



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



**Processo nº** 12719.720247/2013-61  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 1401-004.811 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 14 de outubro de 2020  
**Recorrente** ALEX SANDER DA SILVA -ME  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Exercício: 2013

SIMPLES. EXCLUSÃO. DESCAMINHO

O simples fato de ter sido revel no procedimento de perdimento de mercadoria não ensejaria a exclusão do simples. Contudo, o conjunto fático probatório demonstram a conduta da contribuinte capaz de motivar a exclusão do regime simplificado de tributação.

PROPORCIONALIDADE. RAZOABILIDADE

É vedado ao agente aplicar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade quando a legislação é expressa em determinar a exclusão da contribuinte do regime simplificado de tributação, não cabendo a este qualquer valoração do fato, tendo em vista que a atividade administrativa é plenamente vinculada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade e de juntada de documentos para, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário. Declarou-se impedido de participar do julgamento o Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano – Presidente substituto

(documento assinado digitalmente)

Letícia Domingues Costa Braga - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marcelo José de Luz Macedo (suplente convocado), Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Nelso

Kichel, Letícia Domingues Costa Braga, Cláudio de Andrade Camerano e Carlos André Soares Nogueira.

## Relatório

Por bem expor o caso dos autos, reproduzo abaixo o relatório da Delegacia de origem complementando-o a seguir:

Trata o presente processo, formalizado em 19/04/2013 pela Inspetoria da Receita Federal do Brasil em Florianópolis/SC, de Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional (regime instituído pela Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006), conforme despacho exarado em 19/04/2013 (fls. 12 e 13).

2. Relata o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil autor do procedimento, lotado na Inspetoria da Receita Federal do Brasil em Florianópolis/SC, que em 02/04/2013 a Equipe de Repressão Aduaneira (ERA) da retrocitada Inspetoria, em cumprimento à Ordem de Vigilância e Repressão (OVR) n.º 0925200-00024-13-00, realizou procedimento de fiscalização no contribuinte em epígrafe, com o intuito de verificar a regularidade fiscal das mercadorias de origem ou procedência estrangeira nele depositadas ou expostas à venda. Complementa que na sequência foi lavrado o Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias n.º XR00911 (fls. 14 e 15), vinculado ao processo 12719.720166/2013-61, para apreender mercadorias de origem estrangeira encontradas no estabelecimento comercial da interessada, em razão da caracterização do crime de descaminho. Finalizou com proposta de exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional, com fulcro nos artigos 29, inciso VII, e 31, inciso II, da Lei Complementar n.º 123/2006.

3. Referida Representação foi acompanhada, ainda, por Termo de Início da Ação Fiscal (de 02/04/2013 – fl. 3), Relatório Fiscal com registro dos procedimentos efetuados no estabelecimento comercial da contribuinte (fls. 5 e 6), Termo de Lacração de Volumes (de 02/04/2013 – fl. 4), Termo de Deslacração e Retenção de Mercadorias (de 10/04/2013 – fls. 9 e 10), Listagem do Conteúdo das Caixas (de 17/04/2013 – fl. 11) e Dossiê CNPJ (fls. 7 e 8).

4. Termo de Revelia foi lavrado em 04/07/2013 (fl. 17), para registro de que a autuada foi devidamente cientificada do AI, não tendo apresentado impugnação ao mesmo, sendo declarada revel, nos termos do art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n.º 1.455, de 07/04/1976. Nesta mesma data foi imposta a pena de perdimento das mercadorias apreendidas (fl. 17), com fulcro no art. 23, § 1º, do Decreto-lei n.º 1.455, de 07/04/1976, bem como no art. 224 do Regimento Interno da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF n.º 203, de 14/05/2002.

5. Após parecer conclusivo acerca da procedência da exclusão emitido pelo Serviço de Orientação e Análise Tributária (Seort) da DRFB/Florianópolis/SC (fl. 20), a DRFB/Florianópolis/SC emitiu o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n.º 306 (fl. 21) em 13/11/2015, para excluir a contribuinte do Simples Nacional com efeitos retroativos a partir de 01/04/2013, em razão de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, com impedimento para opção ao regime em questão nos três anos-calendário seguintes (2014, 2015 e 2016).

6. A exclusão foi fundamentada no artigo 29, inciso VII, e § 1º, da Lei Complementar n.º 123/2006.

## DEFESA

7. Cientificada do ato de exclusão em 30/11/2015 (fl. 24), a recorrente apresentou manifestação de inconformidade em 29/12/2015 (razões às fls. 25 a 36, com anexos às fls. 37 a 79). Alega, em síntese, que (títulos e sequência de acordo com o apresentado pela defendente):

### I - Preliminar de Mérito

#### I -A- Preliminar de Mérito – Da Atribuição do Efeito Suspensivo

7.1. Configura afronta ao contraditório e à ampla defesa a não atribuição de efeito suspensivo ao termo de exclusão, enquanto não for definitivamente julgado na esfera administrativa. Portanto, o termo de exclusão do Simples Nacional, ora combatido, não pode produzir efeito antes de assegurada a prévia manifestação da contribuinte, e definitivamente apreciadas na instância administrativa todas as matérias de defesa apresentadas.

7.2. Requer, neste ponto, a aplicação do efeito suspensivo à decisão de exclusão do Simples Nacional, com efeito retroativo, até que seja exaurida a discussão no âmbito Administrativo.

I-B- Preliminar de Mérito – Da Necessária Intimação da Esposa do Representante Legal do Recorrente Acerca do Procedimento Fiscal - Representante Legal da Recorrente Casado em Regime de Comunhão Universal de Bens.

7.3. No requerimento feito à Junta Comercial do Estado de Santa Catarina (JUCESC) para alteração de dados da recorrente, o representante legal informa que é casado no regime de comunhão universal de bens.

7.4. Assim, deveria a esposa do representante legal ter sido intimada de todos os atos relativos ao procedimento fiscal, uma vez que a empresa recorrente faz parte de seu patrimônio.

7.5. Dessa forma, deve ser declarada a nulidade do ato que excluiu a recorrente do Simples Nacional, baseado em procedimento fiscal que não intimou devidamente todas as partes interessadas para apresentarem oportunamente suas defesas acerca dos atos do procedimento fiscal, visto que a empresa recorrente é parte do patrimônio da esposa de seu representante.

I-C- Preliminar de Mérito – Afastamento da Preclusão - O Princípio da Verdade Material Deve Prevaler Sobre o Princípio da Preclusão no Caso em Tela.

7.6. No processo administrativo fiscal o julgador deve sempre buscar a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados.

7.7. A autoridade administrativa competente não fica obrigada a restringir seu exame ao que foi alegado, trazido ou provado pelas partes, podendo e devendo buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento, nem que para tanto tenha que afastar o princípio da preclusão (transcreve julgado da Câmara Superior de Recursos Fiscais).

7.8. Dessa forma, deve ser afastada a preclusão acerca da discussão da legalidade do procedimento que ensejou o AI com apreensão de mercadorias - feito

sem mandado de procedimento fiscal e fora de operação ostensiva -, que foi utilizado para fundamentar o ato de exclusão de ofício da recorrente ao regime tributário Simples Nacional.

7.9. Por fim, em face do princípio da verdade material aplicado aos processos administrativos fiscais, requer a produção de provas (testemunhal, documental, etc) a qualquer momento do presente processo.

## II - Mérito

II – A - Da Necessidade do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) para Início do Procedimento de Fiscalização - Ação Fiscal de Vigilância e Repressão Fora de Operação Ostensiva - Violação ao art. 2º, § 4º, inciso IV, do Decreto nº 3.724/2001, e ao Art. 10, inciso III, da Portaria RFB nº 11.371/2007.

7.10. Ao fazer a leitura do AI com Apreensão de Mercadorias nº XR00911, que ensejou a exclusão da recorrente do Simples Nacional, percebe-se, expressamente, em seu texto à fl. 22, que o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) foi dispensado, pois o procedimento - sem MPF - estava amparado pelo Decreto nº 3.724/2001, art. 29, § 3º; Portaria RFB nº 11.371/2007, art. 10, inc. III e Portaria Coana nº 02/2005, arts. 15 e 16, parágrafo único.

7.11. Assim, todo o procedimento foi fiscal na sede da recorrente foi feito sem o devido MPF.

7.12. Ocorre que ao ler os dispositivos legais invocados e os confrontando com os fatos descritos no AI com Apreensão de Mercadorias nº XR00911, nota-se que não há amparo legal em tal procedimento fiscalizatório sem o devido MPF.

7.13. O AI com Apreensão de Mercadorias nº XR00911 é claro ao afirmar que o procedimento foi feito sem MPF, o que viola o art. 2º, § 3º, do Decreto nº 3.724/2001, pois deveria ter sido expedido MPF especial, o que não foi feito, uma vez que é afirmado que o procedimento foi feito sem MPF (transcreve o dispositivo legal).

7.14. O procedimento também menciona o art. 10, inciso III, da Portaria RFB nº 11.371/2007; entretanto o dispositivo permite procedimento de fiscalização sem o devido MPF apenas em situações em que são realizadas operações ostensivas, o que não foi o caso, visto que não é mencionado no AI XR00911 que a fiscalização se dava por conta de operação ostensiva, o que iria gerar um nome para a operação (ex: Operação Lava-Jato, no âmbito da Polícia Federal).

7.15. No art. 15, inciso II, da Portaria Coana nº 02/2005, há a supressão no texto do termo "realizado em operação ostensiva".

7.16. Ocorre que em dois dos três dispositivos invocados (art. 2º, § 4º, inciso III, do Decreto nº 3.724/2001, bem como do art. 10, inciso III, da Portaria RFB nº 11.371/2007 - ambos a época dos fatos), só é permitido procedimento de fiscalização, sem o devido MPF, em repressão ao contrabando e descaminho quando realizado em operação ostensiva!

7.17. Dessa forma, o procedimento fiscal ocorrido na sede da recorrente sem o devido MPF viola os próprios dispositivos legais invocados no AI com Apreensão de Mercadorias nº XR00911, fazendo com que a exclusão de ofício da recorrente do regime do Simples Nacional esteja amparada em ato fiscalizatório ilegal, ou seja, a exclusão está amparada em procedimento nulo.

II – B - Da Inexistência de Prova Acerca da Comercialização de Mercadorias Objeto de Descaminho - Inexistência de Descrição Precisa de Onde se Encontravam as Mercadorias.

7.18. A recorrente foi excluída do Simples Nacional por, supostamente, comercializar mercadorias objeto de descaminho; entretanto, não há descrição precisa em qual local os produtos se encontravam.

7.19. Tal fato é de necessário esclarecimento, tendo em vista que os produtos não se encontravam em exposição para venda; além do mais o representante legal tinha o costume de guardar seus pertences na loja, visto que morava a poucos metros do local.

7.20. Assim, requer a total nulidade do AI que deu origem à exclusão do Simples Nacional, por ausência de requisitos indispensáveis para sua validação, podendo ainda a qualquer momento, por força do princípio da verdade material, apresentar provas de que tais produtos não estavam disponíveis para comercialização.

II – C - Da Aplicação do Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade - Valor dos Produtos Apreendidos Correspondem a 0,39% da Receita Bruta Anual da Requerente a Época dos Fatos - Exclusão de Ofício do Simples é uma Pena Desproporcional.

7.21. No AI com Apreensão de Mercadorias n.º XR00911 a quantidade de produtos retidos é pequena em face da receita bruta anual, visto que o valor somado dos produtos apreendidos foi de R\$ 2.080,63, ao passo que a receita bruta dos últimos 12 (doze) meses da recorrente, em abril de 2013, foi de R\$ 535.513,23 (extrato do Simples Nacional anexo), o que representa 0,39% (zero vírgula trinta e nove por cento) da receita bruta anual.

7.22. Dessa forma, se afigura ilegal e desproporcional a penalização da empresa, tendo em vista que a exclusão de ofício deve ser razoável, adequada, necessária e estritamente proporcional ao atendimento do interesse público (transcreve doutrina acerca dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade).

7.23. Assim, a recorrente irá, por conta de medida desproporcional, encerrar suas atividades.

Quando do julgamento pela Delegacia de origem, a decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013

PRELIMINAR. NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do Ato de Exclusão exarado pelo órgão de competência originária quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRADITÓRIO.

Os documentos que fundamentam contestação a Ato de Exclusão devem ser apresentados juntamente com a manifestação de inconformidade.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

ATIVIDADE VEDADA. EXCLUSÃO.

A comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho constitui óbice para ingresso ou permanência no Simples Nacional. A exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorrida a infração, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada com a decisão de origem, apresentou a contribuinte recurso a esse conselho alegando as mesmas razões de sua manifestação de inconformidade.

Este é o relatório do essencial.

## Voto

Conselheira Letícia Domingues Costa Braga, Relatora.

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Tendo em vista que o recurso é cópia da manifestação de inconformidade, utilizo-me da faculdade do §3º do art. 57 do regimento interno desse Conselho<sup>1</sup> para reproduzir as razões da Delegacia de origem, tomando como minhas os fundamentos ali aduzidos:

### PRELIMINARES

#### I – Nulidade do Ato de Exclusão

Neste quesito, cumpre ressaltar o que estatuem os artigos 59 e 60 do Decreto n.º 70.235, de 06/03/1972 (Processo Administrativo Fiscal – PAF).

Art. 59. São nulos;

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo

---

<sup>1</sup> Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

(...)

§ 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF n.º 329, de 2017)

para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

9. Do exame do dispositivo supra extrai-se que, no tocante aos atos, só pode haver nulidade se o ato for lavrado por agente incompetente ou com preterição do direito de defesa.

10. Não se evidencia nos autos a ocorrência da hipótese mencionada, tendo em vista que o ato emanou de autoridade competente (Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil ocupante do cargo de Delegado da Receita Federal do Brasil em Florianópolis/SC).

11. No que concerne a irregularidades, incorreções e omissões, no termos do retrotranscrito art. 60, não se constata a sua ocorrência, como se verá na análise do mérito da emissão do ato de exclusão.

12. No que se relaciona aos tópicos específicos pertinentes ao procedimento que culminou com a lavratura do Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias n.º XR00911 (documento que embasa o Ato de Exclusão que se examina), relacionados a questionamentos acerca da necessidade de intimação da esposa do representante legal – por ser casado no regime de comunhão universal de bens - de todos os atos relativos ao procedimento fiscal, de exigência de expedição de Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) especial e descrição acerca do local onde os produtos se encontravam, tais quesitos são impertinentes, como restará esclarecido nas questões de mérito a seguir analisadas.

13. Em razão do exposto, rejeita-se a preliminar de nulidade suscitada pela requerente.

II – Juntada de documentos.

14. Protesta a recorrente pela produção de todas as provas.

15. Sobre este pedido cabe examinar o que dispõem os artigos 15, 16 e 18 do Decreto n.º 70.235, de 06/03/1972:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

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.

(...)

§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.

§6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância.

(...)grifos acrescidos)

16. A prova documental, conforme se lê no caput do artigo 15 do Decreto n.º 70.235/1972, deve ser apresentada juntamente com o contraditório, a menos que fique demonstrada a ocorrência de uma das hipóteses elencadas no § 4º do artigo 16. A verificação da ocorrência de uma destas hipóteses somente é possível com o exame do caso concreto, a saber: a juntada intempestiva de documentos nos termos do § 5º do mesmo artigo 16. Assim, não cabe a este órgão julgador se manifestar, acolhendo ou indeferindo juntada de documentos que ainda não ocorreu.

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.

(...)

## MÉRITO

17. A Lei Complementar n.º 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, assevera em seu artigo 29, inciso VII, e § 1º:

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-calandário seguintes.

(...)

18. No caso que se examina, foram retidos, em 02/04/2013, mercadorias que se encontravam sem documentação comprobatória de sua regular importação, não tendo a contribuinte apresentado defesa ao Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias n.º XR00911 (fls 14 e 15), o que motivou a lavratura do Termo de Revelia. As mercadorias são as seguintes:

RELAÇÃO DE MERCADORIAS APREENDIDAS						
NCM	Descrição	Marca/Modelo/Nº Série	Un	Quant	Vir(US\$)	Vir Total(US\$)
85444900	CABO AUDIO/VIDEO		UN	50	1,00	50,00
85182900	CAIXA ACUST MULTIM BAK BK-P504G		UN	1	30,00	30,00
85182900	CAIXA ACUST MULTIM MOX MO-S938		UN	1	17,00	17,00
85182900	CAIXA ACUST MULTIM MOX MO-S947		UN	1	15,00	15,00
85182900	CAIXA ACUSTICA MOX MO-S948		UN	1	17,00	17,00
85258029	CAM FOTOGR DIGITAL SAMSUNG ST500 159HC90Z600225		UN	1	274,00	274,00
85258029	CAM FOTOGR DIGITAL SONY CYBER-SHOT DSC-W320 7230506		UN	1	125,00	125,00
85258029	CAM FOTOGR DIGITAL SONY CYBER-SHOT DSC-W320 6794355		UN	1	125,00	125,00
85258029	CAM FOTOGR DIGITAL SONY CYBER-SHOT DSC-W320 6515973		UN	1	125,00	125,00
85258029	CAM FOTOGR DIGITAL SAMSUNG ES70 0942C90ZA00196H		UN	1	80,00	80,00
85044090	CARREGADOR DE BATERIA POWERPACK AD-2800.V		UN	3	3,50	10,50
85219090	DVD PLAYER POWERPACK DVD-TV7318.B 120300100453		UN	1	65,00	65,00
95041010	VIDEO GAME SONY PSII HQ5740933		UN	1	110,00	110,00
<b>Total de Itens: 13 Dolar Fiscal 1,9902</b>			<b>Total das Mercadorias RS: 2.076,77</b>		<b>US\$: 1.043,50</b>	

19. Assim, plenamente cabível a emissão do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n.º 306, com efeitos retroativos a partir de 01/04/2013, porquanto guarda perfeita consonância com a legislação de regência do Simples Nacional.

#### DEFESA

20. Pugna a requerente que a autoridade administrativa competente não deve ficar obrigada a restringir seu exame ao que foi alegado, trazido ou provado pelas partes, devendo buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento. Acrescenta que deve ser afastada a preclusão acerca da discussão da legalidade do procedimento que ensejou o AI com apreensão de mercadorias, que foi utilizado para fundamentar o ato de exclusão de ofício da recorrente do Simples Nacional. Finaliza com questionamentos acerca da necessidade de intimação da esposa do representante legal – por casado no regime de comunhão universal de bens - de todos os atos relativos ao procedimento fiscal, de exigência de expedição de Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) especial e descrição acerca do local onde os produtos se encontravam.

21. Neste quesito, os documentos já mencionado no Relatório a este Voto deixam claro que a autuada não apresentou defesa ao Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias n.º XR00911, tendo sido lavrado, em 04/07/2013, Termo de Revelia para declará-la revel, nos termos do art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n.º 1.455, de 07/04/1976.

22. Disciplinando o assunto, o Ato Declaratório Normativo do Coordenador-Geral do Sistema de Tributação (ADN COSIT) n.º 15/1996, assim dispõe:

... expirado o prazo para impugnação da exigência, deve ser declarada a revelia e iniciada a cobrança amigável, sendo que eventual petição, apresentada fora do prazo, não caracteriza impugnação, não instaura a fase litigiosa do procedimento, não suspende a exigibilidade do crédito tributário nem comporta julgamento de primeira instância, salvo se caracterizada ou suscitada a tempestividade, como preliminar.

23. Assim, impertinente qualquer discussão acerca do procedimento fiscal que culminou com a lavratura do Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias n.º XR00911.

24. A interessada reivindica a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em razão de o valor dos produtos apreendidos (R\$ 2.080,63) corresponder a apenas 0,39% de sua receita bruta anual a época dos fatos (R\$ 535.513,23), concluindo que em razão de medida desproporcional irá encerrar suas atividades.

25. Neste tópico, afirme-se que a atividade administrativa é vinculada e obrigatória. Assim, constatado que a contribuinte incorreu na infração que implicou em sua exclusão da sistemática simplificada, está correta a sua aplicação, não cabendo nenhum tipo de discricionariedade, como parece supor a interessada.

26. Por fim, requer a atribuição de efeito suspensivo ao termo de exclusão, enquanto não for definitivamente julgado na esfera administrativa.

27. Esclareça-se que, nos termos do Processo Administrativo Fiscal, o efeito pleno do Ato de Exclusão que se discute somente se materializará após esgotados todos os recursos admitidos, com a materialização de um indeferimento definitivamente julgado.

28. Em consonância com o exposto, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade da recorrente.

Apenas para retificar as razões da Delegacia de origem, necessário dizer que não há qualquer alegação da recorrente que as mercadorias foram adquiridas no mercado interno. Ela apenas argui nulidade outras que, conforme acima, seriam incapazes de invalidar o ato de exclusão.

Por outro lado, a exclusão do Simples em tela tem origem no fato de a fiscalização ter apreendido mercadorias estrangeiras sem comprovante de regular importação. Na tomada de decisão realizada pela Administração Tributária, o fato de o contribuinte ter sido revel no correspondente processo de perdimento das mercadorias foi fundamental. A revelia, tomada isoladamente, não é fundamento suficiente para a exclusão do simples.

Entendo que o processo criminal por contrabando e descaminho, o processo administrativo de perda de mercadoria e o processo administrativo de exclusão do Simples são autônomos, salvo quando o processo criminal aponta a inexistência do fato ilícito ou a negativa da autoria, levando à absolvição do réu no processo criminal e, por reflexo, nos referidos processos administrativos, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no MS 23.188, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal tem reiterado a independência das instâncias penal e administrativa afirmando que aquela só repercute nesta quando conclui pela inexistência do fato ou pela negativa de sua autoria. (MMSS 21.708, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 18.05.01, 22.438, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.02.98, 22.477, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14.11.97, 21.293, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 28.11.97). Segurança denegada.

No que diz respeito especificamente ao processo administrativo de exclusão do Simples, é de se salientar que a conduta que dá ensejo à exclusão é “comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho” (art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123/06), ou seja, não se exige a prática do “crime” que também é caracterizado pela mesma conduta (artigos 334 e 334-A do Código Penal Brasileiro) e não se exige a apreensão e perda da mercadoria por parte da Administração Aduaneira, também motivada pela mesma conduta.

Ainda que a conduta seja determinante para o crime, não se deve confundir os dois, pois a conduta é apenas um elemento do crime. O mesmo se diz da infração administrativa que resulta em dano ao erário. Assim, não é lícita a vinculação do processo de exclusão do Simples a outro processo, seja criminal ou aduaneiro, sem embargo de as evidências colhidas em algum desses processos poderem instruir o processo de exclusão do Simples. Assim, a revelia do comerciante no processo de perdimento da mercadoria não afasta a necessidade de a Administração Tributária comprovar a conduta que dá ensejo à exclusão do Simples e não afasta a necessidade de a autoridade julgadora de primeira instância apreciar a impugnação, abordando os argumentos da defesa.

Entretanto, não argumentou a contribuinte qualquer outro fato capaz de ensejar dúvidas de que o contribuinte introduziu no território nacional, mercadoria estrangeira com destinação comercial, o que caracteriza a conduta de descaminho, pois o importador, ao agir assim, contornou uma série de exigências relativas aos controles aduaneiro e sanitário. Assim, é forçosa a exclusão do contribuinte do regime do Simples.

Com relação ao princípio da insignificância, típico de Direito Penal, certo é que esse não se aplica ao caso em análise, tendo em vista que a contribuinte desrespeitou os requisitos para que o contribuinte possa usufruir de um regime especial de tributação simplificado.

Ademais, onde a legislação tributária não atribuiu discricionariedade ao agente para a sua aplicação, não cabe ao julgador realizá-la, sendo certo que as alegações de inconstitucionalidade é vedada aos julgadores desse Conselho, conforme se depreende da súmula 2 transcrita abaixo:

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

Portanto, pelas razões da Delegacia e pelo acima exposto, nego provimento às preliminares arguidas, bem como ao recurso voluntário, mantendo a decisão de origem.

(documento assinado digitalmente)

Letícia Domingues Costa Braga

Fl. 12 do Acórdão n.º 1401-004.811 - 1ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária  
Processo n.º 12719.720247/2013-61