



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10813.000029/2010-61
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-001.705 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 08 de julho de 2020
Recorrente EROINA PEREIRA DE SOUZA DA SILVA ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

A exclusão de ofício da pessoa jurídica que recolher tributos na forma do Simples Nacional dar-se-á quando comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês em que incorridas as condutas.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

No caso específico de contrabando de mercadoria proibida o bem jurídico tutelado é o controle das importações e exportações em virtude, entre outras, da saúde pública. Por esta razão, há impossibilidade da incidência do princípio da insignificância no contrabando de cigarros estrangeiros, já que este parâmetro não fica restrito à arrecadação de tributos, mas à expressividade do potencial lesivo causado.

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 e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Wilson Kazumi Nakayama.

Relatório

Ato Declaratório Executivo

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples

Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/RPO/SP n.º 107, de 11.05.2010, com efeitos a partir de 01.06.2009, e-fl. 24, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados:

1- A exclusão da empresa EROINA PEREIRA DE SOUZA DA SILVA ME, CNPJ n.º 64.508.781/0001-02, situada na Rua Egidio Berganton, n.º 260, Jardim Alvorada, Monte Alto/SP, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a constatação de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

2- A exclusão surtirá efeito a partir de 01/06/2009.

3- Poderá a empresa, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência deste ADE, manifestar-se por escrito, sua inconformidade relativamente ao procedimento acima, ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, nos termos do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado na ementa do Acórdão da 9ª Turma DRJ/POR/SP n.º 14-40.824, de 13.03.2013, e-fls. 45-47:

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIA OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

A comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho constitui motivo para exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 03.04.2013, e-fl. 50, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 24.04.2013, e-fls. 51-58, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

Do Direito

Melhor compulsando os autos tem-se que ocorreu uma aplicação equivocada do referido artigo.

Senão vejamos:

Para que ocorra a caracterização do evento o qual a referida lei permite a exclusão do Simples Nacional, deve ocorrer a comercialização de objeto de contrabando ou descaminho.

No entanto, não há processo crime averiguando o crime de contrabando ou descaminho em que teria incorrido o ora empresário, logo senão há a configuração do tipo penal, uma vez que nem processo crime se há notícia de instauração em base no que se tem a certeza que os referidos produtos são objeto de descaminho ou contrabando.

Dessa forma, abusiva é a medida aplicada, vez que todo o sistema se movimenta a favor do réu para que esse possa usar de todos os meios admitidos em direito para que prove a verdade real dos fatos, oportunidade que não foi dada nessa situação, ferindo a necessidade do devido processo legal, para que impute um crime à pessoa

com a devida certeza da realidade dos fatos. Então as medidas administrativas passíveis de aplicação de ofício só poderão ser efetuadas a partir do momento que tenha a sentença transitada em julgado a respeito do contrabando ou descaminho, pois só assim ter-se-á a certeza de que realmente os objetos eram frutos dos referidos crimes.

Mas de forma arbitrária, recebe a referida penalidade, a qual lesiona diversos de seus direitos, sem uma justa causa, já que o primordial para a aplicação da penalidade que é a ocorrência da comercialização dos produtos de descaminho e contrabando não foram apurados, sendo o simples boletim de ocorrência não implica em apuração do crime e por conseguinte, sua existência.

Ainda considerando que tivessem sido tomadas as medidas cabíveis, aguardado o processo crime, ainda assim não caberia a referida sanção.

Uma vez que o direito passou a modernizar-se a fim de que não se mova a máquina judiciária por situações tais insignificantes que não chegam nem mesmo a atingirem o bem jurídico protegido pelos tipos penais, isso se dá através do Princípio da Insignificância.

Aplicável ao tipo do descaminho e contrabando o princípio da insignificância tem sido exaustivamente aplicado por nossos Tribunais Superiores.

Preceito do Superior Tribunal de Justiça: " Segundo a melhor orientação jurisprudencial, a falta de interesse da Fazenda em cobrar dívidas sobrevinda de descaminho, em razão dos limites impostos pelo artigo 20 da lei 10.522/2002, sujeito a persecutio criminis à análise da insignificância, o que permite o trancamento da ação penal por atipicidade."

Percebe-se, portanto, que para efeitos de aplicação do princípio da insignificância aos delitos de contrabando e descaminhos, nossos Tribunais Superiores estão levando em conta as disposições contidas no artigo 20 da Lei 10.522/02, que dispõe sobre o cadastro informativo dos créditos federais não quitados:

"Artigo: 20: Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como dívida ativa da União pela Procuradoria- Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior à R\$ 10.000,00 (dez mil reais)."

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, aplica-se o princípio da insignificância à conduta prevista no artigo 334 do CP (contrabando/descaminho), caso a ilusão de imposto seja igual ou inferior à R\$ 10.000,00 (dez mil reais) estabelecidos pelo artigo 20, caput, da lei 10.522/2002, alterado pela lei 11.033/2004, para a baixa na distribuição e arquivamento de execução fiscal pela Fazenda Pública. (HC 92438/PR, HC 95749/PR, RE 536486/RS).

O entendimento da Suprema Corte é que se cuidando de crime que tutela o interesse moral e patrimonial da Administração Pública, a conduta por ela considera irrelevante não deve ser abarcada pelo Direito Penal, que se rege pelos princípios da subsidiariedade, intervenção mínima e fragmentariedade. (STJ, HC 116293/T0).

Logo, abstrai-se que pelo pequeno valor das mercadorias apreendidas, bem como pela insignificante quantidade, não enseja sequer o crime de contrabando ou descaminho por deixar de ser típico, deixando de ser crime não há como a pessoa cometer a venda de algo que não é típico para ser configurado crime, não sofrer sanção penal e sofrer sanção administrativa.

Ainda considerando que, há sanções administrativas diretas para a infração administrativa, que seria o pagamento dos impostos não efetuados, não são essas efetuadas até o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), menos razão há para aplicar a referida sanção que é indireta e reflexa a prática do ato.

Não obstante, todo o exposto, ainda os produtos adquiridos não foram adquiridos para os fins de comercialização como a lei exige e sim adquirido para fins de uso próprio e encontravam-se na residência do recorrente, que reside nos fundos do mesmo endereço do estabelecimento.

Dessa forma, mais um motivo há para não incidir a referida sanção, uma vez que não estava ocorrendo a prática de atos de comércio com o referido produto, mas sim apenas o consumo para fins pessoais, motivo pelo qual não se encontra no rol de práticas passíveis de exclusão do Simples Nacional.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

No que concerne ao pedido conclui que:

Pedidos

Nesses termos, requer:

1- Seja retirada a suspensão provisória do simples nacional de forma liminar.

2- Seja reconhecida a inexistência do fato ora imputado em face do princípio da insignificância, bem como a ausência de atos de comercialização do referido produto, afastando toda e qualquer punição, em especial a exclusão do Simples Nacional, concedendo total PROCEDÊNCIA ao recurso.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Comercialização de Mercadorias Objeto de Contrabando ou Descaminho.

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os

entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal) ¹.

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irrevogável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos que conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2.º da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 29 e art. 32 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006).

A pessoa jurídica que recolher tributos na forma do Simples Nacional deve ser excluída quando comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês em que incorridas as condutas (inciso VII do art. 29 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006).

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 07 de fevereiro de 2011. "3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte." Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4033%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

Até 26.06.2014 a tipificação do contrabando (“importar ou exportar mercadoria proibida”) ou descaminho (“iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”) pertenciam ao mesmo tipo contido no “caput” do art. 334 do Código Penal. A partir 27.06.2014 quando entrou em vigor a Lei n.º 13.008, de 26 de junho de 2014, houve a distinção em dois crime autônomos “Descaminho Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria [...]. Contrabando Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida [...]”.

No caso específico de contrabando de mercadoria proibida o bem jurídico tutelado é o controle das importações e exportações em virtude, entre outras, da saúde pública. Por esta razão, há impossibilidade da incidência do princípio da insignificância no contrabando de cigarros estrangeiros, já que este parâmetro não fica restrito à arrecadação de tributos, mas à expressividade do potencial lesivo causado^{2 3}.

Em se tratando de descaminho pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria sem o recolhimento integral do tributo devido o bem jurídico tutelado é o controle das importações e exportações em virtude, entre outras, da política econômica. Por esta razão, o princípio da insignificância de produtos estrangeiros não fica restrito ao valor diminuto de

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Habeas Corpus” n.º 110841/PR. Ministra Relatora: Cármen Lúcia, Segunda Turma, Julgado em 27 de novembro de 2012. Publicado no DJe em 14 de dezembro de 2012. “2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. 3. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 4. Impossibilidade de incidência, no contrabando de cigarros estrangeiros, do princípio da insignificância. Precedentes. [...] 6. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal.” Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+110841%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+110841%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ajrnk2m>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Habeas Corpus” n.º 171910/PR. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Decisão Monocrática. Julgado em 24 de junho de 2019. Publicado DJe em 27 de junho de 2019. “1. Em se tratando de carga de cigarros importada ilegalmente, não há apenas lesão à atividade arrecadatória do Estado, mas também a outros interesses públicos, principalmente no que se refere à saúde e atividade industrial internas, configurando-se contrabando, e não descaminho. 2. A constituição definitiva do crédito tributário e o esgotamento na via administrativa não são pressupostos ou condições objetivas de punibilidade para o início da ação penal com relação aos crimes de contrabando e descaminho. 3. O laudo merceológico não é essencial para apurar a materialidade do delito previsto no artigo 334 do Código Penal se outros elementos probatórios puderem atestá-lo. 4. Descabe falar em consunção se as condutas praticadas pelo réu foram distintas e não constituíram o meio necessário ou a fase de preparação/execução da outra. 5. Inaplicável a tese defensiva da ofensividade, adequação social e irrelevância penal do fato, sendo evidente a ofensa ao bem jurídico tutelado. 6. Comprovados a materialidade, autoria e dolo, e não demonstradas causas excludentes de ilicitude e culpabilidade, deve ser mantida a condenação do réu pela prática de contrabando e descaminho.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28CIGARRO+E+CONTRABANDO+E+TRIBUTO+E+ADMINISTRATIVA%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ycn3aeq8>>. Acesso em 15 jun. 2020.

tributos, mas à reiteração da conduta⁴. A bagatela do crédito tributário era considerada até 21.03.2012 no valor de R\$10.000,00 e a partir de 22.03.2012 o montante de R\$20.000,00 (art. 20 da Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002, Portaria MF n.º 49, de 01 de abril de 2004 e Portaria MF n.º 75, de 22 de março de 2012). A instância judiciária penal é independente da instância administrativa^{5 6}

O trânsito em julgado da decisão judicial relativa ao crime de contrabando ou descaminho não é condição de procedibilidade da verificação de circunstância legal de exclusão do Simples Nacional na esfera administrativa-tributária, já que “a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato” (art. 136 do Código Tributário Nacional).

Restou comprovado que houve apreensão, efetuada de cigarros estrangeiros, objeto de contrabando ou descaminho, no estabelecimento comercial da Recorrente, fato que conforma-se com atividade mercantil vedada destes produtos. Desta circunstância ressaltada a sua condição de sujeito passivo da obrigação tributária e evidencia o caráter comercial da atividade, independentemente da quantidade de itens e o modo como estão expostos à venda.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Habeas Corpus” n.º 127888 AgR/SC. Ministra Relatora: Cármen Lúcia, Segunda Turma, Julgado em 23 de junho de 2015. Publicado no DJe em 03 de agosto de 2015. “2. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. Precedentes..” Disponível em:

<
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28127888+E+C%2C1RMEN+E+HC%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9gzdg5j> >. Acesso em: 08 mai. 2020.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1366118 AgRg/PR. Ministro Relator: Campos Marques, Segunda Turma, Julgado em 06 de junho de 2013. Publicado no DJe em 11 de junho de 2013. “PORTARIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR DE R\$10.000,00 (DEZ MIL REAIS) PARA R\$20.000,00 (VINTE MIL REAIS). PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O entendimento cristalizado pela Terceira Seção do STJ, em relação ao princípio da insignificância, aplica-se apenas ao delito de descaminho, que corresponde à entrada ou à saída de produtos permitidos, elidindo, tão somente, o pagamento do imposto. 2. No crime de contrabando, além da lesão ao erário público, há, como elementar do tipo penal, a importação ou exportação de mercadoria proibida, razão pela qual, não se pode, a priori, aplicar o princípio da insignificância.” Disponível em: <
https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1366118&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 08 mai. 2020

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n.º 998882/PR. Ministro Relator: Edson Fachin. Decisão Monocrática. Julgado em 01 de agosto de 2017. Publicado DJe em 04 de agosto de 2017. “1. A lesão à ordem tributária é espécie do gênero lesão ao erário. Por isso, o objetivo da criminalização do descaminho não é simplesmente evitar lesões ao interesse do Estado na arrecadação de tributos, mas evitar lesões aos recursos financeiros do país em geral. Isto envolve, em um primeiro plano, o não pagamento dos tributos devidos pela importação, mas em segundo plano, envolve o comércio de mercadorias com valores substancialmente inferiores aos praticados no mercado interno, o que causa grave dano à indústria, gera desemprego e, em um efeito cascata, vai gerar mais lesões ao erário. 2. A perda das mercadorias no âmbito administrativo não torna o fato atípico, porquanto a aludida medida administrativa, além de não implicar ‘pagamento’ de tributo, em nada interfere na aplicação da lei penal, visto que apenas a perda dos produtos apreendidos constitui uma das sanções aplicadas na esfera fiscal.” Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2828CIGARRO+E+CONTRABANDO+E+TRIBUTO+E+ADMINISTRATIVA%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&b=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ycn3aeq8>>. Acesso em 15 jun. 2020.

O conjunto probatório produzido nos autos corroboram a conduta da Recorrente de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, quais sejam, cigarros de procedência estrangeira, conforme documentos de e-fls. 02-09.

Declaração de Concordância

Consta no Acórdão da 9ª Turma DRJ/POR/SP n.º 14-40.824, de 13.03.2013, e-fls. 45-47, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015):

Nos termos do artigo 29, inciso VII da Lei Complementar n.º 123/2006, a exclusão da empresa optante pelo Simples Nacional dar-se-á de ofício quando ela comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Conforme Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional e documentos que a instruem, a Polícia Civil do Estado de São Paulo apreendeu, no estabelecimento comercial do interessado, 132 maços de cigarros de procedência estrangeira, sem a prova de sua introdução regular no país, configurando, em tese, crime de contrabando ou descaminho.

Os argumentos de defesa não procedem.

Quanto à destinação comercial, esclarece Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico¹, que comercializar é: 1. Colocar algo no comércio. 2. Criar objeto com possibilidade de ser explorado comercialmente, de ser vendido, fabricado ou exposto, de modo que possa render dinheiro.

Vislumbra-se que o conceito do termo ‘comercializar’ abrange não só o produto efetivamente vendido ao consumidor, mas também aquele produto criado com essa finalidade. Portanto, o fato da mercadoria ser apreendida no estabelecimento comercial do interessado já é suficiente à demonstração do caráter comercial envolvido na situação.

Quanto ao valor das mercadorias apreendidas, a LC n.º 123/2006 não estabelece um valor mínimo delas para que se proceda à exclusão da empresa do Simples Nacional.

Quanto à decisão da Justiça Federal pelo arquivamento do inquérito para apuração do crime de contrabando, em razão da insignificância do valor das mercadorias apreendidas, esta não afasta a constatação de que as mercadorias eram objeto de contrabando ou descaminho.

Ainda que em certos casos a coisa julgada na esfera penal deva prevalecer na esfera administrativa (ex. comprovada não ocorrência do fato), isso não implica que não se possa imputar desde já a penalidade na esfera administrativa, mesmo antes do término do processo na esfera penal (que pode inclusive nem ocorrer). Ademais, aqui a hipótese de exclusão é a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho (infração administrativa) e não a prática de crimes de contrabando ou descaminho.

Jurisprudência e Doutrina

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).

Inconstitucionalidade de Lei

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 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).

Princípio da Legalidade

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).

Dispositivo

Em assim sucedendo, voto em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva