



<b>Processo nº</b>	10925.720764/2015-31
<b>Recurso</b>	Voluntário
<b>Acórdão nº</b>	<b>1001-002.280 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária</b>
<b>Sessão de</b>	13 de janeiro de 2021
<b>Recorrente</b>	OOPS LIVRARIA E SOLUCOES TECNOLOGICAS EIRELLE - ME
<b>Interessado</b>	FAZENDA NACIONAL

### **ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2013

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS DECORRENTES DE CONTRABANDO E DESCAMINHO.

Consoante o artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, a comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho constitui motivo para exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional. A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês em que incorrida as conduta.

**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.

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)

Sergio Abelson – Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva- Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Abelson (Presidente), Andréa Machado Millan e José Roberto Adelino da Silva.

### **Relatório**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão de nº 08-36.089, da 6ª Turma da DRJ/FOR, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, apresentada pela ora Recorrente, mantendo-se os efeitos da exclusão do SIMPLES NACIONAL.

Transcreve-se, portanto, o relatório da supracitada DRJ, que resume o presente litígio:

Trata-se de manifestação de inconformidade contra Ato Declaratório Executivo (ADE) reproduzido nas fls. 13, que excluiu o contribuinte do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/12/2013, devido à comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho, fato esse julgado no bojo do processo de perdimento daquela mercadoria nº 10925.720072/2014-11 (algumas peças dos referidos autos foram fotocopiadas e trazidas para o processo ora em julgamento).

O contribuinte apresentou contestação em 27/05/2015 (fls. 21/24) com o seguinte teor: a) os fiscais ingressaram no estabelecimento comercial, coagindo o funcionário da empresa com ameaças de fechá-lo; b) no momento da apreensão, só estava na pequena empresa um funcionário e que por despreparo não sabia onde estavam os documentos comprobatórios da origem da mercadoria; c) algumas mercadorias foram separadas dos "kits" e vendidas separadamente; é uma prática muito usado no comércio e não fere nenhuma lei; d) os jogos de PS3 e Xbox, expostos na área de venda, também possuem origem, são usados e pertencem a clientes que, por consignação mercantil entre cliente e estabelecimento, são deixados para venda, conforme nota fiscal em anexo; e) a empresa nunca foi notificada de que tramitava processo administrativo de exclusão do Simples, com retroação de seus efeitos, violando-se o Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa; f) em caso de exclusão do Simples, a empresa será fechada.

A DRJ assim decidiu:

#### 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.

A DRJ, em síntese, baseou a sua decisão no fato de o § 1º, inciso VII, ao Art. 29 determinar a exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional quando comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, tipos penais delimitados pelo art. 334 do Código Penal.

Conforme consignado no processo nº 10925.720072/2014-11, foi decretada a revelia da pessoa jurídica e o perdimento das mercadorias estrangeiras correspondentes, tudo conforme rito procedural determinado pelo Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, consolidado no art. 127 do Decreto nº 7.574, de 2011. Menciona, ainda que:

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 SimpleNacional, tendo em vista o determinado pelo inciso VII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, em face do que não prospera o argumento da defesa.

Cita jurisprudência deste CARF. Assim, alega que revelaram-se ineficazes as alegações que tentam descharacterizar a comercialização de mercadoria obje de contrabando ou descaminho à *incidência de preclusão temporal oriunda da formação de coisa julgada administrativa no processo de perdimento*.

Cita a doutrina e conclui:

Outrossim, não se vislumbra, na espécie, qualquer violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, já que o ato de exclusão 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.

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.

Menciona decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde este deixa claro que:

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.

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

A recorrente foi cientificada em 16/06/2016 (fl.49) e apresentou o seu Recurso Voluntário (RV) em 13/07/2016 (fl.50).

Em seu RV, a Recorrente, basicamente, reitera os argumentos apresentados em sede de Manifestação de Inconformidade, quais sejam:

- Da ausência de intimação para a defesa do termo de apreensão – afirma que, em momento algum, foi intimada para defender-se. Cita decisão judicial (TFR).
- A falta de intimação pessoal da recorrente acerca do termo de apreensão realizado em dezembro de 2013, conforme preceitua o art. 23 do Decreto n.º 70.235/72, é causa de nulidade formal.
- Há de salientar que ainda que a recorrente tenha alterado seu endereço no último ano, tal alteração foi devidamente informada a Receita Federal do Brasil com as devidas alterações em seu cadastro, não havendo assim qualquer motivo para a ausência da intimação pessoal, e/ou por AR da recorrente.
- Ante o exposto, haja vista a cristalina nulidade, pugna a recorrente pela extinção do Ato Declaratório Executivo DRF/JOA-SC 38, de 22 de abril de 2015, ante a ausência de intimação em face da apreensão dos produtos que o ensejaram.

Além disso, alega a necessidade de sentença, com transito em julgado, para caracterização de contrabando e descaminho, princípio da presunção de inocência.

Alega ainda o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade cita a jurisprudência judicial e culmina pedindo o provimento do seu recurso.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade do Processo Administrativo Fiscal, previstos no Decreto nº 70.235/72. Razão, pela qual, dele eu conheço.

Tem-se que a controvérsia do presente caso reside na exclusão de ofício da Recorrente do SIMPLES NACIONAL (LC nº 123/06), por meio do Despacho Decisório nº 282/2015 – SAORT/DRF/JOA (fl.10), em razão da apreensão de mercadorias advindas de contrabando e/ou descaminho.

Como fundamento legal, enquadrou o ADE na hipótese de exclusão prevista no inciso VII, do Art. 29, da LC nº 123/2006, “in verbis”:

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

(...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;” (grifo nosso)

Ainda, quanto aos efeitos, o ato determinou que se dariam a partir 01/12/2013, mês em que constatada a irregularidade, com base no artigo 76 da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN – nº 94 de 29 de novembro de 2011:

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da 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;

No presente caso, restou evidente pelo Auto de Infração e Termo de Apreensão (fls. 05 e 06), que foram apreendidas mercadorias (acessórios para videogames), de procedência estrangeira, introduzidas irregularmente no país, devidamente lacradas (fl.4), no estabelecimento da contribuinte

Constata-se, ainda, pelo Termo de Revelia (fl. 07)), que a Recorrente não impugnou o referido Auto de Infração, tendo a pena de perdimento sido aplicada, e o processo administrativo transitado em julgado.

Dessa forma, entendo que a prática delituosa restou configurada, e que por ser uma hipótese excludente expressamente prevista na Lei Complementar nº 123/2006, o Ato de Exclusão, emitido pela autoridade fiscal, fora devido.

As nulidades, dentro do Processo Administrativo Fiscal – PAF, estão tratadas no artigo 59, do mesmo diploma legal:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Vê-se que as situações descritas não se aplicam ao caso da recorrente, nem quanto ao inciso I e muito menos quanto ao inciso II, já que lhe foram propiciados todos os meios de

defesa. É descabida, consequentemente, a alegação da recorrente de que a não intimação pessoal, de que trata o art. 23, do Decreto 70.235/72, é causa de nulidade do ato.

Quanto aos argumentos repisados na peça recursal, por concordar com as razões de decidir da DRJ, adoto-as como fundamento complementar deste voto, com embasamento legal no Art. 57, §3º, Anexo II, do Regimento Interno do CARF, estando a conclusão alcançada pelo órgão julgador de 1ª instância em consonância com o entendimento deste Relator.

Quanto às alegações de necessidade de sentença, com transito em julgado, para caracterização de contrabando e descaminho, princípio da presunção de inocência, princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, a DRJ já deixou bem claro que (peço a devida vênia para reproduzir):

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”.

Há farta jurisprudência neste CARF em acolher a independência entre o processo de exclusão do Simples Nacional e o processo criminal de apuração dos crimes de contrabando e descaminho, como, por exemplo, os abaixo citados:

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2012

**SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DESCAMINHO.**

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á na hipótese de a empresa comercial varejista manter em seu estoque ou expostas à venda para comercialização mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. (Acórdão nº 1301-004.717, de 11 de agosto de 2020, Relator Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, decisão unânime)

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ**

Ano-calendário: 2008

**SIMPLES NACIONAL. SITUAÇÃO IMPEDITIVA. CONTRABANDO OU DESCAMINHO.**

É vedado o ingresso ou a permanência no Simples Nacional de Contribuintes que promovem a mercancia de objeto fruto de contrabando ou descaminho. (Acórdão nº 1402-004.021, de 14 de agosto de 2019, Relator Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves, decisão unânime)

Dessa forma, entendo que a decisão da DRJ não merece reforma, vez que embasada pela legislação vigente que dispõe sobre as normas de permanência ao Simples Nacional.

**Conclusão**

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva