



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12719.720732/2019-21
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.413 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 08 de junho de 2021
Recorrente FRANCIELE CRISTINA NERES GAZZONI
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.

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 nº 12-68.298, proferido pela 6ª Turma da DRJ/POA, 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 junho de 2019.

Por economia processual e por entender suficientes as informações constantes no Relatório do r. acórdão, passo a transcrevê-lo abaixo:

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 nº 0927500-56012/2019" (fl. 3).

A fiscalização informa na Representação Fiscal que a empresa Franciele Cristina Neres Gazzoni foi autuada pela configuração da hipótese de dano ao erário prevista no artigo 105, inciso X, do Decreto-Lei nº 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 e Apreensão de Mercadoria nº 0927500- 55032/2019", parte integrante do processo nº 12719.720665/2019-44. 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 nº 123/2006.

A empresa foi excluída do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo - ADE BENFIS/SRRF09 nº 64, de 16/08/2019, 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.

Da manifestação de inconformidade

O contribuinte teve ciência do ADE BENFIS/SRRF09 nº 64/2019 em 09/09/2019 (fl. 49) e apresentou em 09/10/2019 a manifestação de inconformidade de fls.

53/66, cuja tempestividade está atestada à fl. 361 dos autos.

Em preliminar, o contribuinte alega que:

a) identificou vícios no ato de lacração e recolhimento das mercadorias, o que teria cerceado o seu direito de defesa, tornando nulo o processo administrativo desde a origem. O "Termo de Lacração de Volumes" não contém a correta identificação das mercadorias apreendidas. O prazo concedido para apresentação dos documentos comprobatórios da regularidade fiscal dos produtos recolhidos foi exíguo;

b) em nenhum momento lhe foi exposto, no curso do processo administrativo, que poderia ser aplicada a penalidade de exclusão do Simples Nacional. O "Termo de Lacração de Volumes" não continha a indicação da possível aplicação da penalidade. Jamais foi cientificado de que a não apresentação de defesa administrativa em face do auto de infração acarretaria na conclusão da comercialização de produtos oriundos de descaminho ou contrabando e, ao final, a aplicação da penalidade tão gravosa. Não é porque silenciou quanto ao perdimento das mercadorias que anuiu com a exclusão do regime tributário, até porque sequer foi cientificado da possibilidade disso vir a ocorrer. Conclui que houve cerceamento ao seu direito à ampla defesa, devendo ser anulado o processo administrativo sem qualquer imposição penal ao impugnante.

No mérito, o contribuinte alega que inexistente a apuração, por autoridade competente, da prática dos crimes de contrabando e/ou descaminho.

Assevera que a hipótese do artigo 29, VII, da Lei Complementar nº 123/2006, não traz a previsão de exclusão para os casos de suspeita dos crimes ou indícios dos mesmos, sendo necessário que se apure inicialmente o cometimento desses crimes para, posteriormente, configurada a infração penal, aplicar-se aos que dela se beneficiaram as demais penalidades cominadas, dentre elas a exclusão do Simples Nacional.

Alega que não há notícia nos autos da existência de inquérito policial e ação penal em curso, e nem da conclusão, por decisão judicial transitada em julgado, sobre o cometimento dos crimes.

Sustenta que, inobstante a independência das esferas administrativa e penal, a hipótese legal que embasa a conclusão no caso vertente é expressa em indicar que a comercialização que a justifica é aquela que envolva mercadorias produto de atos ilícitos (contrabando e descaminho), sendo inafastável o prévio reconhecimento do crime para posterior aplicação da pena de exclusão.

Afirma que, até que haja a conclusão por decisão judicial transitada em julgado de que os produtos comercializados foram objeto do crime de contrabando e descaminho, é indevida a aplicação da penalidade de exclusão do Simples Nacional.

Entende que, para a caracterização dos ilícitos penais, deve haver prova inequívoca de sua ocorrência, não podendo a autoridade fiscal presumir a comercialização de mercadorias oriundas de contrabando ou descaminho, pois o perdimento de mercadorias não é razão para a aplicação da pena de exclusão do Simples Nacional.

Afirma que detém os documentos fiscais comprobatórios da regularidade de aquisição das mercadorias apreendidas, conforme cópias das notas fiscais apresentadas por amostragem em anexo, e que vários dos produtos apreendidos pela RFB foram adquiridos no mercado interno, de empresas legalmente constituídas, conforme informações constantes tanto nas embalagens dos produtos, com identificação da empresa importadora, quanto nas próprias notas fiscais.

Alega que é adquirente de boa fé, e observada a presunção de veracidade dos documentos/notas fiscais apresentados, recai sobre a autoridade fiscal o ônus probatório da ilicitude apontada (descaminho/contrabando).

Conclui que, não havendo prova contundente da caracterização da comercialização de mercadorias oriundas dos ilícitos de descaminho ou contrabando, é nula a decisão que aplica a penalidade prevista no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123/2006, merecendo imediata revisão.

Ao final, requer:

- a) seja atribuído efeito suspensivo à impugnação, suspendendo os efeitos das penalidades impostas até que seja proferida decisão final no processo administrativo fiscal;
- b) como preliminares, seja reconhecida e declarada a nulidade do processo administrativo em questão, ante o cerceamento do direito de defesa, seja pela falta de intimação quanto à lavratura do Auto de Infração, seja pelos vícios contidos no procedimento, arquivando-se o processo administrativo sem a aplicação de qualquer penalidade, nos termos da fundamentação;
- c) sucessivamente, no mérito, seja reconhecida e declarada a nulidade da decisão que excluiu a requerente do Simples Nacional pelo período de 03 anos, deixando de aplicar a penalidade, nos termos da fundamentação;
- d) a liberação de todas as mercadorias da recorrente que permaneceram apreendidas (em decorrência da "Operação 3 Elementos") em poder da Receita Federal;
- e) o arquivamento do presente processo administrativo, sem qualquer imposição ou imputação penal/administrativa/cível à Requerente.
- f) caso não seja esse o entendimento, que seja ao menos concedido novo prazo para a identificação e comprovação da regularidade das mercadorias apreendidas;
- g) a produção de provas testemunhais, documentais e, principalmente, periciais, e, ainda, a oportunidade de oferecimento de alegações finais, como facultado pela Lei nº 9.784/1999;
- h) independentemente de todos os pedidos anteriores, que sejam conservadas todas as mercadorias ora apreendidas, de modo que seja preservada a integridade da prova para futura realização de perícia judicial;
- i) que todos os atos doravante sejam comunicados aos procuradores da autuada, conforme dados constantes no rodapé da contestação.

É o relatório.

Após apreciar a dita manifestação de inconformidade, a 6ª Turma da DRJ/POA julgou-a improcedente. A ementa da referida decisão segue transcrita:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do Fato Gerador: 01/06/2019

EXCLUSÃO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE TEMPESTIVA. EFEITO SUSPENSIVO.

A manifestação de inconformidade apresentada tempestivamente suspende os efeitos do Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples Nacional até a decisão definitiva desfavorável ao contribuinte.

PRODUÇÃO DE PROVAS.

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

PEDIDO DE PERÍCIA. NECESSIDADE DE ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO.

O pedido de perícia efetuado pelo contribuinte sem a exposição de motivos que o justifiquem, sem a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, e sem o fornecimento do nome, endereço e qualificação profissional do seu perito, deve ser considerado não formulado.

DEPOIMENTO PESSOAL. ALEGAÇÕES FINAIS. IMPOSSIBILIDADE.

Inexiste previsão no julgamento de primeira instância para uma audiência de instrução em que sejam colhidos depoimentos pessoais, ou para que o contribuinte apresente suas alegações finais.

INTIMAÇÃO NO ENDEREÇO DO PROCURADOR. IMPOSSIBILIDADE.

No processo administrativo fiscal é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

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

A contribuinte foi cientificada do acórdão da DRJ no dia 02/05/2020 (e-fls. 375) e apresentou recurso voluntário no dia 02/06/2020 (e-fls. 379 a 401), com os fatos e fundamentos abaixo sintetizados:

Aponta omissões na decisão recorrida que, segundo defende, deixou de apreciar alguns fundamentos da impugnação, acarretando a nulidade da decisão. Alega que a DRJ deixou de analisar o pedido de existência de vícios no ato de lacração e recolhimento das mercadorias, sob o fundamento de que se referia a outro processo administrativo relativo ao auto de infração, contudo a Recorrente entende se tratar de vício de motivação e, por conseguinte, a autoridade a quo não poderia deixar de o analisar. Considerou ainda que a origem do presente processo é motivado pela conclusão do processo do auto de infração.

A Recorrente, no tópico de nulidades, ratifica a existência de vícios na “Operação 3 Elementos” que maculam o processo administrativo, tais como ocorreu com o “termo de lacração de volumes”. Aduz que não foi cientificada de que a não apresentação de defesa contra o auto de infração acarretaria a exclusão do Simples Nacional. Levando ao cerceamento do direito de defesa.

Argui ainda nulidade em razão do indeferimento de produção de provas, pois afirma possuir comprovação da regularidade de aquisição dos bens apreendidos.

Defende que a revelia no processo do auto de infração não pressupõe induzir que as mercadorias tem origem em contrabando ou descaminho, alega existir independência entre as esferas e apontar como crime de contrabando não pode ser aplicada por pura presunção, é necessário prova inequívoca da ocorrência de prática criminosa na importação de mercadorias.

Ao final, requereu:

3.1 Em virtude dos fatos e fundamentos acima expostos, a Recorrente interpõe o presente Recurso Voluntário, requerendo seja recebido e autuado, reformando o acórdão recorrido, para:

a) Preliminarmente, seja atribuído efeito suspensivo ao presente Recurso Voluntário, nos termos do art. 33, caput, do Decreto 70.235/72, suspendendo os efeitos das penalidades impostas até que seja proferida decisão final no processo administrativo;

b) Ainda como **preliminar de mérito**, requer seja declarada a **nulidade** e cassado o acórdão recorrido, que deixou de enfrentar as preliminares da impugnação da ora Recorrente, retornando o processo à origem para que seja proferida nova decisão, dessa vez com o enfrentamento de todas as razões suscitadas pela parte, nos termos da fundamentação;

c) Sucessivamente, caso não se entenda pela procedência do pedido anterior, que ao menos sejam analisadas as teses de nulidade suscitadas e, diante dos vícios formais e de motivação na origem do processo administrativo, seja declarada a sua **nulidade**, ante o cerceamento do direito de defesa, arquivando-se o processo administrativo sem a aplicação de qualquer penalidade, nos termos da fundamentação;

d) Também como **preliminar de mérito**, diante do cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório em razão do indeferimento do pedido de produção de prova, deve o acórdão ser cassado em razão da sua nulidade, retornando o feito à origem e oportunizando a Recorrente a ampla produção de provas, nos termos do requerimento originário, conforme a fundamentação;

e) **No mérito**, diante da ilegalidade da presunção da origem descaminhada das mercadorias apreendidas para fins de aplicação da penalidade prevista no art. 29, inciso VII, da LC 123/06, e diante da ausência de provas nesse sentido, seja reformado o acórdão recorrido para declarar a nulidade do despacho decisório de imposição da penalidade, arquivando-se o processo administrativo sem a aplicação de qualquer penalidade, nos termos da fundamentação;

f) Ao final, o arquivamento do presente processo administrativo, sem qualquer imposição ou imputação penal/administrativa/cível a Recorrente;

g) Caso não seja esse o entendimento de Vossas Senhorias, requer seja ao menos concedido novo prazo para a identificação e comprovação da regularidade das mercadorias apreendidas.

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.

A Recorrente foi excluída do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo - BENFINS/SRRF09 nº 064, de 16 de agosto de 2019, fl. 47, com efeitos a partir de 1.º de junho de 2019, com base no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em virtude da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Discordando do procedimento fiscal, pretende a Recorrente a nulidade do acórdão de primeira instância, apontando alegações relacionadas a nulidades de lacração dos volumes, cerceamento do direito de defesa e produção de prova, como ainda alegou ausência de prova do cometimento do crime de contrabando.

A Apresentação de recurso voluntário tempestivo suspende os efeitos da exclusão do Simples Nacional, nos termos do artigo 39 da Lei Complementar nº 123/2006, combinado com o artigo 83, § 3º, da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/2018, publicada no DOU de 24/05/2018, isso porque a apresentação tempestiva da manifestação de inconformidade tem como consequência suspender os efeitos da exclusão do Simples Nacional até a decisão definitiva desfavorável ao contribuinte.

Em relação as alegações de nulidade do r. acórdão por ter a Turma *a quo* deixado de supostamente enfrentar a alegação de nulidade na lacração dos volumes, como as arguições de nulidade em razão de vícios formais e de motivação na origem do processo administrativo relativo ao auto de infração, alegando, em consequência, cerceamento de defesa, contudo esses são pedidos relacionados ao processo do Auto de Infração, no qual se analisou as mercadorias apreendidas.

A DRJ, acertadamente, demonstrou que são processos distintos e com procedimentos e regras distintas, logo as arguições de nulidade do procedimento ou na lacração dos volumes deveriam ter sido arguidos naquele processo (nº 12719.720665/2019-44).

Ocorre que apesar de ter participado do momento de apreensão das mercadorias e da lavratura do Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias processos n.sº 0927500-55712/2019 e 12719.720665/2019-44, abrindo-se-lhe prazo em ambos os procedimentos, ou para apresentar documentos e prestar informações e esclarecimentos, ou para impugnar a peça de autuação, a Recorrente optou por manter-se em silêncio e não oferecer qualquer instrumento de defesa.

Desta forma, tornou-se definitiva tanto a pena de perdimento das mercadorias, como a situação ensejadora da apreensão e posterior perdimento do bem.

Isso porque, atualmente, o rito de julgamento do processo referente à pena de perdimento está prevista no art. 774 do Decreto nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 revelia. Ou seja, ocorreu a preclusão temporal quanto ao fato de a mercadoria ser ou não objeto de contrabando ou descaminho.

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.

Portanto, desborda dos limites do presente feito a rediscussão daqueles fatos que ficaram assentes no Processo n.º 12719.720665/2019-44, visto que, conforme já dito – e reconhecido pela própria Recorrente – não houve a impugnação do auto de infração e, portanto, tem-se como incontroversos os fatos lá narrados.

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 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.** (Acórdão nº 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 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 positivizar 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”.

Ademais, a alegação de que não lhe foi cientificado que a ausência de defesa no processo do auto de infração acarretaria a exclusão do Simples Nacional não merece prosperar, visto que a Lei Complementar nº 123/2006 deixa clara a impossibilidade de se manter no Simples Nacional as empresas que praticam atos ilícitos. Logo, não há como considerar existir ignorância quanto à legislação da sistemática simplificada e, por conseguinte, entende-se não estar configurado cerceamento do direito de defesa.

Diante disso, rejeito as preliminares de mérito apresentadas, pois buscam rediscutir a subsistência do auto de infração e esse não é o processo adequado para tal fim.

No tocante à preliminar de cerceamento do direito de produção de provas, mais uma vez, busca a Recorrente, através do processo de análise de exclusão do Simples Nacional rediscutir e produzir provas relacionadas ao processo administrativo do Auto de Infração nº 12719.720665/2019-44.

Neste processo, não se teve acesso aos itens apreendidos, mas apenas a lista dos mesmos, logo quaisquer produção de provas de aquisição dos bens deve ser realizado no procedimento próprio para isso, no qual a autoridade fiscal poderá confrontar o item apreendido com a respectiva comprovação da origem de aquisição do bem.

Em relação ao mérito, a Recorrente alega que inexistente comprovação do contrabando e que o processo administrativo de exclusão do Simples não pode se valer de mera presunção.

Não obstante a Recorrente discordar dos fundamentos do r.acórdão em relação a esse tópico, a decisão guerreada andou bem na solução, explicando de forma clara e objetiva que não se analisa a prática do ato ilícito, mas apenas se a contribuinte preenche os requisitos estabelecidos em lei para aplicação da pena administrativa de exclusão do Simples Nacional (art. 29, VII, LC nº 123/2006). Senão vejamos o trecho da decisão recorrida, da qual concordo e torno parte deste voto:

A exclusão do Simples Nacional da empresa Franciele Cristina Neres Gazzoni tem como fundamento o 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.

(...)

O contribuinte alega que inexistente a apuração, por autoridade competente, da prática dos crimes de contrabando e/ou descaminho.

No entanto, as esferas administrativa e penal são independentes. Assim, para que se proceda à exclusão do contribuinte do Simples Nacional, não é necessário que se aguarde a conclusão do inquérito penal ou que exista decisão judicial final relativa ao ilícito penal.

À autoridade administrativa cabe apenas apurar os ilícitos tributários e aduaneiros, na forma da legislação de regência, e representar à autoridade competente, quando identificar fatos que configuram, em tese, crime de contrabando ou de descaminho, nos termos da Portaria RFB nº 1.750, de 12/11/2018, publicada no DOU de 14/11/2018:

Art. 2º A representação fiscal para fins penais deverá ser feita por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil sempre que, no exercício de suas atribuições, identificar fatos que configuram, em tese:

(...)

II - crime de contrabando ou de descaminho.

(...)

Art. 12. A representação fiscal para fins penais referente a fatos que configuram, em tese, crimes de contrabando ou descaminho, definidos nos arts. 334 e 334-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 (Código Penal), deverá ser instruída com os documentos pertinentes à apreensão de bens sujeitos a pena de perdimento.

§ 1º À representação fiscal a que se refere o caput aplica-se, no que couber, o disposto no art. 5º.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput ao lançamento tributário relacionado, inclusive a multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida ou revendida.

§ 3º Na hipótese de não ser aplicada a pena de perdimento dos bens, a representação fiscal para fins penais será arquivada.

(...)

Não cabe à autoridade administrativa julgar se houve ou não a prática de crime, competência essa atribuída ao Poder Judiciário, mas tão somente identificar se foram preenchidos os requisitos estabelecidos em lei para aplicação da pena administrativa de

exclusão do Simples Nacional, prevista no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123/2006.

No caso sob exame, o contribuinte incorreu na hipótese de dano ao erário prevista no artigo 105, inciso X, do Decreto-Lei nº 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 consta do processo administrativo nº 12719.720665/2019-44.

Assim, ficou caracterizada, no âmbito administrativo, a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Como a atividade administrativa é vinculada à lei, ao identificar 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, a autoridade tributária agiu corretamente ao emitir o Ato Declaratório Executivo - ADE Benfis/SRRF09 nº 64, de 16/08/2019.

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

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 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).

Isto posto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes