MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10813.000150/2010-92

Processo nº	10813.000150/2010-92
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**1003-001.711 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de	08 de julho de 2020
Recorrente	PEDRO SÉRGIO LOPES 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.

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 nº 149, de 17.10.2010, com efeitos a partir de 01.05.2009, e-fl. 27, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados:

> 1- A exclusão da empresa PEDRO SERGIO LOPES ME, CNPJ n° 07.752.069/0001-10, situada na Rua Carlos Gomes, n° 241, Bairro Centro, Jaboticabal/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 01/05/2009.

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° 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/RPO/SP nº 14-40.833, de 13.02.2013, e-fls. 39-40:

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 08.04.2013, e-fl. 43, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 25.04.2013, e-fls. 45-47, 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:

2 — DO DIREITO: [...]

Ressalte-se o produto não estava exposto a comercialização, pois conforme mencionado, a pessoa física PEDRO SÉRGIO LOPES, portador do CPF/MF n° 020.185.228-41 é fumante, e NÃO PODE SER CONFUNDIDA COM A PESSOA JURÍDICA DE PEDRO SÉRGIO LOPES — ME— CNPJ/MF 07.752.069/0001-10, ademais a pessoa física, é consumidora também, e guardava tal produto para seu consumo, já que seu local de trabalho é seu estabelecimento comercial, e esclarecendo ainda, que a residência do Sr. Pedro Sérgio Lopes, fica na rua Carlos Gomes n° 241 - Fundos, Centro —Jaboticabal/SP.

O recorrente ratifica tudo quanto deixou exposto e consignado em sua MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE, acrescendo que:

Não cometimento de nenhum crime por parte da Pessoa Jurídica, e caso tenha aparência de crime deveria ser atribuído a Pessoa Física, consumidora de cigarro.

Não há que se confusão entre as pessoas, para arbitrariamente imputar conduta típica onde ela não exista.

Pergunta-se: Fumar é crime? O estabelecimento comercial pode ser fumante? Se o contribuinte pessoa física é fumante e não integra o Simples Nacional, a Pessoa Jurídica deve ser responsabilizada, com a sua exclusão?

No que concerne ao pedido conclui que:

Se os nobres Conselheiros, responderem a tais questões, com o lídimo direito, veras que o Contribuinte deve permanecer no Simples Nacional, com o efetivo cancelamento do Ato Declaratório Executivo de no. 149, de 17 de Maio de 2010.

Documento nato-digital

Ratificando tudo quanto deixou exposto na manifestação inicial, demonstrada a insubsistência da exclusão, espera e requer a recorrente, seja acolhido o presente recurso voluntário, para manter o contribuinte Pessoa Jurídica no Simples Nacional.

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 nº 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 irretratável 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,

---

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 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.

Documento nato-digital

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 lhe 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. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 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 nº 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 nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

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 nº 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].

---

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. "Habeas Corpus" nº 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

Documento nato-digital

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 tributos, mas à reiteração da conduta[4]. A bagatela do crédito tributário era considera 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 nº 10.522, de 19 de julho de 2002, Portaria MF nº 49, de 01 de abril de 2004 e Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012). A instância judiciária penal é independente da instância administrativa [5] [6]

---

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" nº 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 exaurimento 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.

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. "Habeas Corpus" nº 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%C1RMEN+E+HC%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9gzdg5j >. Acesso em: 08 mai. 2020.

[5] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 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

Documento nato-digital

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 ressai nítida 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.

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. 03-11.

Declaração de Concordância

Consta no Acórdão da 9ª Turma DRJ/RPO/SP nº 14-40.833, de 13.02.2013, e-fls. 39-40, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015):

Nos termos do artigo 29, inciso VII da Lei Complementar nº 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, 36 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

---

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 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=%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.

Documento nato-digital

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.

Boa-fé

As alegações da Recorrente sobre boa-fé não tem qualquer influência no presente caso, uma vez 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", nos termos do art. 136 do Código Tributário Nacional.

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 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).

Dispositivo

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

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva