macularam o auto de infração, v.g., abuso

de poder; ausência de Mandado de Procedimento Fiscal (MPF); falta de perícia para averiguação das mercadorias; falta de condenação transitada em julgado na esfera penal; falta de representação para fins criminais; não tipificação se as mercadorias apreendidas eram objeto de contrabando ou descaminho, ou de ambos; falta de discriminação e qualificação de cada mercadoria apreendida; falta de comprovação da irregularidade das mercadorias comercializadas não podem ser aqui conhecidas.

[...]

9. *Embora reclame a Recorrente que essas situações não foram analisadas em pormenores quando do julgamento pela DRJ (fls. 75 - ND, item 32), tal procedimento da instância a quo está correto, uma vez que, como dito acima, trata-se de fatos já transitados administrativamente, insuscetíveis, pois, de serem objeto de (re)exame.*

10. *Tratando-se, pois, de matéria transitada administrativamente, não cabe rediscussão a respeito, motivo pelo qual, reflexamente, é cabível a exclusão da Recorrente do Simples Nacional, na forma do art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, de seguinte teor:*

[...]

Logo, revelam-se ineficazes as alegações que intentam desmontar a acusação fiscal de comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho, devido à incidência de preclusão temporal oriunda da formação de coisa julgada administrativa no processo de perdimento.

Apenas para endossar ("ad argumentadum tantum"), quanto ao argumento de o valor da multa ser irrisório (na quantia de R\$180,00), o contribuinte intenta, em verdade, a aplicação do princípio da insignificância. Todavia, esse último princípio não possui eficácia em relação às infrações administrativas formais que tutelem bens jurídicos vários, além do Erário Público, mesmo quando a evasão fiscal envolvida é de pequena monta. Cumpre observar, inicialmente, que a aplicação da pena de perdimento sobre as mercadorias apreendidas implica considerar que tais mercadorias ingressaram no País irregularmente, mediante contrabando ou descaminho, de maneira que a soma destas duas circunstâncias preenche integralmente o que a norma definiu hipoteticamente como infração passível de exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional. Por sua vez, os crimes de contrabando e descaminho são eminentemente formais e não dependem da apuração dos valores iludidos para restarem configurados segundo a melhor doutrina. A importação de cigarros de marca proibida constitui crime de contrabando, hipótese em que a jurisprudência judicial tem rechaçado a aplicação do princípio da insignificância por considerar que a objetividade jurídica não se resume pura e simplesmente no interesse arrecadador do Fisco e sim no direito de a Administração Pública controlar o ingresso de mercadorias no território nacional, por questão de segurança e saúde públicas. Nesse sentido, veja-se recente julgado (07/04/2016) do STJ, a saber, RECURSO EM HC 68.726 (5a Turma): "Ementa: CONSTITUCIONAL E PENAL.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . CRIME DE CONTRABANDO DE CIGARROS. TRANCAMENTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica o princípio da insignificância ao contrabando de cigarros. Tal entendimento decorre do fato de a conduta não apenas implicar lesão ao erário e à atividade arrecadatória do Estado, como na hipótese de descaminho. De fato, outros bens jurídicos são tutelados pela norma penal, notadamente a saúde pública, a moralidade administrativa e a ordem pública. Precedentes. 2. Recurso desprovido". Veja-se também o AgRg no RHC 55.884/SC (6a Turma), julgado em 01/10/2015. Em relação ao pagamento de tributos/multa, tal fato não elimina a necessidade de exclusão do Simples, pois inexistiu denúncia espontânea antes do procedimento de apreensão de mercadorias, nos termos do art. 136, parágrafo único, do CTN.

Na visão do litigante, a exclusão do Simples Nacional não poderia retroagir.

O julgador administrativo somente poderia afastar a aplicação do art. 29 da LC 123/2006 se fosse declarada sua inconstitucionalidade. Isso porque matéria dessa natureza não se encontra insculpida na competência regimental dos órgãos julgadores da esfera administrativa.

Na realidade, à Administração Pública, mais especificadamente, a esta Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ Fortaleza), falece competência para o julgamento da matéria levantada pela defesa pois o contencioso administrativo não se presta ao questionamento da constitucionalidade de dispositivo legal, atribuição do Poder Judiciário.

Aos julgadores administrativos cumpre observar as disposições contidas nas normas formalmente inseridas no ordenamento jurídico, sendo-lhes vedada eventual apreciação quanto à sua constitucionalidade.

É o que determina o artigo 26-A do Decreto nº 70.235/1972 (Processo Administrativo Fiscal). Desse modo, pretensas ilegalidades ou inconstitucionalidades, que não hajam sido decretadas com efeito erga omnes pelo Poder Judiciário, não podem ser apreciadas na esfera administrativa, que se limita ao cumprimento das determinações legais (artigo 116, inciso III, da Lei nº 8.112/1990)

Anote-se que o próprio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já se pronunciou de forma terminativa sobre a sua incompetência para apreciar alegações quanto à inconstitucionalidade de leis tributárias, como se infere da leitura da Súmula nº 2, aprovada pela Portaria CARF nº 106, de 21 de dezembro de 2009, abaixo reproduzida: "O CARF é incompetente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

No caso em tela, não se tem conhecimento de que o Supremo Tribunal Federal tenha, por meio de decisão definitiva plenária, declarado

inconstitucional o artigo 29 da LC 123, de 2006, dispositivo com base no qual a pessoa jurídica foi excluída do Simples Nacional, em razão do que não há como prosperar o argumento da defesa.

Relativamente à questão dos efeitos da exclusão do Simples, é o seguinte o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) na sistemática de Recursos Repetitivos (art. 543-C do CPC/1973) , válido também para o Simples Nacional:

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 543C 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 retroagiram à data da efetiva ocorrência da situação excludente; ou desconstitutivo, com efeitos gerados apenas após a notificação ao contribuinte a respeito da exclusão.*

[...].

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.*

[...].

Conclui-se, pois, pela aplicabilidade plena do artigo 29 da LC 123, de 2006.

Já a alegação de desconhecimento do fato de a mercadoria ter origem em contrabando ou descaminho não se sustenta, tendo em vista que a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato (responsabilidade objetiva na forma do art. 136 do CTN). Outrossim, não se vislumbra, na espécie, qualquer violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, já que o ADE foi regularmente notificado ao contribuinte que teve 30 dias para oferecer sua defesa (manifestação de inconformidade), que está sendo julgada no presente Acórdão. Caso discorde do resultado de tal decisão, poderá ainda ingressar com recurso voluntário ao CARF. Quanto à alegação de o órgão que exclui ser o mesmo que julga, em tal argumento o contribuinte se insurge, na verdade, contra a natureza de TODOS os processos administrativos, o que se revela contraditório com o fato de ele estar aqui participando de algo em que não acredita. Diga-se que o processo administrativo é previsto na própria Constituição da República (art. 5º, LV, LXXII, "b" e LXXVIII). Todavia, se o recorrente nele não põe fé, poderá sempre se socorrer do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CR/1988). No que se refere à suposta inviabilização da continuidade operacional da pessoa jurídica se for excluída do Simples, tal alegação de cunho pessoal não pode ser conhecida, pois a autoridade julgadora deve obediência aos ditames da lei que prescreve a saída do regime simplificado em caso de comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho.

Isso posto, voto por considerar improcedente a manifestação de inconformidade de fls. 23/27.

Conclusão

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

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias