



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10925.721040/2016-96
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-002.644 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 05 de outubro de 2021
Recorrente SANTO GANZER E FILHOS LTDA-ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2016

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS
OBJETO DE CONTRABANDO E DESCAMINHO.

Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte a pessoa jurídica que comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

O ato de exclusão de ofício é vinculado e não é dado à autoridade administrativa deixar de aplicar a norma cogente sendo-lhe defesa basear sua decisão no critério subjetivo de avaliação da insignificância de valores.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EFEITOS RETROATIVOS.

A norma legal que trata da exclusão de ofício, no caso de comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho, determina que a exclusão produza efeitos a partir do mês em que constata a ocorrência da infração.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. INCOMPETÊNCIA.

De acordo com a Súmula Carf nº 28, o CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

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)

Carlos Alberto Benatti Marcon - Relator

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

Relatório

Ato Declaratório Executivo

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo da DRF/JOA-SC n.º 21, de 24 de maio de 2017 com efeitos a partir de 01.06.2016, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fl. 17:

[...]

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 posteriores e de acordo com o disciplinado na Resolução CGSN nº 94/2011.

Pessoa Jurídica	CNPJ N.º	Data de início dos Efeitos da Exclusão
SANTO GANZER E FILHO LTDA – ME	00.150.799/0001-00	01/06/2016

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 posteriores e o disciplinado no art. 75 da Resolução CGSN nº 94/2011.

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.

Manifestação de inconformidade e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a Manifestação de Inconformidade, a qual teve as seguintes Ementas e Acórdão da 6ª Turma DRJ/POA nº 10-61.071, de 29.11.2017, e-fls. 56-62:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do Fato Gerador: 01/06/2016

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS.

A DRJ não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do Fato Gerador: 01/06/2016

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

A comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho é causa de exclusão de ofício da empresa optante pelo Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Acórdão

Acordam os membros da 6ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a exclusão do Simples Nacional nos termos do Ato Declaratório Executivo DRF/JOA-SC nº 21, de 24/05/2017.

[...]

Recurso Voluntário

A Recorrente apresentou o Recurso Voluntário, e-fls. 65-96, em 07.01.2018, discorrendo sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge, importando mencionar que o recurso atende aos pressupostos de admissibilidade.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que(excertos):

Inicialmente discorre sobre o procedimento fiscal que culminou com a apreensão de mercadorias(cigarros) em seu estoque, objeto de contrabando ou descaminho, e suas consequências como a exclusão de ofício do Simples Nacional, efeitos retroativos da exclusão à data de 01.06.2016 e o impedimento de realizar nova opção pelo Simples Nacional nos três anos subsequentes.

Alega em sua defesa, em síntese:

- Da Inexistência de Sentença Penal Condenatória Transitada em Julgado

Cita o artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, especialmente o Inciso LVII- *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*.

Entende que foi aplicada a sanção de exclusão de ofício do Simples Nacional sem existir sentença penal condenatória, e sendo assim a Receita Federal do Brasil não poderia culpá-la por ter cometido um crime e excluí-la do regime tributário que ela se enquadrava.

Afirma que, com base no Decreto nº 6.641/2008, art. 2º, Inciso I e art. 3º, que dispõe sobre as atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, houve conduta arbitrária, que submetida à égide da Lei nº 4.898/1965, constitui-se também em Abuso de Autoridade.

Por essa razão requer a anulação do ato administrativo de exclusão do Simples a que foi submetida.

- Do Princípio da Insignificância

Argumenta que se trata de uma quantia ínfima de mercadoria apreendida, de baixíssimo valor, que não chega a 10% do valor utilizado para aplicar a insignificância pelas cortes superiores, sendo a exclusão de ofício, bem como sua retroatividade à data de apreensão completamente desproporcionais.

- Da Inexistência de Perícia Merceológica

Invoca a seu favor a necessidade de uma perícia técnica que realmente constate as mercadorias apreendidas, caracterizando sua origem, denominação, etc., afirmando que a Receita

Federal do Brasil imputou culpa à contribuinte sem apresentar materialmente uma condenação pelo delito que enseja o desenquadramento fiscal do Simples Nacional.

- Da Vedação ao Confisco Arbitrário

Alega que a retroatividade e o eventual pagamento retrocedendo-se em um novo regime fiscal à data de 01.06.2016, configura-se como uma conduta confiscatória, expressamente vedada pela Constituição, citando o artigo 150, Inciso IV.

- Da Capacidade Contributiva

Cita que a Constituição consagrou o princípio da capacidade contributiva, conforme art. 145, 1º, ao dispor que *Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, [...]*.

Alega que a exclusão do Simples inserirá a contribuinte em um regime incompatível com sua capacidade contributiva devido a uma decisão irrazoável e desproporcional dotada de ilegalidade, ferindo princípios constitucionais e supraleais.

- Da Ineficácia e Invalidade do Procedimento

Cita o artigo nº 39 do Decreto nº 7.574/2011 no intuito de contestar que o auto de infração que deu origem a este processo fiscal não foi lavrado no local indicado por lei, muito menos na data da infração, assinado somente em agosto/2016, em data bastante longínqua à suposta ocorrência do fato.

Cita também o artigo nº 47 do mesmo Decreto, o qual trata expressamente da Representação Fiscal para Fins Penais, para concluir que volta-se à estaca zero, onde inexistente constatação da ocorrência de crime por sentença penal condenatória transitada em julgado, o que torna-se, por lógica, sem efeito a Representação Fiscal.

Em adição, menciona o artigo nº 48, concluindo que pelo estabelecido no seu parágrafo único, com o extrato de encerramento do processo após o pagamento, vê-se que não há motivo suficiente para prosseguir-se com o processo, muito menos ser atingido por efeitos catastróficos de uma decisão arbitrária.

- Dos Pedidos do Recurso

Reproduz-se a seguir, na íntegra, os pedidos da Recorrente

Diante de todo o exposto neste RECURSO, a empresa Contribuinte, vem respeitosamente, requerer:

A) O RECEBIMENTO de todo o conteúdo contido neste recurso a fim de tornar SEM EFEITO as decisões do DESPACHO DECISÓRIO e do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO;

B) A ANULAÇÃO e/ou que seja TORNADO SEM EFEITO O ATO ADMINISTRATIVO DE EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO REGIME TRIBUTÁRIO DO SIMPLES NACIONAL, bem como todas as outras sanções anexas, em especial, tornar sem efeito a sanção aplicada de RETROATIVIDADE DA EXCLUSÃO DE OFÍCIO À DATA DE 01/06/2016 e do IMPEDIMENTO DE ADERIR AO SIMPLES NACIONAL - a fim de só então assim configurar-se em uma decisão de extrema JUSTIÇA e respeito absoluto ao Ordenamento Jurídico Brasileiro.

C) A realização de Perícia Técnica Oficial dos produtos apreendidos, até então inexistente.

D) O reconhecimento e a procedência total do pedido principal deste recurso, alínea “B” acima.

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, ESPERA E REQUER A RECORRENTE SEJA ACOLHIDO O PRESENTE RECURSO PARA O FIM DE ASSIM SER DECIDIDO, CANCELANDO-SE O DÉBITO FISCAL.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Benatti Marcon, Relator.

Tempestividade

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

O Objeto da Lide

Em breve síntese, a Recorrente foi excluída do Simples Nacional por comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, conforme disposto no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, conforme disposto no artigo 29, inciso VII, da supracitada lei, observadas as alterações posteriores e de acordo com o disciplinado na Resolução CGSN nº 94/2011.

Ressalte-se que o ato de exclusão originou-se de uma Representação Fiscal para Exclusão do Simples emitida em decorrência da lavratura do Auto de Infração e do Termo de Apreensão de Mercadorias.

Da Análise das Alegações da Recorrente

Considerando que o teor do Recurso Voluntário é o mesmo da Manifestação de Inconformidade (Impugnação), isto é, não foram apresentadas novas alegações perante a segunda instância, propõe-se a confirmação e adoção da decisão de primeira Instância.

Declaração de Concordância

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, determina:

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

§ 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.

O Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, prevê

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

§ 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. [...]

§ 3º A exigência do § 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.

Com base nestes fundamentos legais, consta no Voto que deu origem ao Acórdão da 6ª Turma DRJ/POA n.º 10-61.071, de 29.11.2017, e-fls. 56-62, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015):

Inicialmente é necessário esclarecer ao contribuinte que a Secretaria da Receita Federal do Brasil é plenamente competente para excluir de ofício do Simples Nacional - Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte a empresa que comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. É o que determinam a Lei Complementar n.º 123/2006 e a Resolução CGSN n.º 94/2011, que também dispõem sobre a produção de efeitos desta exclusão: *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 da Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguinte.

(...)

§ 3º A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

(...)

§ 5º A competência para exclusão do Simples Nacional obedece ao disposto no art. 33, e o julgamento administrativo, ao disposto no art. 39, ambos desta Lei Complementar.

(...)

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.

Resolução CGSN n.º 94/2011

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

(...)

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;

(...)

Para a exclusão de ofício do Simples Nacional, não é necessário aguardar o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois a lei não o exige, bastando que se identifique a hipótese definida em lei para sua ocorrência. Tratam-se de esferas diferentes, cada qual, penal e administrativa, com sua competência delimitada em lei. No âmbito administrativo, não se está julgando se houve ou não a prática de crime, competência esta atribuída ao Poder Judiciário, mas sim se foram preenchidos os requisitos definidos em lei para a exclusão do Simples Nacional. Portanto, é improcedente o pedido do contribuinte para anulação do ato administrativo de exclusão de ofício do Simples Nacional, da retroatividade de seus efeitos, bem como do impedimento aplicável.

Com relação às alegações de afronta a princípios constitucionais, é importante esclarecer que a instância administrativa não é competente para pronunciar-se acerca da constitucionalidade das normas inseridas no ordenamento jurídico, cuja apreciação incumbe ao Poder Judiciário. A Administração Pública está vinculada à estrita legalidade e, no âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos seus órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme disposto no artigo 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, ressalvadas somente as situações previstas em seu § 6º, o que não é o caso sob exame.

Ainda, a atividade administrativa é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do parágrafo único do artigo 142 do CTN. Tendo a autoridade tributária identificado situação em que a lei determina seja a empresa excluída de ofício do Simples Nacional, corretamente emitiu o Ato Declaratório de Exclusão, sendo respeitados os princípios do devido processo legal e da ampla defesa. A legislação de regência não dá margem à discricionariedade do agente público em razão da situação econômico financeira do contribuinte.

Da mesma forma, a aplicação do princípio da insignificância, como requer o contribuinte, é vedada ao julgador administrativo, que está adstrito aos termos da lei, sendo-lhe defeso basear sua decisão no critério subjetivo de avaliação da insignificância de valores.

O contribuinte, em sua impugnação, traz diversas alegações relacionadas ao Auto de Infração – Pessoa Jurídica – Cigarro nº 0920300-16139/2016, lavrado em 01/08/2016, que tramitou no processo nº 10925.721375/2016-12, e requer, inclusive, perícia técnica oficial dos produtos apreendidos.

Tais alegações, aqui neste processo administrativo fiscal nº 10925.721040/2016-96, relativo à exclusão do Simples Nacional, não podem ser conhecidas.

Verifica-se do documento de fl. 12, relativo ao processo nº 10925.721375/2016-12, que a empresa SANTO GANZER E FILHOS LTDA. - ME foi intimada em 25/08/2016 a impugnar o Auto de Infração de fl. 6 no prazo de vinte dias contados da ciência da intimação, sob pena de revelia, que resultaria no perdimento das mercadorias em favor da União. Transcorrido o prazo regulamentar, não houve apresentação de impugnação, tendo sido declarada a revelia (fl. 13), tornando incontestável a infração constatada pela autoridade competente. Como se vê, as questões relacionadas ao Auto de Infração deveriam ter sido apresentadas no processo próprio, quando foi oferecida oportunidade ao interessado de apresentar sua defesa, pois, agora, tratam-se de matéria preclusa administrativamente e não podem ser conhecidas.

Não tendo sido produzidas provas pelo contribuinte demonstrando que não houve comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, a exclusão deve ser mantida.

Da Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP

A análise de questões relacionadas à RFFP não compete a este órgão julgador, por não fazer parte das atribuições definidas no artigo 233 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14/05/2012, publicada no DOU de 17/05/2012.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF também já se manifestou a respeito da sua incompetência para apreciar questões relativas à RFFP, como se vê do texto da Súmula CARF nº 28, cujo efeito vinculante para toda a administração tributária federal foi instituído pela Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, publicada no DOU de 14/07/2010:

Súmula CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Conclusão

Nestes termos, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade do interessado, mantendo a exclusão do Simples Nacional nos termos do Ato Declaratório Executivo - ADE DRF/JOA-SC nº 21, de 24/05/2017.

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este entendimento está de acordo com o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015).

Conclusão

Diante do exposto, voto em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Benatti Marcon

