



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12719.720041/2016-84
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-004.840 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de julho de 2020
Recorrente FABIO VIEIRA EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2017

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DESCAMINHO.

Comprovada a prática do crime de descaminho, procede-se a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, nos termos do art. 29, VI, ", § 1º da Lei Complementar nº 123/2006 e do art. 76, IV, "f", §2º Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Paula Santos de Abreu – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Marco Rogério Borges, Leonardo Luís Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Wilson Kazumi Nakayama (Suplente convocado), Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela contribuinte identificada acima em face do Acórdão exarado pela 2ª Turma da DRJ/CGE na sessão de 15 de março de 2018 que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela contribuinte para determinar a manutenção da exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de 04/08/2015 e impedimento à opção nos três anos-calendários seguintes, em virtude da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

I – Do Auto de Infração

2. Contra a contribuinte, foi lavrado, em 29/01/2016 auto de infração (fls. 5-6¹), com apreensão mercadoria de sua propriedade.

3. De acordo com o auto de infração, a Equipe de Repressão Aduaneira da Inspetoria da Receita Federal do Brasil em Florianópolis-SC executou operação de repressão ao contrabando e descaminho que resultou na retenção de mercadorias remetido(s) por FABIO VIEIRA 22349265803.

4. As mercadorias foram então apreendidas (fls. 10-11) e o contribuinte foi intimado a apresentar os documentos fiscais comprobatórios da regular entrada ou circulação destas mercadorias no país.

5. Não tendo apresentado impugnação, foi lavrado o Termo de Revelia (fl. 13) e Despacho Decisório para determinar a pena de perdimento da mercadoria apreendida (fl. 13).

6. Ato contínuo, foi emitido o Ato Declaratório Executivo n.º 4 de 17/04/2017 para comunicar a exclusão do Simples Nacional (fl. 27-28).

II – Da Impugnação do ADE

7. Comunicada de sua exclusão do Simples Nacional, a contribuinte ingressa com manifestação de inconformidade, na qual argumenta, em síntese, que::

- a) Preliminarmente solicita efeito suspensivo ao recurso de contestação da exclusão do Simples Nacional, nos termos do art. 61 da Lei 9.784 de 1999;
- b) Alega que no início de suas atividades, remeteu, por engano, mercadorias a um cliente sem nota fiscal;

¹ Numeração das folhas conforme processo digital

- c) de acordo com o artigo 112 do CTN, a lei de natureza tributária que instituiu uma infração e comina determinada penalidade deve ser interpretada de maneira mais favorável ao contribuinte (restritivamente). Assim, quando o art. 29 da Lei Complementar 123/2006 estabelece que o contribuinte será excluído simples quando comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, “a palavra mercadoria está grafada com a desinência típica da pluralização: o “S”; isto é, o substantivo feminino em destaque encontra-se flexionado em número. Desse modo, de acordo com a interpretação vernacular, o legislador está a exigir que mais de uma mercadoria, nas condições supracitadas, sejam comercializadas para que o fato se subsuma ao tipo sancionador em comento”.
- d) O não reconhecimento da atipicidade da conduta praticada implicaria em uma analogia *‘in malam partem’*, em franca violação ao princípio tributário do *“in dubio pro contribuinte”*.
- a) ao final, requer a reforma da decisão recorrida que a excluiu do Simples Nacional.

III – Da Decisão Recorrida

8. Ao analisar o caso, a turma julgadora entendeu que:
- a) Em relação à violação de princípios constitucionais, tais como, o da preservação da empresa e da proporcionalidade, explica que o exame de validade de dispositivo previsto em lei, tendo por parâmetros princípios constitucionais é expressamente vedado no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, a teor do art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972.
 - b) Sobre a exclusão do Simples Nacional, esclarece que a matéria é regida pela Lei Complementar nº 123/2006 e regulamentada pela Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011. O art. 76, IV, “f”, §2º, da referida Resolução estabelece que a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho enseja a exclusão do Simples Nacional com efeitos a partir do mês da ocorrência do evento. Além disso, aplica-se a penalidade de impedimento ao Simples Nacional por três anos consecutivos.
 - c) Explica que não procede a tese levantada pela defesa, de que a lei, ao inserir o vocábulo mercadoria no plural (mercadorias), estaria se referindo sempre a mais de uma mercadoria objeto de contrabando ou descaminho, vez que a expressão constante da hipótese legal de exclusão (“comercializar mercadorias”) está designada na forma plural para representar que se trata de qualquer tipo ou espécie de mercadoria objeto de descaminho ou contrabando.

Ademais verifica que conforme se extrai do Termo de Retenção de Encomenda, fls. 10/11, foram várias as mercadorias apreendidas sob suspeita de descaminho;

- d) Esclarecer que a atividade do fisco é pautada pelo princípio da estrita legalidade, e que os requisitos para ingresso ou exclusão do Simples Nacional estão previstos na legislação de maneira objetiva e não levam em consideração a capacidade ou incapacidade da empresa de suportar financeiramente essa ou aquela forma de tributação. Constatada, dessa forma, a incidência do contribuinte na situação prevista no inciso VII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, deve ser efetuada a exclusão do Simples Nacional.
- e) Acrescenta ainda que a jurisprudência administrativa não vincula esta instância de julgamento e as decisões judiciais só produzem efeitos *inter partes*, sem atingir terceiros não envolvidos no caso concreto, conforme se infere dos arts. 468 e 472 do Código de Processo Civil.

IV – Do Recurso Voluntário

9. Inconformada, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário repisando todos os argumentos já trazidos em sua manifestação de inconformidade e alegando haver contradição no acórdão recorrido porque a turma julgadora interpreta a norma de modo discricionário e, “logo no início do capítulo seguinte, explicitar que a atividade do fisco é estritamente legal e não pode ser envolta por qualquer margem de discricionariedade”.

10. Requer, por fim, seja reconhecida a atipicidade da conduta do Recorrente, reformando a decisão proferida de exclusão do SIMPLES NACIONAL ou, no caso de seu improvimento, seja alternativamente realizada a modulação dos efeitos da exclusão apenas e tão somente para após a decisão final, não retroagindo à data da citação.

É o relatório.

Voto

Conselheira Paula Santos de Abreu, Relatora.

1. O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

2. Conforme relatado, a Recorrente foi excluída do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo n.º 4, de 17/04/2017 a partir de 04/08/2015 e com impedimento à opção nos três anos-calendários seguintes, em razão da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

3. A lide portanto, cinge-se exclusivamente à exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

4. Em suma, a Recorrente apresenta em seu Recurso Voluntário os seguintes argumentos: (i) a penalidade de exclusão do Simples Nacional é bastante gravosa e atenta contra os princípios da preservação da empresa e da proporcionalidade; (ii) que a lei que estabelece a exclusão do Simples Nacional exige que tenha havido mais de uma mercadoria apreendida, objeto de descaminho ou contrabando; (iii) que o acórdão recorrido é inconsistente por interpretar a lei de forma discricionária, mas ao mesmo tempo esclarece que a aplicação da lei é vinculada; (iv) requer o efeito suspensivo do Recurso Voluntário.

5. Em relação à alegação de nulidade do processo por violação de princípios constitucionais, é imperioso esclarecer que a impossibilidade de apreciação da constitucionalidade de uma lei válida e vigente do ordenamento jurídico pátrio é matéria que se encontra sumulada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

Súmula CARF n. 2 “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária”.

6. Ressalta-se que as Súmulas editadas por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais são de observância obrigatória nos julgamentos deste órgão.

7. Quanto à tese da Recorrente de que o art. 29 da Lei Complementar 123/2006 estabelece que o contribuinte, para ser excluído de ofício simples, deveria ter comercializado **mercadorias** (no plural) objeto de contrabando ou descaminho, e não apenas uma mercadoria, insta observar que é totalmente descabida.

8. Primeiramente porque, como bem esclareceu a decisão recorrida, o sentido da palavra mercadorias (no plural), disposto na lei, carrega o significado de que se trata de qualquer tipo ou espécie de mercadoria objeto de descaminho ou contrabando.

9. Em segundo lugar, ainda que tal tese fosse factível, o que, de plano, não se sustenta, verifica-se pelo Termo de Retenção de Encomenda, que integra o Auto de Infração e

também a Representação Fiscal neste processo, foram apreendidas vários tipos e quantidades de mercadorias sem a devida documentação fiscal, configurando-se o crime de descaminho e afastando qualquer dúvida que se pudesse ter em relação à autuação, como se verifica pelo documento à fl. 10-11.

10. Ressalta-se que não se verifica qualquer inconsistência ou contradição no acórdão recorrido, que determinou a aplicação estrita da lei sem nenhuma discricionariedade, o que não seria mesmo cabível neste caso.

11. Por fim, quanto ao pedido de modulação dos efeitos para afastar a retroatividade dos efeitos da exclusão do Simples Nacional a partir de 25/02/2015, tal pedido carece de fundamentação legal, vez que a produção de efeitos da exclusão do Simples a partir do próprio mês em que incorrida a hipótese de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho e a vedação de nova opção pelo regime benéfico pelos três anos seguintes está expressamente prevista no § 1º do art. 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.

12. Da mesma forma, a Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018, que regulamenta a exclusão prevista na LC 123/2006, estabelece em seu artigo 84, IV, “f” que a exclusão do SIMPLES NACIONAL de empresa que comercializar mercadoria objeto de descaminho, como no presente caso, se dará a partir do próprio mês em que ocorreu o fato:

Art. 84. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, hipótese em que a empresa ficará impedida de fazer nova opção pelo Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

f) se a empresa comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

13. É importante, frisar, no entanto, que embora os efeitos da exclusão do SIMPLES comecem a vigor a partir do próprio mês em que incorrida a hipótese de

comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, o §5º do art. 83 da Resolução CGSN n.º 140/ 2018, estabelece que tais efeitos ficam suspensos até a definitividade da decisão administrativa desfavorável:

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

(...)

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, **após vencido o prazo de impugnação estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, sem sua interposição tempestiva, ou, caso interposto tempestivamente, após a decisão administrativa definitiva desfavorável à empresa, condicionados os efeitos dessa exclusão a esse registro, observado o disposto no art. 84.** (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

14. Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se pronunciar sobre a possibilidade da retroatividade dos efeitos da exclusão do SIMPLES em hipóteses similares, ao julgar o REsp 1.124.507-MG, de Rel. Min. Benedito Gonçalves sob o rito dos recursos repetitivos, cuja ementa transcrevo a seguir:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 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 retroagiriam à data da efetiva ocorrência da situação excludente; ou desconstitutivo, com efeitos gerados apenas após a notificação ao contribuinte a respeito da exclusão.**

2. Não merece conhecimento o apelo especial quanto às alegações de contrariedade aos artigos 458 e 535 do CPC, porquanto a recorrente apresentou argumentação de cunho genérico, sem apontar quais seriam os vícios do acórdão recorrido, que justificariam sua anulação. Incidência da Súmula 284/STF.

3. No caso concreto, foi vedada a permanência da recorrida no SIMPLES ao fundamento de que um de seus sócios é titular de outra empresa, com mais de 10% de participação, cuja receita bruta global ultrapassou o limite legal no ano-calendário de 2002 (hipótese prevista no artigo 9º, inciso IX, da Lei 9.317/96), tendo o Ato Declaratório Executivo n. 505.126, de 2/4/2004, da Secretaria da Receita Federal, produzido efeitos a partir de 1º/1/2003.

4. Em se tratando de ato que impede a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES em decorrência da superveniência de situação impeditiva prevista no artigo 9º, incisos III a XIV e XVII a XIX, da Lei 9.317/96, seus efeitos são produzidos a partir do mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente, nos exatos termos do artigo 15, inciso II, da mesma lei. Precedentes.

5. O ato de exclusão de ofício, nas hipóteses previstas pela lei como impeditivas de ingresso ou permanência no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de uma das situações excludentes.

6. Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora 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.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

15. Em que pese o precedente não tratar exatamente dos casos de exclusão do SIMPLES em virtude da comercialização de mercadorias objeto de descaminho, prevista no art. 29, VII, §1º da LC 123/2006, o racional da decisão aplica-se também ao caso em tela.

16. Diante de todo o exposto, voto por afastar as preliminares de nulidade suscitadas e NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

(documento assinado digitalmente)

Paula Santos de Abreu