



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



**Processo nº** 10925.722034/2019-07  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 1003-002.557 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária  
**Sessão de** 11 de agosto de 2021  
**Recorrente** SILVIO JOSE DRIESSEN  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Data do fato gerador: 01/10/2018

**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.

**PENA DE PERDIMENTO. 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 unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes - Relatora

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

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 07-47.264, proferido pela 6ª 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 de partir 1º de outubro de 2018.

Por economia processual e por entender suficientes as informações constantes no Relatório do r. acórdão, passo a transcrevê-lo abaixo:

O litúgio que se aprecia foi iniciado com a interposição de manifestação de inconformidade, em 02/03/2020 (f. 108), contra ADE – Ato Declaratório de Executivo de Exclusão do regime do Simples Nacional de f. 102, de 14/01/2020, cuja ciência ocorreu em 21/01/2020 (f. 104), com efeitos a partir de 01/10/2018, e com fundamento legal no art. 83 e no art. 84, inciso IV, alínea “F”, §2º, ambos da Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018.

A motivação da exclusão de ofício foi a prática, por parte da Interessada, de comércio de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Consta Representação Fiscal para Fins de Exclusão do Simples Nacional à f. 02 a 03. Além disso, constam cópias do Auto de Infração (f. 04), Termo de Revelia e Declaração de Perdimento (fl. 98) e Despacho Decisório (f. 99).

Em sua manifestação, a Interessada alega:

Flagrante, assim, a violação do direito líquido e certo do Contribuinte, disposto no art. 29, inciso VII da Lei Complementar nº 123/2006 que estabelece que: “A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando [...] **comercializar** mercadorias objeto de contrabando ou descaminho [...]”.

Desta forma, vê-se, portanto, que o texto em comento é cristalino ao mencionar a palavra **COMERCIALIZAR**. Contudo, no presente caso, os objetos foram apreendidos em outro contexto, não estavam sendo comercializados pelo Contribuinte, tão somente estavam em seu estabelecimento. Prova do alegado, extrai-se trecho da fundamentação do processo nº 10925.722034/2019-07:

Assim, observando a indigitada norma legal, tem-se que deve ser interpretada de maneira proporcional e razoável, não devendo ser afastado o fato de que as mercadorias **NÃO ESTAVAM SENDO COMERCIALIZADAS**. Portanto, descabida a penalidade ora aplicada.

Insurge-se pelo fato de que a apreensão das mercadorias ocorreu em 09/10/2018, sendo que o efeito da exclusão é retroativo a 01/10/2018 e que os efeitos deveriam ser a partir do Ato Declaratório de Exclusão, pois a Interessada não pode arcar com as consequências devido à demora na apreciação do pedido de exclusão.

Dessa forma, pede o cancelamento do ADE e sua manutenção no regime tributário do Simples Nacional, ou ao menos, que a exclusão seja a partir da data do ADE.

É o relatório

Após apreciar a dita manifestação de inconformidade, a 6ª Turma da DRJ/FNS julgou-a improcedente. A ementa da referida decisão segue transcrita:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2018

REGIME TRIBUTÁRIO DO SIMPLES NACIONAL. COMÉRCIO DE MERCADORIAS OBJETO DE DESCAMINHO OU CONTRABANDO. EXCLUSÃO DE OFÍCIO.

A comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho enseja exclusão de ofício do regime tributário do Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

A contribuinte foi cientificada do acórdão da DRJ no dia 05/08/2020 (e-fls. 164) e apresentou recurso voluntário no dia 01/09/2020 (e-fls. 150 a 158), com os fatos e fundamentos abaixo sintetizados:

Alega a Recorrente que sofreu afronta aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, em razão da decisão que excluiu a mesma do Simples Nacional.

Aduz que os objetos que foram apreendidos não estavam sendo comercializados mas estavam apenas em seu estabelecimento e não teria como fazer prova de que não comercializava os bens. Não teria como provar fato negativo. Afirma que a fiscalização apenas destacou que foi localizado os bens no estabelecimento da Recorrente, mas não mencionou nada em relação à comercialização. Entende que era dever da fiscalização comprovar que ela estava comercializando as mercadorias.

Ainda defendeu que, nos moldes do art. 374 do CPC, não há motivos para comprovar suas alegações, pois tanto o auto de infração quanto o despacho decisório apenas apontam que as mercadorias foram localizadas no estabelecimento da Recorrente, mas não estavam sendo comercializadas.

Aponta que, ultrapassados os argumentos acima, os efeitos da exclusão devem ocorrer a partir do Ato Declaratório Executivo.

Ao final, requereu:

Dessa forma, plenamente demonstrada a insubsistência da ação fiscal e da decisão de primeiro grau, espera e requer o Recorrente, seja acolhido o presente recurso para o fim de ser cancelado o débito fiscal reclamado.

Ademais, caso o entendimento dos Senhores seja no sentido de permanecer a decisão de exclusão do Contribuinte do Simples Nacional, o que não esperamos, pleiteia-se que esta seja apenas a partir da data do Ato Declaratório Executivo n' 001, de 14 de janeiro de 2020.

Requer, ainda, o efeito suspensivo, nos moldes do art. 37, § 3º do Decreto nº 70.235/72.

É o relatório.

## Voto

Conselheira Bárbara Santos Guedes, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência. Assim, dele tomo conhecimento.

A Recorrente foi excluída do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo BENFIS/SRRF09 nº 001, de 14 de janeiro de 2020, fl. 102, com efeitos a partir de 1.º de outubro de 2018, com base no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, em virtude da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Discordando do procedimento fiscal, a Recorrente faz extensa defesa de que não comercializava os produtos apreendidos e que não tem como fazer prova negativa (prova diabólica), declarando que não existe nos autos comprovação de estar a mesma comercializando as mercadorias apreendidas.

Tal argumento, no entanto, não merece prosperar. Isso porque foi colacionado aos presentes autos o Auto de Infração nº 0920300-66501/2019 (e-fls. 04 a 09), o qual, conforme descrição da infração, não deixa dúvidas de que as mercadorias estavam expostas à venda ou em circulação irregular no país. Inclusive, a fundamentação legal do AI foi baseado no DL nº 37/1966, art. 105, inciso X, o qual estabelece o seguinte:

“Art.105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

(...)

X- estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no país, se não for feita prova de sua importação regular;”

A Recorrente, embora ciente da autuação, não apresentou defesa, segundo Termo de Revelia constante às e-fls. 98.

Outrossim, contrariando as alegações da Recorrente, o Despacho Decisório SIMPLES/BENFIS/SRRF9ªRF nº 74/2020, às e-fls. 99 a 101, igualmente fundamentou que a Recorrente foi autuada por comercializar mercadorias de procedência estrangeira desacompanhadas de qualquer documentação que comprovasse sua internação lícita em território nacional.

Diante disso, entendo que era dever da Recorrente fazer prova de suas alegações. Não se trata de prova negativa ou diabólica, pois poderia ser feito através de relatórios de vendas, notas fiscais de venda do período fiscalizado, para demonstrar que não comercializava as mercadorias. Porém, nada foi trazido aos autos.

Ademais, como já declinado, a Recorrente embora tenha participado do momento de apreensão das mercadorias e da lavratura do Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias processo n.º 10925.743799/2018-91, abrindo-se-lhe prazo para defesa, ou para apresentar documentos e prestar informações e esclarecimentos, ou para impugnar a peça de autuação, a Recorrente optou por manter-se em silêncio e não oferecer qualquer instrumento de defesa.

Desta forma, tornou-se definitiva tanto a pena de perdimento das mercadorias, como a situação ensejadora da apreensão e posterior perdimento do bem.

Isso porque, atualmente, o rito de julgamento do processo referente à pena de perdimento está prevista no art. 774 do Decreto nº 6.759/09 (Regulamento Aduaneiro – RA), que prevê a instância única, cabendo aos Delegados da Receita Federal do Brasil e Inspetores-Chefes da Receita Federal do Brasil aplicar pena de perdimento de mercadorias e valores, nos termos da Portaria MF nº 587/2010 (Regimento Interno da secretaria da Receita Federal do Brasil).

Uma vez considerado definitivo o procedimento administrativo que efetivou o auto de infração e o termo de guarda fiscal de mercadoria, onde essas questões deveriam ter sido questionadas, não há mais o que discutir a não ser verificar se tal circunstância já demonstrada é causa ou não de exclusão do Simples Nacional.

A jurisprudência majoritária deste Tribunal não destoa do entendimento adotado no presente voto:

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.** (Acórdão nº 1402-005.346, Relatora: Junia Roberta Gouveia Sampaio, Data:21/01/2021) – Grifou-se.

LIMITES DO PROCESSO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. EXCLUSÃO MANTIDA O processo trata exclusivamente da exclusão do Simples Nacional em decorrência da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. Assim, desbordam dos limites do presente feito as alegações que visam tornar insubsistente o auto de infração que aplicou a pena de perdimento das mercadorias, que é controlado em outro processo e que já foi decidido de forma definitiva na esfera

administrativa. Exclui-se de ofício do SIMPLES, dentre outras hipóteses, a pessoa jurídica que comercializar objeto de contrabando e descaminho. A exclusão do Simples foi efetuada após a aplicação da pena de perdimento de mercadoria. **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.** SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SUMULA CARF 02. O ato de exclusão de ofício é vinculado e não é dado à autoridade administrativa deixar de aplicar a norma cogente em razão de considerações de cunho principiológico, mormente o princípio da insignificância, que é afeto ao direito penal. (Acórdão nº 1301-004.849, Relatora: Bianca Felícia Rothschild, Data: 11/11/2020) – Grifou-se.

Do voto condutor do último acórdão cuja ementa foi transcrita, da lavra da relatora Bianca Felícia Rothschild, pinça-se trecho adotando-o como complemento da fundamentação as minhas razões de decidir:

“(…)

Ausência de comercialização Alega a Recorrente que o estabelecimento comercial da pessoa jurídica representada, jamais comercializou qualquer modalidade de cigarros, muito menos oriundos de contrabando.

Defende que as 590 carteiras de cigarros apreendidas pela Autoridade Fiscal no estabelecimento da pessoa jurídica representada, o que corresponde a aproximadamente 29 (vinte e nove) caixas contendo 20 (vinte unidades) cada uma, não estavam expostos à venda, mas era utilizado para consumo próprio dos proprietários do estabelecimento comercial e seus familiares.

Mesmo assim, diante da fiscalização, os produtos (cigarro s) foram apreendidos e, conseqüentemente, lavrado o auto de infração relatando se tratar de comércio de mercadorias objeto de contrabando.

Entendo que carece de razão a Recorrente.

A maioria das alegações de mérito esgrimidas pela Recorrente dizem respeito exclusivamente à subsistência do auto de infração.

Tais alegações, desborda do escopo deste processo rediscutir a titularidade das mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, a efetiva destinação comercial destas mercadorias. Todos esses pontos dever iam ser alegados no processo nº 13971.005.029/2009 - 99.

Assim, no presente processo, tomo como ponto de partida a situação jurídica constituída por meio do auto de infração, que se tornou definitivo na esfera administrativa.

Insignificância dos Valores Frente à Receita e Da Insignificância Tributária Penal

Dentro do julgamento administrativo, o princípio da insignificância, típico do Direito Penal, não tem aplicação na espécie, que trata de mera exclusão administrativa de regime de tributação simplificado facultativo. Ou seja, não se trata aqui de norma penal, mas de infração às regras que conformam os requisitos para que os sujeitos passivos possam usufruir—de forma opcional—de um regime de tributação simplificado.

Ademais, não é dado à autoridade administrativa deixar de aplicar a norma legal cogente de exclusão de ofício quando verificada no caso concreto a hipótese normativa.

O legislador, ao positivar a hipótese normativa de exclusão de ofício por meio da Lei Complementar nº 123/2006, já ponderou os princípios constitucionais aplicáveis e não deixou margem de apreciação à autoridade administrativa quanto à ponderação da razoabilidade e da proporcionalidade. Não há no texto legal hipótese de gradação de forma a deixar de aplicar a exclusão em razão de considerações de cunho principiológico. Caso deixasse de aplicar a norma legal, a autoridade administrativa estaria violando a separação de poderes que ordena o sistema constitucional pátrio.

Também é conveniente destacar que a exclusão de ofício, nos termos determinados pela Lei Complementar nº 123/2006 não configura ato discricionário, e sim vinculado. Desta forma, não se sujeita a considerações de conveniência e oportunidade. Uma vez caracterizada a ocorrência da hipótese normativa, deve ser a norma individual e concreta de exclusão de ofício”.

Não obstante a Recorrente discordar dos fundamentos do r.acórdão em relação a prova de comercialização das mercadorias, a decisão guerreada andou bem na solução, enquadrando corretamente a hipótese de exclusão (art. 29, VII, LC nº 123/2006).

Ademais, em relação à ofensa a outros 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).

Quanto ao início dos efeitos da exclusão, também não assiste razão à Recorrente, a qual defende que o início dos efeitos deve ocorrer a partir do Ato Declaratório de Exclusão. Isso porque a própria Lei Complementar nº 123/2006, art. 29, § 1º, define a partir de quando deve ocorrer o início dos efeitos, senão vejamos:

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.

Diante disso, atribuir o início dos efeitos da exclusão a partir do mês da apreensão das mercadorias está correto.

Por fim, no que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Destarte, 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).

Isto posto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes