



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº	10935.001090/2011-20
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	1803-002.563 – 3ª Turma Especial
Sessão de	3 de março de 2015
Matéria	SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO
Recorrente	NECA'S - COMÉRCIO DE ARTIGOS P/ PRESENTES LTDA. - ME
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Exercício: 2012

EXCLUSÃO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. CABIMENTO.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á, entre outras hipóteses, quando comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho (art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006).

EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.

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. [...]. 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. (STJ - Recurso Repetitivo)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Cármén Ferreira Saraiva – Presidente

(assinado digitalmente)

Sérgio Rodrigues Mendes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Cármén Ferreira Saraiva, Meigan Sack Rodrigues, Sérgio Rodrigues Mendes, Cristiane Silva Costa, Ricardo Diefenthaler e Arthur José André Neto.

Relatório

Por bem retratar os acontecimentos do presente processo, adoto o Relatório do acórdão recorrido (fls. 104 e 105 – numeração digital - ND):

Trata-se de manifestação de inconformidade apresentada contra ato de exclusão do Simples Nacional (fl. 54), com efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2011, por haver o contribuinte comercializado mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, conforme apurado pela fiscalização (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, *caput*, VII, e § 1º).

2. Cuidava-se de vários brinquedos e artigos de origem estrangeira, que, por haverem ingressado no País em situação irregular, foram apreendidos e perdidos em procedimento que tramitou no processo nº 10935.001088/2011-51 (fls. 6/53).

3. Cientificado da exclusão, em 08.06.2011 (fl. 55), o contribuinte apresentou reclamatória em 06.07.2011 (fls. 57/69), requerendo o cancelamento do ato de exclusão, à luz dos seguintes motivos:

(i) Antes do ato de exclusão, lavrado que foi no mesmo dia do auto de infração e apreensão de mercadoria, não lhe foi franqueado o contraditório e a ampla defesa, de modo que a exclusão só poderia se dar após conclusão do processo de apreensão e perdimento, em cujo seio está suspensa, por reclamação, a medida administrativa expropriatória (art. 151, III, do Código Tributário Nacional);

(ii) Ausência de proporcionalidade da exclusão, por não se haver sopesado, na exata medida, o faturamento do contribuinte;

(iii) Ante o valor das mercadorias desencaminhadas (R\$ 1.803,67), muito inferior ao mínimo exigido pela legislação para que possa ensejar eventual execução fiscal (art. 20 da Lei nº 10.522, de 2002), é aplicável ao caso o princípio da insignificância, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (HC nº 92.438/PR);

(iv) Os efeitos da exclusão devem se produzir a partir do comunicado da exclusão, e não propriamente do fato da apreensão, sob pena de se configurar retroação ilícita.

4. Pede, subsidiariamente, o sobrerestamento do processo de exclusão até o julgamento final do auto de infração e apreensão de mercadoria, a fim de evitar decisões conflitantes.

2.

A decisão da instância *a quo* foi assim ementada (fls. 103 - ND):

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011

AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRABANDO OU DESCAMINHO. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

O auto de infração de apreensão e perdimento de mercadoria comercializada, oriunda de contrabando ou descaminho, não consubstancia pressuposto ou requisito

de validade do ato de exclusão do Simples, mas condição sua, interferindo apenas no plano de sua eficácia. Dessa forma, a edição do ato de exclusão não pressupõe a formalização do auto de infração ou conclusão do seu processo. Para deflagrar o processo de afastamento do Simples, é suficiente a representação da autoridade fiscal que detectar um dos motivos que possam ensejar a exclusão de ofício do contribuinte. Visando assegurar-lhe o devido processo legal, deve-se condicionar a eficácia do ato de exclusão à constituição definitiva do crédito tributário.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

3. Cientificada da referida decisão em 18/12/2013 (fls. 115 - ND), a tempo, em 15/01/2014, apresenta a interessada Recurso de fls. 118 a 133 - ND, nele reiterando os argumentos anteriormente expendidos (excetuado o pedido de sobreaviso do processo de exclusão até o julgamento final do auto de infração e apreensão de mercadoria, a fim de evitar decisões conflitantes).

Em mesa para julgamento.

Voto

Conselheiro Sérgio Rodrigues Mendes, Relator

Atendidos os pressupostos formais e materiais, tomo conhecimento do Recurso.

4. Conforme consta da Representação Fiscal de fls. 1 a 3, no processo nº 10935.001088/2011-51 foi lavrado, em data de 15/02/2011, Auto de Infração e Apreensão de Mercadoria (fls. 4 a 6), caracterizando a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

5. Referido Auto de Infração está assim fundamentado (fls. 4):

Mercadoria estrangeira encontrada na zona secundária, introduzida clandestinamente no País ou importada irregular ou fraudulentamente; exposta à venda, depositada ou em circulação comercial, sem documentação comprobatória de sua regular importação.

6. Em resposta à impugnação a esse auto, naquele processo, foi elaborado o Parecer Técnico Conclusivo SAORT nº 069/2011, assim ementado (fls. 49):

Aplica-se a pena de perdimento às mercadorias estrangeiras que deram entrada no país sem comprovação de sua importação regular, conforme art. 689, X, e art. 690 do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 6.759 /2009.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

7. Com base no referido Parecer Técnico Conclusivo, foi **aplicada a pena de perdimento das mercadorias apreendidas**, em data de 16/05/2011, em decisão da qual não mais é cabível qualquer recurso na esfera administrativa (fls. 50).

8. Reclama a Recorrente que, antes do ato de exclusão, não lhe foi franqueado o contraditório e a ampla defesa.

9. Porém, o próprio art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, por ela mesma citado, deixa claro que o contencioso administrativo é **posterior** – e não anterior – à exclusão procedida de ofício (grifou-se):

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

10. Assim, **inexistiu** qualquer ofensa ao devido processo legal, eis que se tratou de procedimento devidamente assente em lei (complementar).

11. Reclama, ainda, a Recorrente que a exclusão só poderia se dar após conclusão do processo de apreensão e perdimento, em cujo seio estaria suspensa, por reclamação, a medida administrativa expropriatória (art. 151, inciso III, do Código Tributário Nacional).

12. Sucedeu que constou da própria Representação Fiscal – Exclusão do Simples Nacional, datada de 15/02/2011 (fls. 3):

3.2. Assim, proponho que, após a emissão de Termo de Revelia ou Parecer Técnico confirmando a aplicação da pena de perdimento das mercadorias de procedência estrangeira relacionadas no processo administrativo de perdimento de mercadorias nº 10935.001088/2011-51, cópia de tal documento seja anexada ao presente processo, e que este seja encaminhado à chefia da SAANA/DRF/CASCAVEL/PR, para emissão de Termo de Exclusão do SIMPLES NACIONAL do sujeito passivo aqui representado.

13. Por sua vez, o Termo de Exclusão do Simples Nacional – TESN nº 005/2011, apesar de também datado de 15/02/2011 (fls. 51) – mesma data do Auto de Infração e Apreensão de Mercadoria -, somente foi cientificado à ora Recorrente em **08/06/2011** (fls. 52), ou seja, **posteriormente à efetiva aplicação da pena de perdimento de mercadorias apreendidas**, quando já não mais pendente de decisão a apreensão efetuada.

14. Com relação aos alegados princípios da proporcionalidade e da insignificância, trata-se de vetores não agasalhados pela Lei Complementar nº 123, de 2006, a qual não faz qualquer distinção quanto ao faturamento da empresa excluída do Simples Nacional, quanto aos valores das mercadorias objeto de contrabando ou descaminho ou, ainda, quanto aos tributos supostamente devidos em face da irregular importação:

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

[...];

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

15. Veja-se, por pertinente, que a jurisprudência citada pela Recorrente (HC nº 92.438-PR, do Supremo Tribunal Federal – STF) reporta-se, expressamente, aos princípios que regem o Direito Penal (“Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal”), e não ao Direito Tributário, como é o presente caso (exclusão do Simples Nacional).

16. Analisa-se, na sequência, a alegação da Recorrente de que os efeitos da exclusão do Simples Nacional devem se produzir a partir do comunicado da exclusão, e não propriamente do fato da apreensão, sob pena de se configurar retroação ilícita.

Recursos repetitivos (STJ)

17. Dispõe o art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RI-CARF), aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, com

as alterações das Portarias MF nºs 446, de 27 de agosto de 2009, e 586, de 21 de dezembro de 2010 (grifou-se):

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

18. 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) (válido também para o Simples Nacional):

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. ALEGAÇÕES GÊNERICAS. SUMULA 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 retroagiram 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)

19. **Não procede** a alegação da Recorrente, estando correto, também neste ponto, o Termo de Exclusão do Simples Nacional – TESN nº 005/2011.

20. Menciono, por fim, os seguintes precedentes administrativos, todos unâimes:

Acórdão nº 1801-01.052, de 14/07/2012 – 1ª Turma Especial:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES. CONTRABANDO/DESCAMINHO.

Apreendida no estabelecimento comercial mercadoria fruto de contrabando ou de descaminho, correta a exclusão da empresa do regime de tributação unificado, diferenciado e favorecido Simples Nacional, por força da norma que disciplina o favor fiscal.

Acórdão nº 1802-002.008, de 12/02/2014 – 2ª Turma Especial:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

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 nº 123/2006).

Acórdão nº 1803-001.932, de 10/10/2013 – 3ª Turma Especial:

Assunto: Simples Nacional

Exercício: 2009

EXCLUSÃO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. CABIMENTO.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Conclusão

Em face do exposto, e considerando tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Sérgio Rodrigues Mendes