



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10813.000297/2010-82
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1003-000.122 – Turma Extraordinária / 3ª Turma**
Sessão de 08 de agosto de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente RENAN VERALDI CALDEIRA BENEVELLI ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

A exclusão de ofício da pessoa jurídica optante pelo Simples Nacional dá-se quando houver comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho com efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Sérgio Abelson, Bárbara Santos Guedes e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

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° 89, de

06.05.2010, fl. 25, com efeitos a partir de 01.06.2009, com base nos fundamentos de fato e de direito indicados:

O Delegado da Receita Federal do Brasil de Ribeirão Preto-SP, no uso das suas atribuições e tendo em vista o disposto no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006 e no § 1º do art. 4º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007 e do que consta no Processo Administrativo rf 10813.000297/2010-82, determina:

1- A exclusão da empresa **RENAN VERALDI CALDEIRA BENEVELLI ME**, CNPJ nº 10.563.510/0001-20, situada na Avenida Rui Barbosa, nº 609, bairro Centro, Viradouro/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 nº 70.235, de 06 de março de 1972. (grifos do original)

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado nos excertos da ementa e do voto condutor do Acórdão da 9ª Turma/DRJ/RPO/SP nº 14-40.573, de 27.02.2013, e-fls. 35-38:

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

Notificada em 26.03.2013, e-fl. 41, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 24.04.2013, e-fls. 43-54, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

A respeito do motivo do ato de exclusão esclarece que:

A questão posta em julgamento não é das mais complexas e deve ser analisada de forma concreta, devendo o julgador, com amparo no princípio da inocência, olvidar-se das deduções prejudiciais à recorrente e que foram à toda evidência feitas, data vênua, pela 9ª Câmara da DRJ/RPO.

Conforme já explanado, a recorrente foi acusada de incorrer na infração prevista no art. 29, VII, da Lei Complementar nº. 123, de 2006, [...].

Da simples leitura e interpretação literal da norma transcrita, extrai-se que o legislador teve o intento de punir, tão somente, quem comercializasse mercadorias que tenham sido objeto de contrabando ou descaminho. [...]

Percebe-se que a norma excludente das empresas que estejam enquadradas no SIMPLES nacional possuem três elementos: (a) comercializar; (b) mercadoria; (c) contrabando ou descaminho. [...]

E no presente caso, só teria a recorrente incorrido na norma do inciso VII do art. 29 da Lei Complementar n.º. 123, de 2006, se tivesse comercializado mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

A recorrente não tem demanda bastante para realizar compras de cigarros de vulto que ensejasse uma importação do produto, razão pela qual adquire toda a mercadoria que revende no mercado nacional.

Dada a negociação simples de compra e venda de mercadoria nacional, não haveria sequer de cogitar de obrigações ou responsabilidades da recorrente com quaisquer regras atinentes a operações de importação, nem mesmo relacionadas às questões tributárias a ela inerentes. [...]

A conduta da recorrente não divergiu daquela que a grande maioria dos comerciantes de pequeno porte praticam, ou seja, comprar no mercado de atacado nacional e revender no mercado de varejo, também nacional.

Em razão disso, se alguma irregularidade foi praticada pelas fornecedoras da recorrente, essa é de responsabilidade única e exclusiva delas.

A relação que existiu entre as fornecedoras de cigarros e a recorrente foi temporária e não passou de negociações de compra e venda de mercadoria fabricada no Brasil, de modo que nunca entrou em pauta, quando de suas negociações, assuntos voltados a operações de importação de mercadorias. [...]

Para a recorrente, a mercadoria que foi apreendida em seu estabelecimento tem origem nacional; pelo menos nunca realizou operação de importação de mercadorias para colocá-las à venda em seu estabelecimento, daí a afirmação.

Mas independentemente da afirmação, e tendo em vista que que a ninguém é dado alegar o desconhecimento da lei, necessário seria, para penalizar a recorrente, que os autos comprovassem que as mercadorias apreendidas eram/são objeto de contrabando ou descaminho, o que não foi feito, já que a fiscalização sequer diligenciou para a realização de laudo pericial para atestar o local da fabricação do produto apreendido, mas a 9ª Turma da DRJ/RPO deduziu que sua fabricação é estrangeira.

A mesma sistemática deve ser analisada sobre o prisma do elemento "comercializar" incrustado na norma do inciso VII do art. 29 da Lei Complementar n.º. 123, de 2006, já que a prova da comercialização é o mínimo que deveria a fiscalização ter produzido, mas também não o fez.

Diante da notória falta de provas para a adequação deste caso concreto à previsão em lei, é que não se pode admitir a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES nacional.

Como se não bastasse a falta de provas contra a recorrente, fato impeditivo para a sua exclusão de SIMPLES nacional, há ainda que se respeitar o princípio da presunção de inocência. [...]

O que se pode afirmar é que os autos constituem-se de meras impressões obtidas pela fiscalização e materializadas em papéis, sem qualquer prova para tanto,

em contramão do que estatui o artigo 9º do Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972. [...]

Como tudo indica, notadamente pela ausência de provas em contrário, deve ser desconstituído o Ato Declaratório Executivo DRF/RPO/SP nº. 89, de 6 de maio de 2010.

Mas ainda que a irregularidade imputada à recorrente existisse, haveria de se descartar qualquer punição para tanto em razão de ser perfeitamente invocado, in casu, o princípio da insignificância da conduta.

Observe que a mercadoria apreendida consistiu poucos maços de cigarros, cujo valor de comércio do produto não ultrapassava os R\$ 200,00 (duzentos reais), valor esse considerado ínfimo frente àquele que o artigo 20 da Lei 10.522/02, com redação dada pela Lei 11.033/04, tem como parâmetro para o ajuizamento de execuções fiscais, ou seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais). [...]

Em resumo, seja por ausência de provas, seja pelos princípios da presunção de inocência e da insignificância, não há elementos concretos para manter hígido o Ato Declaratório Executivo DRF/RPO/SP nº. 89, de 6 de maio de 2010, sob pena de incorrer esse Conselho de Contribuintes em incabida dedução prejudicial à recorrente. [...]

À guisa de conclusão, vale repetir que nenhum dos elementos da norma disposta no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº. 123, de 2006 foram comprovados.

A recorrente é uma pequena empresa, cumpridora de suas obrigações junto à Receita Federal do Brasil, que ajuda no aquecimento da economia do Município de Viradouro, gera empregos, e certamente não poderá se manter se for excluída do SIMPLES nacional.

Não retrataria, portanto, uma situação ponderada e razoável, a exclusão da recorrente do SIMPLES nacional, pois ato dessa dimensão(exclusão do SIMPLES nacional) só deveria ser praticada em caso de também tamanha dimensão.

Roga-se, portanto, para que este Conselho de Contribuintes contemple em sua decisão a razoabilidade que se espera de qualquer órgão julgador.

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 referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Concernente ao pedido expõe que:

Em face ao todo exposto, dadas as razões acima, a recorrente RENAN VERALDI CALDEIRA BENEVELLI - ME requer seja dado provimento ao presente recurso voluntário para que seja desconstituído o Ato Declaratório Executivo DRF/RPO/SP nº. 89, de 6 de maio de 2010 e, por consequência, mantida a recorrente no regime do SIMPLES nacional.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

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. Assim, dele tomo conhecimento, observado o disposto no § 3-A do art. 4º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, em relação aos efeitos da exclusão de ofício.

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória, aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina no inciso X do art. 170 e no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

Com o escopo de implementar esses princípios constitucionais foi editada a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

O Simples Nacional está regulamentado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN). A opção do sujeito passivo deve ser manifestada por meio da internet até o último dia útil do janeiro sendo irretratável para todo ano-calendário oportunidade em que presta declaração quanto ao não-enquadramento nas vedações legais. A exclusão por comunicação decorrente de opção ou de obrigatoriedade é feita pela internet.

Atinente à questão está literalmente firmado na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando: [...]

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho; [...]

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á: [...]

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou [...]

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos: [...]

II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva; [...]

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Cabe esclarecer que a opção pelo Simples é um direito da pessoa jurídica que preenche todos os requisitos legais. Porém a optante deve comunicar obrigatoriamente a sua exclusão à RFB, por meio do Portal do Simples Nacional na internet, quando incorrer em hipótese legal de vedação. Verificada a falta de informação espontânea, há exclusão de ofício mediante emissão do termo de exclusão do Simples Nacional pela autoridade competente, sob pena de responsabilidade funcional, devendo ser observadas as determinações do processo administrativo fiscal¹.

A exclusão de ofício da pessoa jurídica optante pelo Simples Nacional dá-se quando houver comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho com efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva (inciso VII do art. 29 e inciso II do art. 30 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006). Pode-se entender que a prática de contrabando consiste na importação ou exportação de mercadoria proibida, atentando contra a saúde pública e administração pública. Por sua vez, a prática de descaminho é a ilusão do pagamento do tributo de mercadoria permitida, ofendendo a ordem tributária². Porém, está pacificado no Supremo Tribunal Federal que "Não há razão para discriminação entre contrabando e descaminho, [...], quando o art. 334 do C.P. os considera sinônimas".³

As manifestações unilaterais da RFB foram formalizadas por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos que lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade, ou seja, 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. Tratando-se de ato vinculado, a Administração Pública tem o dever de motivá-lo no sentido de evidenciar sua expedição com os requisitos legais⁴.

O princípio da legalidade estabelece que a atuação administrativa que decorre da aplicação da lei de ofício, de modo que deve ser feito o que a lei determina, pois sua atividade é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (art. 37 da Constituição Federal e art. 142 do Código Tributário Nacional). A legislação de regência da matéria determina as consequências da exclusão do Simples Nacional, no sentido de que a

¹ Fundamentação legal: art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 29, art. 33 e art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Resolução CGSN nº 15 de 23 de julho de 2007 e art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.386.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em HC nº 35341/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Antônio Martins Vilas Boas. Julgado em: 18 out. 1957. Publicado no DJ em: 12 dez.1957. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CONTRABANDO+E+DESCAMINHO%29&pagina=10&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zg2uqbk>>. Acesso em 05 jul. 2018.

⁴ Fundamentação legal: art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

pessoa jurídica sujeita-se a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas e art. 32 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

Feitas essas considerações normativas, tem cabimento a análise da situação fática tendo em vista os documentos já analisados pela autoridade de primeira instância de julgamento e aqueles produzidos em sede de recurso voluntário.

Consta na [Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional, fl. 01-02](#), cujos fundamentos são adotadas nessa segunda instância de julgamento:

INTRODUÇÃO

Sr. Delegado da Receita Federal do Brasil em RIBEIRÃO PRETO,

Tendo lavrado o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0810900/00319/10, constante do processo administrativo nº 10813-000.295/2010-93, ficou demonstrada a ocorrência de fatos que configuram infração punível com a exclusão do Simples Nacional, nos termos do inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006. [...]

DESCRIÇÃO DOS FATOS CARACTERIZADORES DO ILÍCITO

A Delegacia de Polícia de Viradouro - SP, da Polícia Civil de São Paulo, encaminhou à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Ribeirão Preto - SP, o Ofício 31/2009, datado de 25/01/2010, acompanhado do Boletim de Ocorrência nº 517/2009, datado de 18/06/2009 e Auto de Exibição e Apreensão.

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 Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0810900/00319/10, Ofício nº 31/2009, Boletim de Ocorrência nº 517/2009 e Auto de Exibição e Apreensão, fls. 03-08.

Especificamente no que se refere ao Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0810900/00319/10 tem-se que houve "Apreensão de cigarros, ou charutos ou fumo de procedência estrangeira por encontrar-se desprovida de documentação comprobatória de sua introdução regular no País." Assim, este procedimento foi formalizado no processo 10813.000295/2010-93 e segue rito próprio e especial previsto no Decreto-Lei nº 1.455, de 07 de abril de 1976, Decreto-Lei nº 399, de 30 de dezembro de 1968, Decreto nº 6.759, de 05 de fevereiro de 2009 e Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966.

Restou comprovado que houve apreensão, efetuada pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, de cigarros estrangeiros, objeto de contrabando ou descaminho, no estabelecimento comercial da Recorrente, fato que conforma-se com atividade mercantil destes produtos. Demonstrado que a mercadoria foi apreendida no estabelecimento comercial da Recorrente ressaí 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. Ademais, a instância judiciária penal é independente da instância administrativa.⁵ Por conseguinte, há autonomia entre o trânsito em julgado da decisão judicial

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em RHC nº 33136/PR. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Nelson Hungria. Julgado em: 09 jun 1954. Publicado no DJ em: 19 set. 1954. Disponível em:

relativa ao crime de contrabando ou descaminho e a verificação de circunstância legal de exclusão do Simples Nacional na esfera administrativa-tributária.

Especificamente sobre o princípio da insignificância, tem-se que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material ⁶.

Vale transcrever excertos de ementas de orientações firmadas no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ) que firmaram o entendimento no sentido de que a importação não autorizada de cigarros constitui o crime de contrabando ou descaminho, insuscetível de aplicação do princípio da insignificância:

2. Este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a introdução clandestina de cigarros, em território nacional, em desconformidade com as normas de regência, configura o delito de contrabando, ao qual não se aplica o princípio da insignificância, por tutelar interesses que transbordam a mera elisão fiscal. ⁷

2. Esta Corte de Justiça vem entendendo, em regra, que a importação de mercadorias de proibição relativa, como cigarros ou medicamentos, configura crime de contrabando. ⁸

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o crime de contrabando de cigarros não comporta aplicação do princípio da insignificância, haja vista o elevado grau de reprovabilidade da conduta, que ofende a saúde e a segurança públicas. ⁹

1. Nos termos da pacífica orientação da Terceira Seção desta Corte, a importação não autorizada de cigarros constitui o crime

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CONTRABANDO+E+DESCAMINHO%29&pagina=11&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zg2uqbk>>. Acesso em 05 jul. 2018.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus nº 98.152/MG. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 19 mai.2009. Publicado no DJe em 05 jun. 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2898152%29&pagina=5&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybhv4wnta>>. Acesso em 05 jun. 2018.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em AgRg no AREsp nº 1116451/MT. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em: 19 abr. 2018. Publicado no DJe em: 02 mai. 2018. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=contrabando+e+insignific%2ancia+e+cigarro&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 05 jul. 2018.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em AgRg no AREsp nº 1706471/PR. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Joem Ilan Paciornik. Julgado em: 20.mar. 2018. Publicado no DJe em: 04.abr. 2018. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=contrabando+e+insignific%2ancia+e+cigarro&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 05 jul. 2018.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em AgRg no AREsp nº 1226987/RJ. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 20.mar. 2018. Publicado no DJe em: 02 abr. 2018. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=contrabando+e+insignific%2ancia+e+cigarro&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 05 jul. 2018.

*de contrabando, insuscetível de aplicação do princípio da insignificância.*¹⁰

*2. Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica o princípio da insignificância ao contrabando de cigarros. Tal entendimento decorre do fato de a conduta não apenas implicar lesão ao erário e à atividade arrecadatória do Estado, como na hipótese de descaminho. De fato, outros bens jurídicos são tutelados pela norma penal, notadamente a saúde pública, a moralidade administrativa e a ordem pública.*¹¹

*É assente na jurisprudência desta Corte que o trancamento de ação penal ou de inquérito policial, em sede de habeas corpus, constitui medida excepcional, somente admitida quando restar demonstrado, sem a necessidade de exame do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios suficientes da autoria ou prova da materialidade. Precedentes. - Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença dos seguintes vetores: (I) mínima ofensividade da conduta do agente; (II) ausência total de periculosidade social da ação; (III) ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) inexpressividade da lesão jurídica ocasionada (HC n. 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJU 19/4/2004). - Na espécie, infere-se que o acórdão recorrido encontra-se alinhado à jurisprudência desta Corte, no sentido de que a introdução de cigarros em território nacional é sujeita a proibição relativa, sendo que a sua prática, fora dos moldes expressamente previstos em lei, constitui o delito de contrabando, o qual inviabiliza a incidência do princípio da insignificância. Isto porque o bem juridicamente tutelado vai além do mero valor pecuniário do imposto elidido, pois visa a proteger o interesse estatal de impedir a entrada e a comercialização de produtos proibidos em território nacional, bem como resguardar a saúde pública.*¹²

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em AgRg no AREsp nº 1706397/RS. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 20.fev. 2018. Publicado no DJe em: 28.fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=contrabando+e+insignific%E2ncia+e+cigarro&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 05 jul. 2018.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em RHC nº 89755/RS. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em: 05 out.2017. Publicado no DJe em: 11.out. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=contrabando+e+insignific%E2ncia+e+cigarro&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 05 jul. 2018.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em RHC nº 82276/RS. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 20 jun. 2017. Publicado no DJe em: 30 jun.2017. Disponível em:

1. A tipicidade penal não pode ser percebida como exame formal de subsunção de fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade é necessária análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso, para verificação da ocorrência de lesão grave e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. Impossibilidade de incidência, no contrabando ou descaminho de cigarros, do princípio da insignificância.¹³

1. O princípio da insignificância não incide na hipótese de contrabando de cigarros, tendo em vista que, além do valor material, os bens jurídicos que o ordenamento jurídico busca tutelar são os valores éticos-jurídicos e a saúde pública. Precedentes: HC 120550, Primeira Turma, Relator Min. Roberto Barroso, DJe 13/02/2014; ARE 924.284 AgR, Segunda Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 25/11/2015, HC 125847 AgR, Primeira Turma, Relator Min. Rosa Weber, DJe 26/05/2015, HC 119.596, Segunda Turma, Relator: Min. Cármen Lúcia, DJe 26/03/2014.¹⁴

O ato declaratório executivo foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa de vedação emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. A notificação do ato administrativo, em regra, pode ser efetivada pessoalmente, por via postal ou por meio eletrônico (art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). Assim a intimação do ato administrativo está regular, pois foi efetivada observando as determinações legais.

A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente notificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia. Consta no Acórdão da 9ª Turma/DRJ/RPO/SP nº 14-40.573, de 27.02.2013, e-fls. 35-38, 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):

Conforme consta no Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, acompanhado do respectivo Boletim de Ocorrência da Polícia Civil, foram apreendidos vinte e seis maços de cigarro da marca Eight, no estabelecimento comercial em epígrafe.

Em consequência da apreensão dessa mercadoria, foi emitido o devido Ato Declaratório Executivo, excluindo a empresa do Simples nacional, tendo em vista a constatação de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=contrabando+e+insignificancia+e+cigarro&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 05 jul. 2018.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em RHC nº 131205/MG. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em: 06 set. 2016. Publicado no DJe em: 22 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CONTRABANDO+E+DESCAMINHO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zg2uqbk>>. Acesso em 05 jul. 2018.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em HC nº 129382/PR. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 23 ago. 2016. Publicado no DJe em: 16 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CONTRABANDO+E+DESCAMINHO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zg2uqbk>>. Acesso em 05 jul. 2018.

descaminho, de acordo com o disposto na Lei Complementar 123/2006, art. 29, inc. VII.

Em relação à alegação de que não foi comprovado o crime de contrabando ou descaminho, esclarece-se que a comprovação de prática de tais crimes poderá ser discutida ou não em ação distinta no Poder Judiciário. No entanto, a LC nº 123/2006 não exige a instauração de eventual ação penal para exclusão da empresa do Simples Nacional, quando a mesma comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. O contribuinte pode exercer o seu direito constitucional da ampla defesa e do contraditório no processo do Auto de Infração de Apreensão de Mercadoria, no entanto não apresentou impugnação, conforme Despacho na folha 13.

Em relação à alegação de que a mercadoria apreendida era para consumo próprio, a mesma não se sustenta, uma vez que a mercadoria (cigarros) foi encontrada dentro de estabelecimento comercial que se destina à comercialização desse tipo de produto, conforme o Boletim de Ocorrência da Polícia Civil de São Paulo, anexo aos autos.

Ainda com relação à destinação comercial das mercadorias apreendidas, 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. Dessa forma, o fato das mercadorias serem apreendidas no estabelecimento comercial da manifestante já é suficiente à demonstração do caráter comercial envolvido na situação, não devendo ser acolhidas as alegações apresentadas pela defesa desprovidas de qualquer elemento probatório em sentido contrário.

Em relação às alegações a respeito do valor estabelecido pela Lei nº 11.033/2004 e MP nº 449/2008 como limite para execução fiscal e dívida de pequeno valor;

que não há interesse em punição penal, nem cobrança fiscal; que deveria ser aplicado o princípio da insignificância, esclarece-se que a inclusão/exclusão de micro empresas e empresas de pequeno porte do Simples Nacional é tratada exclusivamente pela LC nº 123/2006. a qual não estabelece valor mínimo da mercadoria comercializada objeto de contrabando ou descaminho para exclusão das mesmas do Simples Nacional.

Constatada, dessa forma, a efetiva incidência do contribuinte na situação prevista no inciso VII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/06, deve ser mantida a exclusão do Simples Nacional.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos, nos termos legais. O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância. Ademais, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça

recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas¹⁵. O enfrentamento das questões na peça de defesa denotar perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento e estando a decisão motivada de forma explícita, clara e congruente.

Embora lhe fossem oferecidas várias oportunidades no curso do processo a Recorrente não apresentou a comprovação inequívoca s demonstrar de quaisquer inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo constantes nos dados informados à RFB ou ainda quaisquer fatos que tenham correlação com as situações excepcionadas pela legislação de regência (149 do Código Tributário Nacional).

Por essa razão a Recorrente foi corretamente excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/RPO/SP nº 89, de 06.05.2010, fl. 25, com efeitos a partir de 01.06.2009. A ilação designada na peça recursal destaca-se como improcedente.

As circunstâncias de caráter privado não podem ser consideradas, pois "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", salvo disposição de lei em contrário (art. 136 do Código Tributário Nacional).

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, nos termos do art. 100 do Código Tributário Nacional.

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 inconstitucionalidade¹⁶.

Tem-se que nos estritos termos legais o procedimento fiscal está correto, conforme 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).

¹⁵ Fundamentação legal: inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, art 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e art. 10 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

¹⁶ Fundamentação legal: art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF nº 2.

Processo nº 10813.000297/2010-82
Acórdão n.º **1003-000.122**

S1-C0T3
Fl. 71

Em assim sucedendo, voto em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva