



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



**Processo nº** 10935.003574/2011-11  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** **1401-004.758 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 17 de setembro de 2020  
**Recorrente** DILSEO BACK EPP  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2011

LIMITES DO PROCESSO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

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.

DILIGÊNCIA. OITIVA DO RECORRENTE E DE TESTEMUNHAS. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

Na espécie, as diligências para oitiva da recorrente e de testemunhas são desnecessárias, visto que requeridas no contexto de tornar insubsistente o auto de infração controlado em processo diverso do presente feito. Desta forma, os pedidos devem ser indeferidos.

JUNTADA DE NOVAS PROVAS. PEDIDO GENÉRICO. INDEFERIMENTO.

O pedido genérico de juntada de novos elementos probatórios a qualquer momento não encontra respaldo na legislação de regência do processo administrativo fiscal.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2011

SIMPLES NACIONAL. 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 em razão de considerações de cunho principiológico, mormente o princípio da insignificância, que é afeto ao direito penal.

**SIMPLES NACIONAL. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EFEITOS  
RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.**

A opção pelo Simples Nacional pode ser revista pela Administração Tributária dentro do prazo decadencial. No caso de comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho, a exclusão deve produzir efeitos desde o mês em que constatada a infração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar a arguição de nulidade do processo, indeferir o pedido genérico de juntada de novas provas e de realização de diligências e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Nelso Kichel, Letícia Domingues Costa Braga, Eduardo Morgado Rodrigues e Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

## **Relatório**

Trata o presente processo do Ato Declaratório Executivo emitido em 04 de abril de 2012, por meio do qual a autoridade administrativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB excluiu o contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, a partir de 01/04/2011.

A razão apontada pela autoridade fiscal para a exclusão do Simples Nacional foi a comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho, nos termos do artigo 29, VII, da Lei Complementar nº 123/2006.

A exclusão do Simples Nacional decorreu de representação elaborada por autoridade administrativa da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Cascavel/PR, por meio da qual deu-se notícia da autuação do sujeito passivo com o perdimento de mercadorias de

procedência estrangeira sem a devida comprovação do regular ingresso em território nacional, conforme Auto de Infração e Apreensão de Mercadoria controlado no processo administrativo n.º 10935.003572/2011-14.

No processo n.º 10935.003572/2011-14, a contribuinte apresentou impugnação ao auto de infração. Contudo, por meio do Despacho Decisório n.º 166/2011, o auto de infração foi considerado procedente e foi mantida a aplicação da pena de perdimento da mercadoria. Nos casos de pena de perdimento, a decisão da impugnação é feita em instância única, conforme artigo 27 do Decreto-Lei n.º 1.455/1976. Portanto, a decisão veiculada pelo Despacho Decisório é definitiva.

Após a juntada no presente processo de cópia do Despacho Decisório emitido no processo n.º 10935.003572/2011-14, a autoridade fiscal elaborou a Informação Fiscal SEORT DRF/FOZ n.º 141/2012, que embasou o Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples Nacional.

Irresignada com a decisão administrativa, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade.

Em apertada síntese, na peça de defesa, a contribuinte questionou a propriedade da mercadoria, a comprovação de que a houvesse efetivamente comercializado, a correta identificação do sujeito passivo e pugnou pela aplicação do princípio da insignificância. Ademais, teriam ocorrido falhas procedimentais que maculariam o auto de infração e levariam à sua nulidade. Peço licença para reproduzir parte do relatório elaborado pela autoridade julgadora de primeira instância que resume as razões lançadas pela contribuinte na manifestação de inconformidade:

Inconformado com a exclusão, o interessado apresentou manifestação, alegando, em síntese, que:

- a mercadoria apreendida pertencia a Roberdan Westphalen Hutt, que apenas havia deixado temporariamente as sacolas na residência do empresário, sem o conhecimento deste (conforme faz prova a declaração firmada pelo Sr. Roberdan);
- na ocasião da apreensão a mercadoria encontrava-se depositada em sua residência, e não em seu estabelecimento comercial, sendo certo que a residência situa-se ao lado do estabelecimento comercial, mas um endereço não pode ser confundido com outro, sob pena de prejudicar a imagem e as atividades do estabelecimento;
- prova de que o empresário não era o proprietário da mercadoria é o fato de que os policiais que realizaram a busca não efetuaram a sua prisão em flagrante pela prática do crime previsto no artigo 334 do Código Penal;
- a lei prevê a exclusão do Simples Nacional apenas quando constatada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, não mencionando a mera posse;
- não pode ser admitida a presunção de que houve comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho, haja vista que as caixas de cigarros estavam envolvidas em sacolas e não em maços expostos à comercialização;
- o requerente exerce suas funções de comerciante no Distrito de São Clemente, Município de Santa HelenaPR, desde 1989, ou seja, há mais de 20 anos, sem nunca ter enfrentado situação semelhante à descrita no presente processo;

- o ato de exclusão do requerente do Simples Nacional deve ser declarado nulo, lavrando-se outro auto de infração em seu lugar, em desfavor da pessoa de Roberdan Westphalen Hutt, efetivo proprietário da mercadoria apreendida;
- alternativamente, caso não se entenda pela responsabilização do Sr. Roberdan, deve ser efetuada a substituição do autuado, devendo passar a constar a pessoa física de Dilseo Back (CPF nº 503.078.27968) em vez do empresário individual (CNPJ nº 81.739.195/000198);
- embora o requerente “Dilseo Back – ME” seja um empresário individual, confundindo-se com a pessoa natural de “Dilseo Back”, é fato incontroverso que se trata de empresa inscrita no CNPJ e que possui nome fantasia, a qual recebe tratamento tributário e administrativo de pessoa jurídica;
- os agentes da Polícia Federal e da Polícia Militar “Força Samuray” estiveram na residência do empresário e apreenderam as mercadorias importadas irregularmente, mas ao proceder à autuação os agentes federais lavraram o auto de infração em nome da empresa, atitude que não se afigura correta;
- a participação da empresa no Simples Nacional afigura-se como principal elemento de incentivo para sua própria existência, já que se resume a um empreendimento de pequeno porte, em uma localidade de menos de cinco mil habitantes;
- o artigo 87 da Lei nº 4.502/64 estabelece que na falta de identificação do proprietário da mercadoria deve ser responsabilizado o seu detentor, de forma que a autuação em nome da empresa afigura-se totalmente incorreta e ilegal;
- as cópias atualizadas das matrículas dos imóveis, bem como os comprovantes de residência e as fotografias ora anexadas, demonstram que o estabelecimento Dilseo Back – ME encontra-se situado ao lado da residência em que foram apreendidas as mercadorias;
- houve falhas procedimentais que acarretam a nulidade do Auto de Infração e Apreensão de Mercadoria, por descumprimento dos requisitos previstos no artigo 10 do Decreto 70.235/72;
- a lavratura foi feita em Cascavel/PR e a apreensão das mercadorias se deu no Distrito de São Clemente (Município de Santa Helena);
- não é possível determinar com certeza a data em que se deu a apreensão da mercadoria; não há prova de que o representante legal da autuada tenha sido cientificado da possibilidade de acompanhar a deslacreção dos volumes apreendidos;
- a cobrança do crédito tributário correspondente à multa aplicada por meio do Auto de Infração e Apreensão de Mercadorias esbarra no princípio da insignificância e, por via transversa, torna impossível a aplicação da punição prevista no art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123/2006;
- a referida multa foi de R\$ 9.606,00, enquanto a legislação determina o arquivamento de ações fiscais cujo valor não exceda R\$ 10.000,00;
- a jurisprudência já consolidou entendimento de que deve ser declarada a extinção da punibilidade do acusado nos processos referentes a contrabando e descaminho relativos a impostos cujos valores sejam inferiores a R\$ 10.000,00;
- havendo perdimento da mercadoria, como ocorreu no caso, não há que se falar em incidência de PIS, COFINS, II e IPI, sob pena de ofensa ao princípio da razoabilidade;
- considerando que o valor da multa imposta em razão dos 4.803 maços de cigarros apreendidos na residência do requerente resultou em R\$ 9.606,00, valor inferior a R\$

10.000,00, deve ser aplicado o princípio da insignificância, arquivando-se o auto de infração.

Ao final, com base nesses argumentos, o interessado requereu: 1) o reconhecimento da sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo do auto de infração; 2) a declaração de nulidade do processo fiscal em face da inobservância do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório; 3) a aplicação do princípio da insignificância, haja vista que o crédito tributário não ultrapassará a quantia de R\$ 10.000,00; 4) a produção de todos os meios de prova em direito admitidos; 5) a juntada de documentos.

Em primeira instância, a manifestação de inconformidade foi julgada improcedente. O Acórdão n.º 06-41.677 da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

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

A comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho constitui motivo para exclusão da empresa do Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Na decisão de piso, a autoridade julgadora asseverou que a responsabilidade da contribuinte (Dilseo Back, CNPJ 81.739.195/0001-98) pelas mercadorias objeto de contrabando ou descaminho já havia sido definitivamente estabelecida na decisão proferida no processo n.º 10935.003572/2011-14 e que tal controvérsia desbordaria do escopo do presente processo. Ademais, diante dos fatos narrados, o julgador de piso entendia que, no mérito, não assistia razão ao contribuinte.

Inconformado com a decisão de piso, o contribuinte interpôs recurso voluntário. Na peça recursal, após reiterar as alegações lançadas na manifestação de inconformidade, o recorrente pugnou pela aplicação de feitos “*ex-nunc*” ao Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples Nacional. Cito trecho do recurso:

Assim sendo e, considerado que o contribuinte fora comunicado quanto à decisão de exclusão do “Simples Nacional” apenas em data de 12/04/2012, ou seja, cerca de um ano após os fatos e oito meses depois da decisão proferida pela Receita Federal, entende-se que o mesmo não pode ser compelido a enfrentar os pesados efeitos retroativos da decisão (efeitos *ex tunc*), razão pela qual deve a referida decisão produzir efeitos apenas a partir de 12/04/2012, ou seja, apenas a partir de sua ciência quanto à decisão que determinou a sua exclusão do “Simples Nacional” (efeitos *ex nunc*).

Ao final, a recorrente pediu:

- **declaração de nulidade do processo** “*tendo em vista que não foram observados os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório por ocasião da lavratura do auto de infração*” e demais atos que o embasaram;

- **reconhecimento da inexistência de responsabilidade** no tocante à infração que consta do auto de infração;

- **alteração do polo passivo da autuação**, com a substituição da pessoa jurídica pela pessoa física;

- **aplicação do princípio da insignificância** para tornar sem efeito a cobrança da multa de que trata o processo n.º 10935.720420/2012-61 e afastar a hipótese de exclusão do Simples Nacional;

- **produção dos efeitos da exclusão do Simples Nacional a partir da data da ciência do ADE** (“*ex nunc*”).

Requeru também juntada de novos elementos de prova, além daqueles que instruíram a peça recursal, bem como a oitiva da requerente e das autoridades fiscais e policiais.

Após a interposição do recurso voluntário, o contribuinte juntou aos autos a decisão proferida no processo n.º 10935.720420/2012-61 pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo. O processo trata da multa por infração às medidas de controle fiscal relativas a fumo, cigarro e charuto de procedência estrangeira e também é decorrente do procedimento de apreensão de mercadorias de procedência estrangeira (cigarros) de que trata o processo n.º 10935.003572/2011-14. A decisão foi favorável ao contribuinte em razão de dúvida acerca da responsabilidade pela infração. Trago à colação parte do voto condutor do Acórdão n.º 16-93.013:

O que se aprecia em processo, seja no âmbito administrativo ou no judicial, é considerando sempre a verdade do que consta dos autos; é a formalidade imposta pelo devido processo legal; perfeitamente cabível a distinção, por conta da formalidade legal, em se estabelecer o correto tratamento quanto a atribuição de responsabilidade (ainda mais quanto à chamada responsabilidade objetiva que essencialmente decorre de formalidade legal) delimitando a ação, se praticada como empresa ou como pessoa física; no caso dos autos, efetivamente, prevalece a dúvida de como procedeu a apreensão dos cigarros irregulares; a impugnação afirma que foi na residência do autuado, caso em que a sujeição passiva deve ser atribuída, se for o caso, à pessoa física DILSEO BACK; se as mercadorias irregulares fossem encontradas no estabelecimento explorado pelo mesmo, então, a sujeição passiva deve ser atribuída a DILSEO BACK com CNPJ; isto tem relevância, na medida em que, conforme aduzido na impugnação, afeta o exercício de sua atividade exercida como cidadão; simplesmente alegar que estando os endereços da residência e do estabelecimento comercial em rota de tráfego de produtos oriundos do Paraguai não bastam para legitimar a ilação de que prática do ilícito – posse de cigarro irregular acarrete conseqüências, além do previsto em lei como penalidade específica para situação definida em lei; no caso presente, a confusão se estabelece porque a figura de DILSEO BACK tem essas duas facetas, quais sejam, a de pessoa física e de pessoa jurídica.

Assim sendo, com a mais considerada vênua ao entendimento da Fiscalização quando rejeitou os argumentos apresentados na impugnação ao processo de perdimento, cuja penalidade atinge essencialmente a mercadoria irregular (perdimento da mercadoria), a sujeição passiva indicada a par da formalidade legal, tem reflexos outros que

extrapolam os efeitos em relação à determinação da correta sujeição passiva; trata-se, simplesmente, de determinar a responsabilidade efetiva de quem está previsto como sujeito da ação tipificada na lei como INFRAÇÃO ÀS MEDIDAS DE CONTROLE FISCAL RELATIVA A FUMO, CIGARRO, CHARUTO DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA, nos precisos termos do art. 2º e 3º, parágrafo único, do Decreto-lei nº 399, de 1968, acima transcrito; salienta-se, outrossim, que referido ilícito por conceituar-se como crime ou contravenções, a responsabilidade é pessoal do agente e, a considerar sob esse enfoque e como noticiado na impugnação, ainda que não comprovada, dúvida existe quanto à autoria a ser atribuída ao ora impugnante; para esse efeito, há que se reconhecer fragilidade no relato da fiscalização, na presente ação fiscal, que sucintamente reporta à entrega dos cigarros apreendidos pela Polícia Militar, sem qualquer dados pormenorizados quando à ocorrência dos fatos a estabelecer o nexo de causalidade – fato delituoso e autoria.

Em síntese, era o que havia a relatar.

## **Voto**

Conselheiro Carlos André Soares Nogueira, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

### **Nulidade do processo.**

Conforme visto no relatório, a recorrente alega que houve erro na identificação do verdadeiro proprietário das mercadorias que teriam sido objeto de contrabando ou descaminho. Também alega que não haveria prova de que a mercadoria houvesse sido comercializada ou minimamente, que a propriedade seria da pessoa física e não da pessoa jurídica que foi excluída do Simples Nacional.

Nesse contexto, pugna pela nulidade do presente processo nos seguintes termos:

No caso em tela, conforme já aduzido por ocasião à impugnação ao processo de aplicação de pena de perdimento da mercadoria apreendida, consoante se verifica do termo de retenção e lacração de volumes e do auto de infração e apreensão de mercadoria (fls. 81 e 77, respectivamente), todos os documentos foram lavrados na cidade de Cascavel/Pr, sendo que no termo de retenção e lacração de volumes constaram as seguintes informações:

[...]

De uma análise ainda que meramente superficial das informações contidas no termo de retenção e lacração de volumes, verifica-se que resta impossível determinar-se, com certeza, a data da apreensão da mercadoria referida no auto de apreensão, situação esta que compromete a legalidade de referido documento que, de acordo com o Decreto n.º 70.235/72, deveria ter sido lavrado no local da verificação da infração, para que o autuado pudesse acompanhá-lo, ficando ciente acerca dos atos administrativos que se desencadeariam a partir de então.

Por outro lado, embora conste, expressamente, do termo de retenção e lacração de volumes de fls. 81, orientação no sentido de que autuado poderia comparecer na Unidade da Receita Federal do Brasil para acompanhar a deslactração dos volumes apreendidos, não há nos autos, prova no sentido de que o representante legal da autuada tenha sido cientificado de tal possibilidade, situação que, igualmente, invalida o processo administrativo fiscal, já que afronta os princípios constitucionais do devido processo legal e do direito à ampla defesa e contraditório, previstos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Isto posto, não obstante a decisão da 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba/Pr, entende-se que as falhas procedimentais ora apontadas, invalidam o processo fiscal a que encontra-se submetido o requerente, devendo, em razão disso, ser o mesmo anulado e, posteriormente, determinado o seu arquivamento, já que representam vícios insanáveis, em razão da impossibilidade de se retornar no tempo para que o auto de infração possa ser regulamente lavrado no local da ocorrência da falta e para que o representante legal da autuada possa comparecer no local, data e horário em que fora procedida a deslactração dos volumes apreendidos

É cristalino que todas as alegações dizem respeito à subsistência do auto de infração controlado no processo nº 10935.003572/2011-14. A recorrente, em suas alegações, não aponta nenhuma mácula no presente processo, que trata exclusivamente da exclusão do Simples Nacional.

A reabertura da controvérsia acerca da validade do auto de infração que impôs à contribuinte a pena de perdimento das mercadorias objeto de contrabando ou descaminho desborda do escopo do presente objeto, pois, como visto, a matéria já foi julgada definitivamente, em instância única, no processo nº 10935.003572/2011-14.

Portanto, neste ponto, voto por afastar as alegações de nulidade do presente processo.

### **Mérito.**

À semelhança da fundamentação exposta acima, penso que diversas alegações de mérito esgrimidas pela recorrente dizem respeito exclusivamente à subsistência do auto de infração.

Como dito, desborda do escopo deste processo rediscutir a correta identificação do sujeito passivo, a titularidade das mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, a efetiva destinação comercial destas mercadorias. Todos esses pontos foram alegados no processo n.º 10935.003572/2011-14 e foram definitivamente decididos em instância única.

Não exacerba destacar que a autoridade administrativa da RFB, ao julgar a impugnação ao auto de infração por meio do Despacho Decisório n.º 166/2011 afastou as alegações acerca da titularidade das mercadorias e da destinação comercial das mesmas asseverando que estas foram encontradas no estabelecimento comercial, que vende produtos em geral, inclusive cigarros. Cito suas palavras:

2.1. Da análise do presente processo, constata-se que a mercadoria foi apreendida na sede da empresa denominada Dilseo Back, pela Polícia Federal, por não estar acobertada por documentação fiscal comprobatória de regular importação do produto. Referida empresa tem como atividade o comércio de produtos em geral e está situada no distrito de São Clemente, município de Santa Helena, as margens do lago Itaipu, limite com o Paraguai.

2.2. Em sua impugnação, a empresa traz ao processo declaração do Sr. Roberdan Westphn Hutt, relatando que em data que não se recorda, estava se dirigindo para pescar quando encontrou abandonada, as margens do lago de Itaipu diversas caixas e sacolas contendo em seu interior maços de cigarros de origem estrangeira. No dia seguinte, se dirigiu até a residência de Dilseo Back, e somente encontrou a sua mãe. Solicitou autorização para ali deixar a mercadoria por algumas horas, dizendo que as embalagens somente continham roupas e objetos de uso pessoal. A tarde, quando se apresentou para a retirada das mercadorias, foi informado de que as mesmas tinham sido apreendidas pela Polícia Federal.

2.3. Não é possível aceitar as alegações do contribuinte de que as mercadorias não eram de sua propriedade. Elas foram apreendidas em seu estabelecimento comercial, que também comercializa cigarros. Quanto a alegação de ingenuidade da senhora que supostamente recebeu as mercadorias há de se lembrar que é de conhecimento geral que a localidade onde foi efetuada a apreensão das mercadorias é rota comumente utilizada por contrabandistas para colocação de mercadorias em território nacional. Ademais, pela quantidade (08 sacolas e caixas) e suas características (embalagem, cheiro), é difícil imaginar que seus moradores não saibam diferenciar roupas pessoais de cigarro.

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. Reproduzo trecho do documento, na parte que narra a situação das mercadorias e a responsabilidade por elas:

 <p>SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM CASCAVEL SEÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO ADUANEIRA - SAANA EQUIPE DE REPRESSÃO ADUANEIRA - ERA</p>		<p><b>AUTO DE INFRAÇÃO E APREENSÃO DE MERCADORIA</b> <b>Nº 10935.003572/2011-14</b> DATA: 22/08/2011 HORA: 09:56</p>	
<b>DADOS DO INTERESSADO</b>			
Nome/Razão Social DILSEO BACK	RG NI	UF RG NI	CPF/CNPJ 81.739.195/0001-98
Outros Documentos	Nome da Mãe		Data Nascimento
Endereço (Rua,Av.) AV PRINCIPAL		Nº S/N	Complem. CEP 85892000
Bairro SÃO CLEMENTE	Município SANTA HELENA		UF PR
<b>DESCRIÇÃO DOS FATOS</b>			
<p>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.</p> <p>As mercadorias que se encontram discriminadas abaixo foram encontradas em poder do(s) autuado(s) acima qualificado(s), desacompanhadas de documentação fiscal, quando foram retidas pela Polícia Federal e Força Samuray, PF Teles – Mat. 15474 e Soldado Barcelos – RG 5966377-1, durante operação de fiscalização ao contrabando e descaminho, no Distrito de São Clemente, município de Santa Helena/PR, conforme descrito no Termo de Retenção e Lacração de Volumes, de 15/04/2011.</p> <p>O importador de cigarros deve ser constituído sob a forma de empresa e ter inscrição em Registro Especial junto a Receita Federal, sem o qual não poderá realizar importações desse produto, conforme dispõem a Instrução Normativa SRF nº 770/2007 e o artigo 47 da Lei 9.532/97.</p> <p>As mercadorias estão sendo apreendidas para aplicação da pena de perdimento, conforme enquadramento legal que segue, e foram encaminhadas para o Depósito de Mercadorias Apreendidas da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Cascavel para as providências legais pertinentes.</p> <p>OBSERVAÇÃO – O proprietário da empresa autuada é DILSEO BACK, CPF 503.078.279-68, Av. Principal, 424, São Clemente – Santa Helena/PR – CEP 85892-000.</p>			

Destarte, com a devida vênia em relação à DRJ/São Paulo, que adotou entendimento diverso no processo nº 10935.720420/2012-61, tenho que devam ser afastadas as alegações contidas nos seguintes tópicos do recurso voluntário, que tratam exclusivamente de matéria afeta à subsistência do auto de infração: I- Quanto à identificação do proprietário da mercadoria apreendida e II – Da confusão entre a pessoa física (CPF) e o empresário individual (CNPJ).

Passo a apreciar as alegações atinentes ao princípio da insignificância e ao momento em que a exclusão de ofício deve passar a produzir efeitos.

### **Princípio da insignificância.**

Inicialmente, é preciso salientar que as argumentações da recorrente acerca dessa matéria dizem respeito à aplicação da multa de que trata o processo nº 10935.720420/2012-61, como se observa no seguinte trecho:

Sendo assim, considerando que o valor da multa imposta em razão dos 4.803 (quatro mil oitocentos e três) maços de cigarros, apreendidos na residência do ora requerente, resultou em R\$ 9.606,00 (nove mil seiscentos e seis reais), inferior, portanto, a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), **entende-se que deve ser aplicado ao processo sob n.º 10935.720.420/2012-61, o Princípio da Insignificância, introduzido à legislação fiscal, por intermédio do artigo 20 da Lei n.º 10.522/2002, arquivando-se, via de consequência, o auto de infração indicado em epígrafe, ante a impossibilidade de posterior ajuizamento de ação executiva.**

Contudo, ao final, como relatado anteriormente, a recorrente pediu a aplicação do princípio da insignificância também neste processo, que trata de exclusão do Simples Nacional.

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 n.º 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 n.º 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.

Por fim, é preciso lembrar que escapa da competência dos julgadores administrativos deixar de aplicar norma legal por considerações de inconstitucionalidade, conforme determina a Súmula CARF n.º 02, *verbis*:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Destarte, nesse ponto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

### **Produção de efeitos do Ato Declaratório Executivo (efeitos “*ex nunc*”).**

No recurso voluntário, a recorrente defendeu que a exclusão do contribuinte do Simples Nacional somente poderia produzir efeitos a partir da data em que houve a ciência do

Ato Declaratório Executivo (*ex nunc*) ao invés de produzir efeitos a partir do mês em que foi constatada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho (*ex tunc*).

Penso que a pretensão da recorrente contraria frontalmente a previsão legal.

Não é demais ressaltar que a apuração tributária simplificada que caracteriza o Simples Nacional insere-se no contexto da sistemática do lançamento por homologação de que cuida o artigo 150 do Código Tributário Nacional:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

De acordo com a sistemática do lançamento por homologação, deve o sujeito passivo fazer a opção pelo Simples Nacional, apurar os débitos devidos de acordo com o regime escolhido e antecipar os pagamentos sem prévio exame da administração tributária. Tais atos ficam sujeitos à revisão por parte da fiscalização pelo prazo decadencial.

Neste diapasão, a norma 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. É o que se depreende da dicção do artigo 29 da Lei Complementar nº 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 desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

[...] – grifei.

**Portanto, considerando que a constatação da infração ocorreu em 15/04/2011, conforme Termo de Retenção e Lacração de Volumes, a autoridade administrativa procedeu de forma correta ao editar o Ato Declaratório Executivo e determinar que a exclusão de ofício produzisse efeitos desde 01/04/2011.**

Assim, também neste ponto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

**Juntada de novas provas e oitiva da requerente e de testemunhas.**

O pedido genérico de apresentação de novos elementos probatórios a qualquer momento não encontra respaldo na legislação de regência do processo administrativo fiscal.

O artigo 16 do Decreto nº 70.235/72 determina que a apresentação dos elementos de prova deve ser feita no momento da manifestação de inconformidade. Trata-se de uma regra geral de preclusão, cujas exceções estão previstas nas alíneas do parágrafo 4º:

**Art. 16. A impugnação mencionará:**

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e **provas que possuir**;

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição.

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

§ 2º É defeso ao impugnante, ou a seu representante legal, empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao julgador, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.

§ 3º Quando o impugnante alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o julgador.

**§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:**

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

**§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.**

[...] - grifei

Portanto, caso haja interesse do sujeito passivo de apresentar novos elementos de prova, deve peticionar de forma específica no processo, nos termos do § 5º do dispositivo legal transcrito, e declinar as razões que configurem qualquer das hipóteses das alíneas “a” a “c” do parágrafo anterior.

Dessa forma, deve-se indeferir o pedido genérico de apresentação de novos elementos de prova.

Quanto às diligências para oitivas da requerente ou de testemunhas, estas também devem ser indeferidas por serem desnecessárias para a formação da livre convicção motivada da autoridade julgadora. É o que se depreende da dicção do artigo 18 do Decreto n.º 70.235/72:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, **indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.**

[...] – grifei.

No caso, os pedidos para oitivas de testemunhas encontram-se no contexto das alegações acerca da insubsistência do auto de infração e da nulidade do processo n.º 10935.003572/2011-14. Portanto, considero que tais diligências sejam desnecessárias para o deslinde da matéria controlada no presente feito.

Voto, destarte, pelo indeferimento das diligências.

### **Conclusão.**

Voto por afastar a arguição de nulidade do processo, indeferir o pedido genérico de juntada de novas provas e de realização de diligências e, no mérito, por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira