



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

Processo nº 11065.725046/2014-19
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1001-000.505 – Turma Extraordinária / 1ª Turma
Sessão de 9 de maio de 2018
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL
Recorrente PEDRO NOLAR DOS SANTOS - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL
ANO-CALENDÁRIO 2012

O Recurso Voluntário foi apresentado após o transcurso do prazo de 30 dias da data do conhecimento da decisão de primeira instância, o que o torna intempestivo, nos termos do art. 33, do Decreto 70.235/75 .

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues, Lizandro Rodrigues de Sousa e Jose Roberto Adelino da Silva

Relatório

Trata-se Recurso Voluntário contra o acórdão, número 16-69.232, da 6ª Turma da DRJ/SPO, o qual indeferiu a Manifestação de Inconformidade contra a exclusão de ofício do Simples Nacional da pessoa jurídica acima identificada, por meio do Ato Declaratório

Executivo SEORT/DRF-NHO nº 74, de 18 de dezembro de 2014 (fl. 06), com efeitos a partir de 01/06/2012, em razão da definitividade da aplicação da pena de perdimento a que se refere o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal do processo administrativo nº 10521720303/2013-40, com fundamento no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123/2006, e no art. 76, inciso IV, alínea “f”, da Resolução CGSN nº 94/2011.

A ora recorrente apresentou uma impugnação ao referido termo. cujo acórdão da DRJ foi contrário à manifestação de inconformidade, a qual reproduzo, com a devida vênia, o voto:

Voto

5. Sendo a manifestação de inconformidade tempestiva e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, dela tomo conhecimento.

6. Na leitura da cópia do processo administrativo nº 10521720303/2013-40 (fls. 02/05), verifica-se que foi lavrado Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal contra a pessoa jurídica manifestante, tendo em vista a apreensão de mercadorias no endereço do estabelecimento da interessada, constituídas por cigarros estrangeiros sem documentação fiscal, em operação realizada em 21/06/2012.

7. A interessada então foi excluída do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO nº 74, de 18 de dezembro de 2014 (fl. 06), em razão da definitividade da aplicação da pena de perdimento, com fundamento no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123/2006, e no art. 76, inciso IV, alínea “f”, da Resolução CGSN nº 94/2011. Os efeitos da exclusão de deram a partir de 01/06/2012.

8. Cumpre esclarecer, que tais argumentações e justificativas não podem ser acolhidas, tendo em vista que referidas discussões poderiam ser abordadas em processo administrativo próprio, de nº 10521720303/2013-40, e não podem ser tratadas no presente processo, que trata da exclusão da interessada do Simples Nacional.

9. Desta forma, o litígio está relacionado às argumentações feitas pela interessada, relacionadas à exclusão do Simples Nacional, de que trata o presente processo.

Requerimento de suspensão do Ato Declaratório:

10. Quanto ao pedido para que a presente defesa seja recebida com efeito suspensivo, cumpre, de início, esclarecer que o art 151, do Código Tributário Nacional – CTN, citado pela defesa, refere-se à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e não pode ser aplicado no presente caso. Deve-se então analisar o que determina a Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Simples Nacional, e a Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94 (D.O.U. de 1º/12/2011): Lei Complementar nº 123/2006:

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.

(...)

Art. 75. *A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 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)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

§ 3º Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

11. Verifica-se, que não há previsão legal de suspensão do ato de exclusão de ofício e, portanto, tal pedido deve ser indeferido. Deve-se apenas ser observado, que conforme descrito acima, havendo impugnação, o termo de exclusão se tornará efetivo apenas quando a decisão definitiva for desfavorável à contribuinte, observando os efeitos previstos no art. 76 da

Resolução CGSN nº 94/2011.

Da exclusão de ofício do Simples Nacional:

12. Entende a defesa, que diante das dificuldades das micro e pequenas empresas, princípios constitucionais, que devem ser seguidos pelos legisladores, seriam violados, no caso de exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional.

13. Cumpre esclarecer, inicialmente, que decisão judicial mencionada pela defesa, que não possua eficácia *erga omnes*, proferida em processo do qual a interessada não tenha participado, não tem efeito vinculante em relação às decisões proferidas pelas Delegacias de Julgamento da Receita Federal. Destarte, não pode ser estendida genericamente a outros casos, somente aplicando-se à questão em análise.

14. Com relação às argumentações da defesa, no se refere à violações à princípios constitucionais no caso de exclusão do Simples Nacional, deve-se

esclarecer que as mesmas não podem ser acolhidas, tendo em vista os estreitos limites a que se encontra adstrito o julgador administrativo na análise da matéria.

15. Conforme artigo 7º, inciso V, da Portaria do Ministério da Fazenda nº 341, publicada no DOU de 14/07/2011, e artigo 116, inciso III, da Lei nº 8.112/1990, é dever do julgador observar as normas legais e regulamentares, bem como o entendimento da Receita Federal do Brasil - RFB expresso em atos normativos.

16. Pelo caráter vinculado de sua atuação, não são as instâncias administrativas o foro adequado para a apreciação de constitucionalidade de leis regularmente editadas, cabendo-lhe apenas observar a legislação em vigor. Com efeito, a apreciação de assuntos desse tipo acha-se reservada ao Poder Judiciário.

17. Por oportuno, assinale-se que tal é a determinação do Parecer Normativo da COSIT/SRF de nº 329/1970, o qual trata da incompetência dos agentes da administração para apreciação de inconstitucionalidade arguida na esfera administrativa:

Iterativamente tem esta Coordenação se manifestado no sentido de que a arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

18. Também a PGFN já oficializou este entendimento, por meio do Parecer PGFN/CRF nº 439/96:

(...) pois a constitucionalidade das leis sempre deve ser presumida. Portanto, apenas quando pacificada, acima de toda dúvida, a jurisprudência, pelo pronunciamento final e definitivo do STF, é que haverá ela de merecer a consideração da instância administrativa. Assim, a toda evidência, não é lícito exigir que os AFTNs passem por cima de seu dever funcional de obediência e neguem aplicação à lei ou ato normativo, cujo cumprimento a Secretaria da Receita Federal lhes imponha. O mesmo raciocínio vale para as Delegacias da Receita Federal de Julgamento, vinculadas àquela Secretaria.

19. O próprio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (antigo Conselho de Contribuintes) tem-se pautado por esse entendimento, como atesta a seguinte súmula:

Súmula CARF Nº 2

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

20. Desse modo, não cabe ao julgador administrativo apreciar as alegações relacionadas à constitucionalidade das normas, no que tange às regras de exclusão do Simples Nacional.

21. Assim, a Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Simples Nacional, disciplina a respeito da exclusão no caso da comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho, que fundamentou o Ato

Declaratório Executivo SEORT/DRFNHO nº 74/2014, e seus efeitos, nos seguintes moldes:

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.

(...)

22. Neste sentido, a Resolução CGSN nº 94/2011, assim estabelece:

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 n.º 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º) (g.n.)

(...)

f) comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

(...)

23. Como descrito anteriormente, no processo administrativo nº 10521720303/2013- 40 foi lavrado Auto de Infração e aplicada a pena de perdimento, tendo em vista a apreensão de mercadorias no estabelecimento da interessada, constituídas por cigarros estrangeiros sem documentação fiscal. Desta forma, de acordo com as normas acima citadas, é correta a conclusão de que a contribuinte incorreu na hipótese de exclusão de ofício do Simples Nacional, em razão da constatação de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

24. Assim, em respeito ao princípio da legalidade, que norteia os atos da Administração Pública, não pode ser atendida a alegação da defesa, no sentido de substituir a pena aplicada por uma mais branda, pois não estaria de acordo com as normas acima transcritas.

25. Ainda, as normas citadas são expressas no sentido de que a exclusão de ofício da pessoa jurídica do Simples Nacional, na hipótese de comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorrer na infração.

26. No presente caso, a apreensão de mercadorias foi realizada no dia 21/06/2012, data em que a interessada incorreu na hipótese de exclusão de ofício do Simples Nacional. Portanto, de acordo com as normas citadas, a partir do mês de junho de 2012 passam a produzir os efeitos da exclusão.

27. Desta forma, em respeito ao princípio da legalidade, também não pode ser atendida a solicitação da impugnante, para que os efeitos da exclusão ocorram após o recebimento do Ato Declaratório Executivo.

Demais requerimentos feitos pela defesa:

28. A defesa requer a produção de todos os meios de provas, assim como a juntada de novos documentos, caso seja necessário.

29. Cabe observar, que as provas admitidas no processo administrativo fiscal são a diligência, perícia e prova documental.

30. Nos termos do artigo 35, *caput*, e artigo 36, *caput*, do Decreto nº 7.574/2011, abaixo transcritos, devem ser indeferidos os pedidos de perícia e de diligência, por não cumprirem os requisitos legais previstos, e por serem prescindíveis no presente caso.

Art. 35. A realização de diligências e de perícias será determinada pela autoridade julgadora de primeira instância, de ofício ou a pedido do impugnante, quando entendê-las necessárias para a apreciação da matéria litigada (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 18, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993, art. 1º).

(...)

Art. 36. A impugnação mencionará as diligências ou perícias que o sujeito passivo pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, e, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito deverão constar da impugnação (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 16, inciso IV, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993, art. 1º).

(...)

§ 2º Indeferido o pedido de diligência ou de perícia, por terem sido consideradas prescindíveis ou impraticáveis, deverá o indeferimento, devidamente fundamentado, constar da decisão (Decreto nº 70.235, de 1972, arts. 18 e 28, com as redações dadas pela Lei nº 8.748, de 1993, art. 1º).

(...)

31. No tocante à prova documental, esta deve ser apresentada juntamente com a impugnação, de acordo com o § 4º do artigo 57 do Decreto nº 7.574/2011, abaixo transcrito, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo as exceções previstas. Além disso, o procedimento de juntada de novos documentos após a impugnação deve obedecer ao disposto no § 6º do art. 57, do citado Decreto, e até a presente dada, não há notícia de qualquer requerimento neste sentido:

Art. 57. A impugnação mencionará (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 16, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993, art. 1º, e pela Lei nº 11.196, de 2005, art. 113):

(...)

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 de quesitos referentes aos exames desejados, bem como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito; e

(...)

§ 1º Considera-se não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV.

(...)

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

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

II - refira-se a fato ou a direito superveniente; ou

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

(...)

§ 6º A juntada de documentos depois de apresentada a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas no § 4º.

32. Diante do exposto, **voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade.**

Voto

José Roberto Adelino da Silva Relator

A recorrente apresentou o recurso voluntário em 28/08/2015, após ter tomado conhecimento do acórdão, o que ocorreu em 22/07/2015, portanto, 37 dias após a sua ciência, o que contraria o art. 33, do Decreto 70.235/75, a seguir transcrito:

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

Portanto, o recurso é intempestivo e dele eu não conheço.

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva- Relator