



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12719.720553/2019-93
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-002.550 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 10 de agosto de 2021
Recorrente MAURICIO REICHMANN PEREIRA JUNIOR
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/01/2019

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. CONTRABANDO E DESCAMINHO.
A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando restar configurada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês em que incorridas as condutas.

PENA DE PERDIMENTO. CONTESTAÇÃO DO ILÍCITO. MATÉRIA PRECLUSA.

Deve ser excluída do Simples Nacional a pessoa jurídica que teve suas mercadorias apreendidas e submetidas ao rito estabelecido pelo Decreto- Lei nº 1.455, de 1976, resultando na decretação da pena de perdimento dos produtos em razão da prática de contrabando ou descaminho, mostrando-se preclusa na atual fase processual a discussão quanto à existência, ou não, do ilícito que deu azo ao perdimento das mercadorias, matéria decidida em instância única em outro processo.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INAPLICABILIDADE. SÚMULA CARF Nº 02.

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 natureza principiológica, mormente o princípio da insignificância, que é afeto ao direito penal. Ademais, é vedado ao órgão administrativo o exame da constitucionalidade da lei, bem como o de eventuais ofensas pela norma legal aos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade. Aplicação Súmula CARF nº 02.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes, Carlos Alberto Benatti Marcon e Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de n.º 06-70.175, proferido pela 7ª Turma da DRJ/CTA, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela Recorrente, mantendo sua exclusão do Simples Nacional em decorrência da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, com efeitos de partir 1º de janeiro de 2019.

Em um breve resumo dos fatos, foi emitida Representação Fiscal de Exclusão Simples n.º 0927500-38511/2019 (fls. 2), tendo em vista a autuação devido à hipótese de dano ao Erário prevista no art. 105, X, do Decreto-Lei n.º 37/1966, ao expor à venda, manter em depósito para comercialização ou em circulação comercial, mercadorias estrangeiras desacompanhadas de documentação comprobatória de sua regular importação ou aquisição no mercado interno, conforme Auto de Infração e Apreensão de Mercadoria n.º 0927500-06449/2019, parte integrante do Processo Administrativo Fiscal n.º 12719.720022/2019-09. Em continuação, informou que a decisão final administrativa resultou na aplicação da perna de perdimento, ficando caracterizada a comercialização de mercadorias estrangeiras objeto de contrabando ou descaminho.

O Auto de Infração e demais documentos foram colacionados às fls. 06 a 14.

Em razão da autuação supra e da Representação Fiscal, foi emitido Ato Declaratório Executivo BENFIS/SRRF09 n.º 102, de 9 de setembro de 2019 (fls. 24), o qual determinou a exclusão da contribuinte do Simples Nacional com fundamento no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar 123/2006 e a Resolução CGSN n.º 140/2018, com início dos efeitos a partir de 01/01/2019.

Cientificada do ADE, a Recorrente interpôs manifestação de inconformidade, a qual foi sintetizada no Relatório do voto recorrido nos seguintes termos:

Cientificada de sua exclusão do SN, a empresa apresentou manifestação de inconformidade tempestiva alegando, em síntese, que:

Descreve o procedimento de busca e apreensão executado na empresa e informa que apresentou nota fiscal para parte das mercadorias apreendidas.

Esclarece que se tratam de valores irrisórios para o Fisco, devendo ser aplicado o princípio da insignificância.

Complementa afirmando que a própria Receita admite que valores inferiores a R\$20.000,00 não são passíveis de cobrança pela PGFN, conforme Portaria n.º 75 de 22/03/2012.

Volta a defender a insignificância das mercadorias apreendidas e ressalta que nunca teve problemas com a Receita Federal do Brasil.

Entende que é inconstitucional excluir uma empresa do Simples Nacional por falta de notas fiscais de algumas poucas mercadorias.

Entende que o simples ingresso irregular de mercadorias não é motivo para exclusão do SN.

Questiona também a Decisão Judicial da Justiça Federal de SC que culminou no pedido de busca e apreensão na empresa e o procedimento de apreensão de mercadorias realizado e pede a nulidade do procedimento.

Volta a atacar a constitucionalidade da exclusão por violação ao princípio da proporcionalidade, pois a perda da mercadoria já foi punição suficiente e adequada.

Repete que deixar de apresentar notas fiscais de aquisição regular é diferente de internalizar mercadorias irregularmente.

Afirma que se for excluída do SN terá que fechar as portas.

Aduz que o STF já se manifestou sobre o tratamento diferenciado e favorecido que se deve dar às empresas do Simples.

Contesta também por vários ângulos a exclusão do SN lastreada no inciso V do art.17 da LC 123/2006 (exclusão por dívidas).

Pede que se reconheça a nulidade do procedimento de exclusão em tela porque a empresa não foi intimada da instauração do processo 12719.720553/2019-93, o que violou sua ampla defesa. Complementa com doutrina sobre o tema.

Discorre sobre os princípios do não confisco e do direito de propriedade e conclui que não pode um procedimento de apreensão de mercadorias, lastreado em presunções, culminar na exclusão da empresa do SN.

Aduz que há no caso flagrante desrespeito à razoabilidade e coação desproporcional do Estado e cita jurisprudência do TRF 4ª Região sobre o tema.

Volta a destacar o baixo valor das mercadorias apreendidas, alega que a busca e apreensão foi efetuada em decorrência de processo judicial incorreto e que a internalização irregular não pode ser presumida.

Cita outro julgado do TRF 4 sobre exclusão do SN e aduz que o mero perdimento de mercadorias não é suficiente para caracterizar a hipótese de exclusão prevista no inciso VII do art.17 da LC 123/2006.

Ressalta que não há no caso a constatação da prática do ilícito do contrabando ou descaminho.

Argumenta que a Fiscalização não pode partir de um fato administrativo de perdimento de mercadorias e chegar a uma conclusão muito mais grave para exclusão da empresa do Simples Nacional. Complementa com mais jurisprudência sobre o tema.

Por fim, requer a suspensão de sua exclusão do Simples Nacional e, ao final, o cancelamento da exclusão do referido sistema simplificado.

Após apreciar a dita manifestação de inconformidade, a 7ª Turma da DRJ/CTA julgou-a improcedente. A ementa da referida decisão segue transcrita:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2019

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

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando for constatado comércio de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

A contribuinte foi cientificada do acórdão da DRJ no dia 07/07/2020 (e-fls. 112) e apresentou recurso voluntário no dia 30/07/2020 (e-fls. 115 a 128), repisando os argumentos apresentados na manifestação de inconformidade e acrescentando existir obscuridade e contradição no voto. Ao final, requereu:

i) REQUER o RECEBIMENTO TEMPESTIVO DO PRESENTE RECURSO VOLUNTÁRIO PARA QUE:

a. No mérito tendo em vista que não houve dolo na conduta pelo impugnante, mas tão somente inabilidade e desorganização quando do crescimento do negócio, bem como excluída a responsabilização solidária dos sócios, tendo em vista a não comprovação do dolo em fraudar o fisco, mas tão somente crescimento desordenado do negócio iniciado pela, razão pela qual também se compreende que não há o enquadramento da multa do art. 44 da lei 9.430/96.

b. Reconhecimento de contradição e obscuridade da decisão, artigo 59 do decreto 70.235/71, PAF, e esclarecidas as contradições.

c. Acreditando-se que deva ser lavrado um novo auto de infração, exige-se que seja notificada a deseja, artigo 18 do decreto 70.235/71, PAF.

É o relatório.

Voto

Conselheira Bárbara Santos Guedes, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência. Assim, dele tomo conhecimento.

Conforme já relatado, a Recorrente foi excluída do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo - BENFIS/SRRF09 n.º 102, de 9 de setembro de 2019, fl. 24, com efeitos a partir de 1.º de janeiro de 2019, com base no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, em virtude da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

A Recorrente apresentou manifestação de inconformidade. A DRJ julgou-a improcedente. E aquela interpôs o presente recurso voluntário repisando os fatos e fundamentos defendidos na manifestação de inconformidade e alegando existir contradição e obscuridade no acórdão recorrido.

Quanto à alegação de obscuridade e contradição no voto, a Recorrente, embora alegue, não aponta onde no voto estaria apresentando esses problemas. Eis o que declara a Recorrente no recurso voluntário:

DA CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE DA DECISÃO

A decisão traz em seu voto algumas contradições, as quais não puderam ser compreendidas.

Então, pelo artigo 59 do Decreto 70.235/72 (PAF):

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. § 10 A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência. § 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo. § 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Nos termos do artigo 18, parágrafo 30, do Decreto 70.235/72 (PAF), sob pena de haver cerceamento de defesa.

Artigo 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. § 30 Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem **verificadas incorreções**, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, **será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada.**

Assim entende-se, que a referida decisão constou contraditória, e inteligível em partes, devendo ser esclarecida. Ainda, compreende-se, que a defesa deva ser notificada em caso de lavrado novo auto, como garantia do contraditório e da ampla defesa.

Como se percebe pela leitura acima, a Recorrente não demonstrou a obscuridade e contradição existentes na decisão recorrida. Logo, tal argumento não merece prosperar.

Ainda, a Recorrente tece diversos comentários e pontos de defesa relacionados ao auto de infração, contudo esses argumentos são estranhos para o presente processo, o qual trata unicamente de exclusão do Simples Nacional. Quaisquer documentos e argumentos relacionados à autuação, deveriam ser realizados no processo administrativo do auto de infração.

Ademais, em relação à ofensa a outros princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento

afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF n.º 2).

E, em relação ao processo que analisa as mercadorias apreendidas, a Recorrente não apresentou impugnação, tendo o mesmo corrido à Revelia. Tornando definitiva a pena de perdimento das mercadorias apreendidas (e-fls. 14).

Outrossim, relevante reiterar mais uma vez que a discussão sobre o contrabando ou descaminho deveria ter sido realizada no processo próprio. Ou seja, ocorreu a preclusão temporal quanto ao fato de a mercadoria ser ou não objeto de contrabando ou descaminho.

A Recorrente, por sua vez, não nega a existência das mercadorias encontradas no seu estabelecimento, nem discute a origem das mesmas, apenas aponta que as armas podem ser comprados no exterior e regularizadas, como ainda destaca que o valor dos impostos “sonogados” são inferiores R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e, por conseguinte, insignificante, pois não pode ser cobrado pela Fazenda Pública.

Não assiste razão à Recorrente.

Através da descrição dos fatos caracterizadores da infração, constante no Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias n.º 0927500-06449/2019 (fls. 06 a 14), é possível concluir que, no momento da realização da fiscalização no estabelecimento da Recorrente, os policiais federais verificaram existir mercadorias sem a importação regular, resultando na apreensão de 4 caixas contendo pistolas airsoft, artigos de pesca, lanternas, GPS, rádios e outros, as quais estavam expostas à venda.

A Recorrente, por sua vez, limitou-se a alegar irregularidades da autuação e outros argumentos de direito, mas não negou a comercialização.

As alegações da Recorrente desborda do escopo deste processo, pois pretende rediscutir a apreensão das mercadorias objeto de contrabando ou descaminho e sua efetiva destinação comercial. Todos esses pontos, no entanto, deveriam ser alegados no processo de apreensão e perdimento das mercadorias.

A jurisprudência majoritária deste Tribunal não destoa do entendimento adotado no presente voto:

APREENSÃO DE MERCADORIAS. DESCAMINHO. PENA DE PERDIMENTO. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL. CONTESTAÇÃO DO ILÍCITO. MATÉRIA PRECLUSA. Deve ser excluída do Simples Nacional a pessoa jurídica que teve suas mercadorias apreendidas e submetidas ao rito estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, resultando na decretação da pena de perdimento dos produtos em razão da prática de contrabando ou descaminho, **mostrando-se preclusa na atual fase processual a discussão quanto à existência, ou não, do ilícito que deu azo ao perdimento das mercadorias, matéria decidida em instância única em outro processo.** (Acórdão n.º 1402-005.346, Relatora: Junia Roberta Gouveia Sampaio, Data:21/01/2021) – Grifou-se.

LIMITES DO PROCESSO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. EXCLUSÃO MANTIDA 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. Exclui-se de ofício do SIMPLES, dentre outras hipóteses, a pessoa jurídica que comercializar objeto de contrabando e descaminho. A exclusão do Simples foi efetuada após a aplicação da pena de perdimento de mercadoria. **CONTESTAÇÃO DO ILÍCITO. MATÉRIA PRECLUSA. Deve ser excluída do Simples Nacional a pessoa jurídica que teve suas mercadorias apreendidas e submetidas ao rito estabelecido pelo Decreto- Lei n.º 1.455, de 1976, resultando na decretação da pena de perdimento dos produtos em razão da prática de contrabando ou descaminho, mostrando-se preclusa na atual fase processual a discussão quanto à existência, ou não, do ilícito que deu azo ao perdimento das mercadorias, matéria decidida em instância única em outro processo.** SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SUMULA CARF 02. 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. (Acórdão n.º 1301-004.849, Relatora: Bianca Felícia Rothschild, Data: 11/11/2020) – Grifou-se.

No tocante à aplicação do princípio da insignificância requerido pela Recorrente (valor da apreensão ser insignificante), trago as lições do Ilustre Conselheiro Carlos André Soares Nogueira, em voto no Acórdão n.º 1401-004.809

“(…) Princípio da insignificância.

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. 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.

Assim, que fique claro, a lei não confere discricionariedade à autoridade julgadora administrativa para aplicar, no âmbito do Direito Tributário, institutos próprios do Direito Penal, em face de tratar-se de atividade vinculada e obrigatória, estando subordinado aos comandos que estiverem expressamente previstos em lei.

Há se ressaltar, em tempo, que o Superior Tribunal de Justiça inclusive sumulou o tema, em seu enunciado n.º 599: "*O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública*".

Ademais, em relação à ofensa a outros princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF n.º 2).

Por fim, no que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Destarte, tem-se que nos estritos termos legais este entendimento está de acordo com o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015).

Isto posto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes