



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12719.720714/2019-49
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.522 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 15 de julho de 2021
Recorrente MATEUS ARAUJO SIMÕES PIRES EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/06/2019

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

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)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, - Relatora

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

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de n.º 10-68.294, proferido pela 6ª Turma da DRJ/SPO, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela Recorrente, mantendo sua exclusão do Simples Nacional, com fulcro no artigo 29, inciso VII, e § 1º, da LC n.º 123/2006, em decorrência da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, com efeitos a partir de 01/06/2019, ficando impedida de optar pelo regime diferenciado de tributação pelos próximos três anos seguintes, consoante o disposto nos § 1º do art. 29 da Lei Complementar n.º 123, de 2006; combinado com o art. 84 inciso IV, alínea “f” da Resolução CGSN n.º 140, de 2018.

Por bem relatar os fatos, adota-se o relatório do acórdão de piso nos seguintes termos:

“Da exclusão do Simples Nacional

Trata-se de processo relativo à exclusão do contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, iniciado com a “Representação Fiscal Exclusão Simples n.º 0927500-54809/2019” (fl. 3).

A fiscalização informa na Representação Fiscal que a empresa Mateus Araujo Simões Pires foi autuada pela configuração da hipótese de dano ao erário prevista no artigo 105, inciso 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 o que consta do “Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias n.º 0927500- 54259/2019”, parte integrante do processo n.º 12719.720651/2019-21. A decisão final administrativa resultou na aplicação da pena de perdimento, ficando caracterizada a comercialização de mercadorias estrangeiras objeto de contrabando ou descaminho, que é hipótese de exclusão de ofício do Simples Nacional prevista no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar n.º 123/2006.

A Representação Fiscal foi objeto de análise por meio do Despacho Decisório SIMPLES/BENFIS/SRRF9ªRF N.º 627/2019, de 13/08/2019 (fls. 38/50), com a conclusão de que a empresa deveria ser excluída do Simples Nacional pela incidência da hipótese de vedação, que é a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

A empresa foi excluída do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo - ADE BENFIS/SRRF09 n.º 54, de 13/08/2019, em virtude da constatação da hipótese prevista no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar n.º 123/2006. Os efeitos da exclusão retroagiram a 01/06/2019, nos termos do § 1º do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123/2006, combinado com o artigo 84, inciso IV, alínea “f”, da Resolução CGSN n.º 140/2018, ficando a empresa impedida de optar pelo Simples Nacional nos três anos-calendário seguintes.

Da manifestação de inconformidade

O contribuinte teve ciência do ADE BENFIS/SRRF09 n.º 54/2019 em 09/09/2019 (fl. 53) e apresentou em 08/10/2019 a manifestação de inconformidade de fls. 56/61, cuja tempestividade está atestada à fl. 215 dos autos.

Em síntese, o contribuinte alega que:

ilegalidade da exclusão do Simples Nacional

a) apesar das mercadorias terem sido apreendidas no interior do seu estabelecimento, não há provas concretas no processo administrativo de que os produtos apreendidos se originam de ato de contrabando;

b) tentou comprovar junto à RFB a origem lícita de todos os produtos apreendidos, apresentando as notas fiscais pertinentes, mas, em ato de ilegalidade, os agentes se mantiveram irredutíveis com o intuito de não liberar os produtos, o que aconteceu com a minoria destes;

c) o mero fato de ter havido perdimento de bens, o que se deu pela sua falta de insurgência, não é suficiente para caracterizar a hipótese de exclusão prevista no inciso VII do artigo 29 da Lei do Simples Nacional, porquanto a circunstância de as mercadorias serem objeto de contrabando ou descaminho não pode ser presumida, não havendo elementos nos autos que provem de modo cabal que tenha cometido tal infração;

d) ao ser intimado de uma apreensão que pode levar à perda das mercadorias, o contribuinte pode escolher entre a conveniência de se esforçar para demonstrar a regularidade de sua obtenção ou de se manter silente, com a conseqüente perda. No caso, a empresa autuada entendeu ser conveniente, à época, não empreender esforços para recuperar as mercadorias, tendo em vista a irredutibilidade dos agentes responsáveis pela verificação das notas fiscais;

e) a conclusão da hipótese de revenda de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho deu-se apenas pela consumação da pena de perdimento. Deixar de apresentar documentação comprobatória da internalização de bens é conduta materialmente diversa de internalizar irregularmente produtos ou bens. Embora a primeira conduta possa servir de indício da segunda, somente a demonstração da internalização irregular é que poderia justificar a decisão administrativa;

f) especialmente diante das notas fiscais de compra que apresentou, cabia à fiscalização o ônus de provar a ocorrência do ilícito, o que não ocorreu, sendo ilegal sua exclusão do Simples Nacional;

arbitrariedade da exclusão do Simples Nacional

g) a exclusão do Simples Nacional é puramente sanção política, implicando em negativa de direito ao exercício da atividade econômica empresarial;

h) a utilização do ato de exclusão do contribuinte do regime do Simples Nacional como forma de puni-lo por supostas ilegalidades sem qualquer instrução probatória (inciso VII do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123/2006) fere o princípio constitucional da presunção de inocência.

A empresa afirma que pretende instruir seus argumentos com as seguintes provas:

- a) juntada de documentos em anexo, em especial as notas fiscais pertinentes aos produtos perdidos;
- b) diligências: depoimento pessoal da autuada e dos agentes fiscais, por necessária a comprovação de que houve a tentativa de comprovação da origem lícita dos bens.

Ao final, requer o recebimento da contestação, por tempestiva, com a revisão da decisão que a excluiu do Simples Nacional.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do Fato Gerador: 01/06/2019

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

No âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos seus órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

PRODUÇÃO DE PROVAS.

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

DEPOIMENTO PESSOAL. IRRELEVÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

O pedido para tomada de depoimentos pessoais deve ser indeferido tanto por destinar-se a fazer prova acerca de fato irrelevante para o deslinde da controvérsia, quanto pela inexistência de previsão legal, no julgamento de primeira instância administrativa, que autorize a realização de uma audiência de instrução com esta finalidade.

Após apreciar a dita manifestação de inconformidade, a 6ª Turma da DRJ/SPO entendeu por bem julgá-la improcedente. A ementa da referida decisão segue transcrita:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do Fato Gerador: 01/06/2019

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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, com a decisão da DRJ a Recorrente interpôs recurso voluntário e em breve arrazoado argumentou:

“(…)

III. DIREITO

A autoridade administrativa indeferiu o pedido de produção de provas pautado na alegação de que os processos n. 12719.720651/2019-21 que trata do auto de infração de apreensão de mercadorias e n. 12719.720714/2019-49 que trata da exclusão do simples nacional têm tramitação diversa, sendo o segundo apoiado na Lei Complementar 123/2006, cujo expediente se dá na forma do Decreto 70.235/1972.

Isso porque, afirma que a rediscussão da matéria com a devida produção de provas, restou superada no primeiro processo, não tendo respaldo seu levantamento nestes autos.

Pois bem, no que toca à temática, a Lei n. 1.455 de 1976 que dispõe sobre bagagem de passageiro procedente do exterior, disciplina o regime de entreposto aduaneiro, estabelece normas sobre mercadorias estrangeiras apreendidas e dá outras providências, preleciona em seu art. 23, inciso I, que:

“Art 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

I - importadas, ao desamparo de guia de importação ou documento de efeito equivalente, quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa na forma da legislação específica em vigor;”

O parágrafo 1º do art. 23 da legislação supramencionada, determina que em razão do dano decorrente da conduta, haverá punição que se refere a pena de perdimento das mercadorias.

Em decorrência, o art. 27, §1º discorre:

“Art 27. As infrações mencionadas nos artigos 23, 24 e 26 serão apuradas através de processo fiscal, cuja peça inicial será o auto de infração acompanhado de termo de apreensão, e, se for o caso, de termo de guarda.

§ 1º Feita a intimação, pessoal ou por edital, a não apresentação de impugnação no prazo de 20 (vinte) dias implica em revelia.”

Dessa maneira, verifica-se do brocardo que – muito embora tenha sido aparentemente decretada revelia em vista de suposta ausência de manifestação, a sanção prevista para o fato é a de perdimento dos bens, já que somente mediante Lei formal poderá haver a tipificação de conduta incriminadora, com a respectiva sanção.

Apesar de não ser o momento oportuno, como afirma a autoridade administrativa, o contribuinte recorreu novamente à tentativa produzir meio de provas, para que tivesse seu direito assegurado, uma vez que conduz seu estabelecimento de acordo com as normas legais.

Dessa maneira, foram protocoladas juntamente com a impugnação e as documentações de admissibilidade necessárias, as notas fiscais, boletos e comprovantes de pagamos destes, que demonstram a licitude dos produtos; tendo ainda juntados seus antecedentes criminais que se verifica que nada consta em seu desfavor, assim como demonstrativo de ausência de débitos perante a Fazenda Pública, conforme indicado no Decreto n.70.235/1972, art. 16 §§ 4º e 5º (conforme termo de solicitação de juntada, datado de 09/10/2019).

De mais a mais, a discussão cinge contrariamente ao que é discorrido no acórdão proferido, tendo em vista que já mencionado que o empresário se conformou com o perdimento de bens e não busca nesta seara rediscutir sobre tal ponto; mas sim, visa-se que o contribuinte não tenha seu estabelecimento excluído do simples nacional, sem que haja indícios concretos para tanto.

Sabe-se que a Lei Complementar 123 de 2006 que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte é clara ao disciplinar em seu art. 28, caput, **que “a exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes”**, complementando o art. 29, inciso VII, que a exclusão dar-se-á quando a empresa comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Em verdade, é de conhecimento geral que, para que o indivíduo seja considerado culpado, deverá haver o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme assegura o art. 5, LVII, da Carta Constitucional de 1988, o qual é manifestação do princípio da legalidade.

Sendo assim, a autoridade administrativa possui competência para aplicar sanção a qual a Lei n. 1.455/76, art. 27 autoriza, qual seja, o perdimento de bens mas, não há prerrogativa de determinar a exclusão de ofício do contribuinte do simples nacional baseado na prática de crime que nem ao menos passou pelo crivo do Judiciário, que é verdadeiro legitimado para tanto, resultando o presente caso em clara ofensa ao que dispõe o Decreto 123/2016, pois inócua a decisão.

Quando o órgão administrativo determina a exclusão do contribuinte do regime do simples nacional com base na suposição da prática do crime previsto nos arts. 334/334-A do CP, ele está ofendendo o princípio da legalidade estrita, prevista no art. 37, caput, da Carta Magna, ao qual a própria Administração menciona em seu acórdão ser obrigada a seguir, como também está fazendo às vezes de órgão julgador, ofendendo o princípio da Separação dos Poderes, sem o mínimo respaldo, pois pauta-se num processo administrativo que ensejou o perdimento de bens, agindo contrariamente ao que dispõe o Decreto 123/2006, uma vez que não há que se atribuir a prática de crime ao empresário.

Nobres julgadores, a defesa não se manifestaria, se o caminho inverso fosse adotado; explica-se que, se houvesse uma sentença penal condenatória transitada em julgado, em que fosse provado o descaminho e houvesse a exclusão do contribuinte do Regime do Simples Nacional, nada poderia ser feito já que a Administração Pública estaria dotada de razão, devendo o infrator conformar-se com a punição, o que sabe-se não ser o caso em apreço.

Por tudo quanto exposto, requer-se a reconsideração da decisão no que toca a impossibilidade de não exclusão do beneficiário, diante da ausência de prática do crime a ele imputado, sendo o processo sobrestado até que se tenha meios concretos de comprovação da prática do delito.

IV. PEDIDO

Por todo o exposto, **REQUER** o recebimento do presente Recurso, por tempestivo, com a revisão da decisão que excluiu a empresa do Simples Nacional, para que possa permanecer no regime instituído pela LC 123/2006.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça,, Relatora.

Da análise dos pressupostos de admissibilidade recursal:

Inicialmente, cumpre esclarecer que o recurso é tempestivo. Isso porque, a Recorrente foi cientificada do r. acórdão no dia 12/03/2020, em 20/03/2020 foi publicada Portaria CARF nº 8112, que suspendeu, por motivo de força maior, os prazos para a prática de atos processuais no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais até 30/04/2020.

Em sequência, uma nova Portaria CARF nº 10.199 de 20/04/2020 prorrogou a suspensão dos prazos para a prática de atos processuais no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais até 29/05/2020. Diante disso, os prazos foram retomados a partir de 01/06/2020.

Isto posto, o protocolo do recurso voluntário, em 29/06/2020 (e-fls. 100), é tempestivo e, ademais, cumpre com os demais requisitos legais de admissibilidade, razão pela qual deles tomo conhecimento e passo a apreciar.

Do Mérito

Conforme já relatado, a Recorrente foi excluída do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo - ADE BENFIS/SRRF09 nº 54, de 13/08/2019 (e-fls. 351), em virtude da constatação da hipótese prevista no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123/2006. Os efeitos da exclusão retroagiram a 01/06/2019, nos termos do § 1º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, combinado com o artigo 84, inciso IV, alínea "f", da Resolução CGSN nº 140/2018, ficando a empresa impedida de optar pelo Simples Nacional nos três anos-calendário seguintes.

Discordando do procedimento fiscal, pretende a Recorrente a reforma do acórdão de primeira instância, com a consequente anulação do ADE citado, alegando que não comercializou mercadoria objeto de contrabando ou descaminho e para tanto apresentou notas fiscais, que supostamente comprovaria sua origem, mas que foram desconsideradas.

Ocorre que apesar de ter sido devidamente informado no processo nº 12719.720651/2019-21 de que teria o prazo de vinte dias, contados da ciência do "Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias nº 0927500-54259/2019, para impugnar o procedimento, Recorrente optou por manter-se em silêncio e não oferecer qualquer instrumento de defesa com as provas que alega possuir a seu favor, tais como as notas fiscais que comprovassem a regularidade da importação ou aquisição de mercadorias no mercado interno, para que fossem analisadas pela autoridade administrativa encarregada da decisão no âmbito aduaneiro.

Assim, como a Recorrente não apresentou impugnação ao Auto de Infração objeto do processo n.º 12719.720651/2019-21, foi aplicada a pena de perdimento às relacionadas no Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias n.º 0927500- 54259/2019, ficando caracterizada a comercialização de mercadorias estrangeiras objeto de contrabando ou descaminho, visto não haver comprovado sua importação regular.

Em outras palavras, o prazo regulamentar transcorreu sem que a impugnação fosse apresentada, o que acarretou a declaração da revelia, nos termos do § 1º do artigo 27 do Decreto-Lei n.º 1.455/1976, e na subsequente aplicação da pena de perdimento das mercadorias apreendidas. Segue transcrito o dito TERMO DE REVELIA de e-fls. 35:

“Considerando que os autuados foram devidamente cientificados dos termos do Auto de Infração objeto deste processo, e transcorrido o prazo regulamentar sem apresentação de impugnação, declara-se a revelia, nos termos do artigo 27, § 1º, do Decreto-lei n.º 1.455, de 7 de abril de 1976.”

Desta forma, tornou-se definitiva a situação ensejadora da apreensão e posterior perdimento do bem, qual seja o comércio de mercadorias estrangeiras introduzidas no mercado nacional desacompanhadas da documentação pertinente.

Isso porque, atualmente, o rito de julgamento do processo referente à pena de perdimento está prevista no art. 774 do Decreto n.º 6.759/09 (Regulamento Aduaneiro – RA), que prevê a instância única, cabendo aos Delegados da Receita Federal do Brasil e Inspetores-Chefes da Receita Federal do Brasil aplicar pena de perdimento de mercadorias e valores, nos termos da Portaria MF n.º 587/2010 (Regimento Interno da secretaria da Receita Federal do Brasil).

Além do que, o rito aplicável ao processo administrativo relacionado à perda de perdimento prevê que a citação do contribuinte poderá ocorrer por via pessoal ou postal, sem ordem de preferência, conforme depreende-se da leitura do § 1º do art. 774 do Regulamento Aduaneiro:

Art. 774. As infrações a que se aplique a pena de perdimento serão apuradas mediante processo fiscal, cuja peça inicial será o auto de infração acompanhado de termo de apreensão e, se for o caso, de termo de guarda fiscal (Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, art. 27, caput).

§ 1º Feita a intimação, pessoal ou por edital, a não-apresentação de impugnação no prazo de vinte dias implica revelia (Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, art. 27, § 1º).

§ 2º Considera-se feita a intimação e iniciada a contagem do prazo para impugnação quinze dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado. (destaques não constam do texto original)

Nesta senda, a discussão sobre o contrabando ou descaminho deveria ter sido realizada no processo próprio e, como não o foi, houve a decretação da a revelia. Ou seja, ocorreu a preclusão temporal quanto ao fato de a mercadoria ser ou não objeto de contrabando ou descaminho. É importante destacar a seguinte passagem da decisão recorrida:

“O contribuinte apresenta em sua manifestação de inconformidade alegações relacionadas ao processo n.º 12719.720651/2019-21, em que tramitou o "Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias n.º 0927500-54259/2019".

O processo n.º 12719.720651/2019-21 e este processo n.º 12719.720714/2019-49, que trata da exclusão do Simples Nacional em decorrência das disposições da Lei Complementar n.º 123/2006, têm tramitação diversa, obedecendo cada qual o seu rito próprio: o primeiro de acordo com as disposições da legislação aduaneira, que estabelece decisão em instância única, e o segundo na forma do Decreto n.º 70.235/1972.

Observa-se que o contribuinte foi devidamente informado no processo n.º 12719.720651/2019-21 de que teria o prazo de vinte dias, contados da ciência do "Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias n.º 0927500-54259/2019", para impugnar o procedimento. Neste prazo, caberia ao contribuinte apresentar as provas que alega possuir a seu favor, tais como as notas fiscais que comprovassem a regularidade da importação ou aquisição de mercadorias no mercado interno, para que fossem analisadas pela autoridade administrativa encarregada da decisão no âmbito aduaneiro.

O prazo regulamentar transcorreu sem que a impugnação fosse apresentada, o que acarretou a declaração da revelia, nos termos do § 1º do artigo 27 do Decreto-Lei n.º 1.455/1976, e na subsequente aplicação da pena de perdimento das mercadorias apreendidas.

Assim, a tentativa do contribuinte de rediscutir neste autos as questões atinentes ao procedimento fiscal que culminou com o perdimento das mercadorias relacionadas no "Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias n.º 0927500-54259/2019" não pode ser aceita, pois trata-se de matéria que tramitou em processo próprio e já tem decisão definitiva no âmbito administrativo.”

Repise-se, uma vez considerado definitivo o procedimento administrativo que efetivou o auto de infração e o termo de guarda fiscal de mercadoria, onde essas questões deveriam ter sido questionadas, não há mais o que discutir a não ser verificar se tal circunstância já demonstrada é causa ou não de exclusão do Simples Nacional.

Assim, como bem consignado no acórdão de piso, a tentativa da Recorrente de rediscutir neste autos as questões atinentes ao procedimento fiscal que culminou com o perdimento das mercadorias relacionadas no "Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias n.º 0927500-56059/2019" não pode ser aceita, pois trata-se de matéria que tramitou em processo próprio e já tem decisão definitiva no âmbito administrativo.

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, desborda 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 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.** 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 nº 1301-004.849, Relatora: Bianca Felícia Rothschild, Data: 11/11/2020) – Grifou-se.

Do voto condutor do último acórdão cuja ementa foi transcrita, da lavra da relatora Bianca Felícia Rothschild, pinça-se trecho adotando-o como complemento da fundamentação as minhas razões de decidir:

“(…)

Ausência de comercialização Alega a Recorrente que o estabelecimento comercial da pessoa jurídica representada, jamais comercializou qualquer modalidade de cigarros, muito menos oriundos de contrabando.

Defende que a s 590 carteiras de cigarros apreendidas pela Autoridade Fiscal no estabelecimento da pessoa jurídica representada, o que corresponde a aproximadamente 29 (vinte e nove) caixas contendo 20 (vinte unidades) cada uma, não estavam expostos à venda, mas era utilizado para consumo próprio dos proprietários do estabelecimento comercial e seus familiares.

Mesmo assim, diante da fiscalização, os produtos (cigarro s) foram apreendidos e, conseqüentemente, lavrado o auto de infração relatando se tratar de comércio de mercadorias objeto de contrabando.

Entendo que carece de razão a Recorrente.

A maioria das alegações de mérito esgrimidas pela Recorrente dizem respeito exclusivamente à subsistência do auto de infração.

Tais alegações, desborda do escopo deste processo rediscutir a titularidade das mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, a efetiva destinação comercial destas mercadorias. Todos esses pontos dever iam ser alegados no processo nº 13971.005.029/2009 - 99.

Assim, no presente processo, tomo como ponto de partida a situação jurídica constituída por meio do auto de infração, que se tornou definitivo na esfera administrativa.

Insignificância dos Valores Frente à Receita e Da Insignificância Tributária Penal

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. Ou seja, 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 nº 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 nº 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”.

Em suma, por toda a fundamentação delineada, no mesmo sentido da decisão recorrida neste processo, é irrelevante para o seu deslinde a demonstração de que houve a tentativa de comprovação da origem lícita dos bens, pois, como amplamente exposto, esta prova deveria ter sido feita no processo relativo ao "Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias nº 0927500-56059/2019, onde a Recorrente optou por não manifestar sua insurgência, conforme já explicado, o que desencadeou sua exclusão do Simples Nacional.

Afinal, a inércia da Recorrente no Processo nº 12719.720651/2019-21 tem efeitos não só no âmbito aduaneiro, com a decretação da pena de perdimento, mas também no tributário, com sua exclusão do Simples Nacional em razão de ter sido considerado incontroverso, na seara administrativa, que houve comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Ademais, atinente aos 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 nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF nº 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 nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015).

Ante o exposto, voto em negar provimento ao recurso voluntário no sentido de manter a exclusão da Recorrente do Simples Nacional, com base no dispositivo legal mencionado, com efeitos a partir de 01/06/2019, nos termos do inciso VII do art. 29 da L nº 123/2006, ficando, ainda, impedida de optar pelo regime diferenciado de tributação pelos próximos três anos seguintes, consoante o disposto nos § 1º do art. 29 da LC nº 123/2006; combinado com o art. 84 inciso IV, alínea “f” da Resolução CGSN nº 140, de 2018

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça,