



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

Processo n° 12719.720517/2015-04
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-005.038 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de outubro de 2020
Matéria IRPJ
Recorrente ELIANE MARTINS - ME
Recorrida FAZENDA PÚBLICA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2015

OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. COMÉRCIO DE MERCADORIAS OBJETO DE DESCAMINHO OU CONTRABANDO.

A constatação do exercício de atividade relativa a comércio de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho enseja exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir do mês em que incorridas, impedindo nova opção pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

Processo nº 12719.720517/2015-04
Acórdão n.º **1402-005.038**

S1-C4T2
Fl. 65

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogerio Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Wilson Kazumi Nakayama (suplente convocado(a)), Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto face v. acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil que decidiu manter a exclusão da Recorrente do Simples.

O Ato Declaratório Executivo (ADE) Nº 109/2017 (fl. 27), excluiu a Recorrente da sistemática de tributação do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de agosto de 2015, em virtude da constatação da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, nos termos estatuídos na Lei Complementar 123/2006, artigo 29, VII.

Os efeitos da exclusão foram fundamentados pelo parágrafo primeiro, do artigo 29 da Lei Complementar 123/06, que determinada a exclusão a partir do fato irregular até três anos subsequentes, não podendo assim a Recorrente optar como beneficiária do Simples nos anos de 2016, 2017 e 2018.

A exclusão da empresa do Simples foi baseada no processo administrativo nº 12719.720509/2015-50, que tratou do Auto de Infração e apreensão de mercadorias, cujas cópias foram anexadas aos autos. De forma resumida, após oferecimento de impugnação no processo final 2015-50, foi proferido r. Despacho Decisório mantendo o Auto de Infração e a apreensão das mercadorias, conforme cópias da decisão acostadas às fls. 15/22 destes autos. Atualmente, este processo encontra-se arquivado.

Ato contínuo, a Recorrente foi cientificada do Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples, objeto do processo em epígrafe, e apresentou manifestação de inconformidade alegando, em síntese, que:

(a) sofreria graves prejuízos com a perda do direito de aderir ao Simples Nacional, não sabendo ao certo se conseguiria manter suas atividades;

(b) não houve trânsito em julgado do recurso administrativo fiscal interposto no processo nº 12719.720510/2015-84, estando suspenso, dentre outros atos, a propositura de ação penal, de execução fiscal e de novas medidas administrativas;

(c) em razão do princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato, não pode sofrer sanções diversas, nem mesmo no âmbito fiscal, devendo ser afastada a decisão que determinou sua exclusão do Simples Nacional, pois já teve sua mercadoria decretada “perdida” e sofreu imposição de multa fiscal.

Ato contínuo, a DRJ proferiu v. acórdão mantendo a exclusão do Simples, registrando a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do Fato Gerador: 01/08/2015

PRODUÇÃO DE PROVAS.

A produção de provas deve obedecer às disposições da legislação que rege o processo administrativo fiscal federal.

INTIMAÇÃO DO ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE.

As intimações feitas por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via devem ter prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do Fato Gerador: 01/08/2015

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

A comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho é causa de exclusão de ofício da empresa optante pelo Simples Nacional.

EXCLUSÃO. IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA. EFEITO SUSPENSIVO.

A impugnação apresentada tempestivamente suspende os efeitos do Ato Declaratório de Exclusão até a decisão definitiva desfavorável ao contribuinte.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada com o v. acórdão, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário repisando os mesmos argumentos da impugnação.

Ato contínuo, os autos retornaram para o E. CARF/MF e foram distribuídos para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

Os Recursos Voluntário é tempestivo e possui os requisitos previstos na legislação, motivo pelo qual deve ser admitido.

Como a matéria dos autos trata apenas da exclusão da Recorrente do Simples Nacional devido a constatação de comercialização de produtos estrangeiros de contrabando e descaminho.

Foi lavrado Auto de Infração e Termo de Apreensão de Mercadorias (fl. 5/22) dos autos) no processo administrativo nº 12719.720509/2015-50 devido a constatação de comercialização de produtos estrangeiros de contrabando e descaminho, no qual a Recorrente não obteve êxito em sua defesa, restando mantido o Auto de Infração e a apreensão das mercadorias.

Também devido a mesma constatação de comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho, foi expedido o ADE excluindo a Recorrente do Simples Nacional, nos termos do artigo 29, inciso VII da Lei Complementar 123/2006.

A Recorrente alega sinteticamente que a exclusão do Simples Nacional violou princípios constitucionais da preservação da empresa e sua função social, da razoabilidade e proporcionalidade. Afirma que a imposição de penalidades múltiplas de apreensão de mercadoria e exclusão do simples não se mostram proporcionais, nem razoáveis e por fim, levanta informa que se for excluída do Simples irá fechar as portas da empresa.

Tais alegações não devem ser providas.

Em relação ao princípios constitucionais alegados, este C. Tribunal encontra-se impedido de analisá-las, nos termos da Súmula CARF 02.

De qualquer forma, tais alegações de que a exclusão do simples afrontaria os princípios constitucionais da preservação de empresa e da função social, não desconstitui a fundamentação do ADE que excluiu a empresa devido a comercialização de produtos estrangeiros objetos de contrabando e descaminho, eis que a Recorrente não apresentou provas para afastar a acusação fiscal.

Em relação ao alegação de que teria ocorrido dupla penalidade devido a apreensão da mercadoria e sua exclusão do simples nacional, também entendo que não deve prosperar.

No caso, não ocorreu dupla penalidade como multa e cobrança de imposto em duplicidade, mas apenas aplicação de duas regras distintas que determinam a apreensão da mercadoria e a exclusão da empresa do Simples Nacional.

Quanto as demais possíveis alegações quanto ao mérito da matéria relativa ao contrabando e descaminho, entendo que devem ser tratadas no processo do Auto de Infração,

processo nº 12719.720509/2015-50, e não neste processo que trata da exclusão do Simples, que é a consequência da autuação.

A Recorrente deveria ter comprovado naqueles autos daquele processo que não cometeu descaminho. A partir do momento que no outro processo restou caracterizado a infração, a exclusão do Simples Nacional é uma consequência lógica, tendo em vista que o determinado no artigo 29, inciso VII da Lei Complementar 123/06 é cristalino e automaticamente aplicável.

Sendo assim, entendo que a exclusão da Recorrente do Simples Nacional nos termos do artigo 29, inciso VII da Lei Complementar 123/06 deve ser mantida.

Quanto a alegação de que deveria se aguardar a decisão definitiva dos processo do Auto de Infração, também entendo que não deve ser acolhida, eis que conforme pesquisa feita no sistema o processo nº 12719.720509/2015-50 encontra-se arquivado definitivamente, restando definitiva a decisão que manteve o Auto de Infração.

Em relação ao processo nº 12719.720510/2015-84, citado pela Recorrente, trata da Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP, que não tem qualquer efeito no sentido de impedir o regular trâmite do processo de exclusão do Simples Nacional. Tal processo, apenas levou ao conhecimento da autoridade competente atos e fatos que, em tese, o Auditor da Receita Federal entendeu que pode configurar crime.

De resto, adoto os fundamentos do v. acórdão recorrido para motivar meu voto no sentido de manter a Exclusão da Recorrente do Simples:

A exclusão do Simples Nacional da empresa Eliane Martins – ME está fundamentada no artigo 29, inciso VII e § 1º da Lei Complementar nº 123/2006:

Lei Complementar nº 123/2006

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional darse- 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 da Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguinte.

(...)

A atividade administrativa é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do parágrafo único do artigo 142 do CTN. Portanto, tendo sido identificado que o impugnante incorreu na hipótese de exclusão do Simples Nacional disciplinada no inciso VII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, que é a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, agiu corretamente a autoridade tributária ao emitir o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 109, de 16/06/2017.

A legislação de regência não dá margem à discricionariedade do agente público em razão da situação econômico-financeira do contribuinte.

O processo nº 12719.720510/2015-84, citado pela empresa na impugnação, trata da Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP, que não tem qualquer efeito no sentido de impedir o regular trâmite do processo de exclusão do Simples Nacional.

Naquele processo, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, em razão do seu dever de representar, apenas levou ao conhecimento da autoridade competente atos e fatos que, em tese, podem configurar crime, conforme determinado pela Portaria RFB nº 2.439/2010.

O direito do contribuinte ao contraditório e à defesa se estabeleceu neste processo administrativo fiscal nº 12719.720517/2015-04, onde não se está julgando se houve ou não a prática de crime, competência esta atribuída ao Poder Judiciário, mas sim se foram preenchidos os requisitos definidos em lei para a exclusão do Simples Nacional.

Conforme se depreende do artigo 39 da Lei Complementar nº 123/2006, a seguir transcrito, a impugnação interposta no âmbito federal contra a exclusão do Simples Nacional se enquadra no conceito de recurso administrativo admissível pelas leis reguladoras do processo tributário administrativo.

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.

(...)

A Resolução CGSN nº 94/2011 estabeleceu, no § 3º do artigo 75, que a impugnação ao ato de exclusão do Simples Nacional teria efeito suspensivo. Veja-se o dispositivo:

Resolução CGSN nº 94/2011

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, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, 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)(Redação dada pelo Resolução CGSN nº 121, de 08 de abril de 2015)

§ 4º Não havendo, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º;

art. 39, § 6º)(Redação dada pelo Resolução CGSN nº 121, de 08 de abril de 2015)

§ 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, ficando os efeitos dessa exclusão, observado o disposto no art. 76, condicionados a esse registro. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)(Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 121, de 08 de abril de 2015)

§ 6º Fica dispensado o registro previsto no § 5º para a exclusão retroativa de ofício efetuada após a baixa no CNPJ, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados à efetividade do termo de exclusão na forma prevista nos §§ 3º e 4º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 7º Ainda que a ME ou EPP exerça exclusivamente atividade não incluída na competência tributária municipal, se possuir débitos junto à Fazenda Pública Municipal, o Município poderá proceder à sua exclusão do Simples Nacional, observado o disposto no inciso VI do caput e no § 1º, ambos do art. 76. (Lei Complementar nº 123, art. 29, §§ 3º e 5º; art. 33, § 4º).(Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 115, de 04 de setembro de 2014)

Assim, no caso dos autos, a manifestação tempestiva teve como efeito suspender a exclusão da empresa do regime do Simples Nacional, até a decisão definitiva.

A alegação do contribuinte de que, em razão do princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato, não poderia sofrer sanções diversas, nem mesmo no âmbito fiscal, devendo ser afastada a decisão que determinou sua exclusão do Simples Nacional, pois já teve sua mercadoria decretada “perdida” e sofreu imposição de multa fiscal, não pode ser acatada. Todos os procedimentos estão determinados em lei, cuja observância, como já se demonstrou, é obrigatória para a Administração Pública.

Pelo exposto, rejeita-se o pedido do interessado para cancelamento da exclusão do Simples Nacional.

Da produção de provas

Processo nº 12719.720517/2015-04
Acórdão n.º **1402-005.038**

S1-C4T2
Fl. 72

O sujeito passivo protestou ao final da impugnação pela juntada de outros documentos que se fizessem necessários para comprovar os fatos alegados na impugnação.

[...]

Sendo assim, voto por manter a exclusão da Recorrente do Simples Nacional nos termos do v. acórdão recorrido.

Pelo exposto e por tudo que consta processado nos autos, voto por conhecer e negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves