



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

Processo n° 10813.000514/2010-34
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1003-000.124 – Turma Extraordinária / 3ª Turma**
Sessão de 09 de agosto de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente MARIA LUIZA BARATO 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° 274, de 26.07.2010, fl. 27, com efeitos a partir de 01.07.2009, 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 § I o do art. 4 o da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007 e do que consta no Processo Administrativo nº 10813.000514/2010-34, determina:

1- A exclusão da empresa **MARIA LUIZA BARATO ME**, CNPJ nº 02.862.273/0001-70, situada na Vicinal Dr Moacyr Alves de Lima, nº 655, Colina do Sonho, Monte Azul Paulista/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 **01/07/2009**.

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 14-36.224, de 22.12.2011, e-fls. 54-57:

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 30.12.2012, e-fl. 73, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 07.02.2012, e-fls. 61-71, 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:

Primeiramente, não se deve confundir justiça social com impunidade. Pois, enquanto a impunidade pairar sobre os ombros dos cidadãos, nenhum agente público terá credibilidade para sustentar este Estado de Direito. Não se trata de fechar os olhos diante da realidade, mas sim, de aplicar à norma com exatidão dentro dos ditames constitucionais. Logo, é necessário revolver a concepção do que se entende por crime e infração administrativa, para que injustiças não preponderem e que o Direito possua aplicabilidade igualitária a todos.

Das provas produzidas, restou confirmado que nunca houve comércio de cigarros no estabelecimento comercial de Maria Luiza Barato ME.

Os 06 maços de cigarros que foram encontrados em seu estabelecimento pertenciam a seu companheiro Aparecido Xavier, conforme declarações.

O fato descrito não constitui infração administrativa devido a irrelevância administrativa da conduta e tampouco infração penal, portanto não deve ser enquadrado no inciso VII do Artigo 26 da LC 123/06, e por conseguinte não deve haver a exclusão do Simples Nacional.

Quando o legislador penal quer tutelar um bem, punindo a sua violação com uma pena, os bens jurídicos passam a ser considerados bens jurídicos penalmente tutelados.

Não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens. [...]Com relação ao crime de descaminho, ao analisar-se objetivamente a conduta do agente, o grande debate da jurisprudência e doutrina tem como questão central a valoração do resultado, ou seja, aferir qual o montante exato que seria devido ao Fisco, implicaria a aplicação da insignificância.

Na avaliação dessa quantia, portanto, os juízes nacionais têm-se amparado em normas extrapenais calcando-se na comparação entre o valor do tributo supostamente sonogado e aqueles valores concebidos como desinteressantes, para a Fazenda Pública, para a realização da inscrição em dívida ativa ou para a propositura da ação de execução fiscal.

No caso em tela, mesmo se a comerciante quisesse recolher o tributo do cigarro de seu amásio não conseguiria, pois o valor é tão baixo e insignificante, que não se é possível gerar a guia DARF para pagamento, de tão ínfimo que é o valor. [...]Por essas razões, e segundo o posicionamento externado pela Corte Suprema, cuidando-se de crime que tutela o interesse moral e patrimonial da Administração Pública, a conduta por ela considerada irrelevante não deve ser abarcada pelo Direito Penal, nem tampouco pela esfera Administrativa, que se rege pelos princípios da subsidiariedade, intervenção mínima e fragmentariedade.

Não é admissível que uma conduta seja penalmente irrelevante e, ao mesmo tempo, seja considerada relevante e punível na Esfera Administrativa.

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:

À vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência do Ato Declaratório Executivo que determina a Exclusão do Simples Nacional a partir de 01/07/2009, espera e requer que o RECURSO VOLUNTÁRIO seja acolhido para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o Ato Declaratório Executivo DRF/RPO/SP n. 274 de 26 de julho de 2010, e mantendo a empresa MARIA LUIZ BARATO ME, no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e contribuições devidos pelas Microempresas e empresa de Pequeno Porte, como forma da mais clara JUSTIÇA.

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 irretroatável 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 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 [...]

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.

"Sr. Delegado da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto,

Lavrado o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guardai Fiscal (AITAGF) nº EFA000018/2010, -constante do ..processo administrativo"nº 10813 - 000512/201,0-45, ficou demonstrada a ocorrência de fatos que configuram infração punível com á 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 Conforme descrito no AITAGF supramencionado, houve apreensão efetuada pela Polícia Civil do Estado de São, Paulo, de cigarros estrangeiros, - objeto de contrabando, no estabelecimento comercial da interessada, no endereço e na data constante do boletim de ocorrência anexo. (grifos acrescentados)

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 EFA000018/2010, Ofício nº 089/2010, Boletim de Ocorrência nº 587/2009 Termo Declarações e Auto de Exibição e Apreensão, fls. 03-15.

Especificamente no que se refere ao Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº EFA000018/2010 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 10813.000512/2010-45 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 resai 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 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 material⁶.

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: <<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.

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 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

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%E2ncia+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%E2ncia+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%E2ncia+e+cigarro&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 05 jul. 2018.

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.

*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

*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

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em RHCnº 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: <<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.

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.

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 14-36.224, de 22.12.2011, e-fls. 54-57, 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):

Procedendo à análise dos argumentos apresentados pela defesa, observa-se a inexistência de elementos aptos a alterar a exclusão procedida pelo Ato Declaratório Executivo nº 274, emitido pelo Delegado da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto.

Insurge-se, a empresa, contra a exclusão do Simples Nacional argumentando não constar nos autos prova da comercialização dos produtos apreendidos e que os mesmos pertenciam a terceiro.

Sobre o tema, importante destacar que, lavrado auto de infração para aplicação de multa com apreensão de mercadorias, não foi apresentada impugnação, sendo o réu declarado revel e aplicada a pena de perdimento da mercadoria.

Em relação aos argumentos expostos pela defesa, observa-se que a efetiva propriedade dos produtos já ficou caracterizada no momento da apreensão efetuada pela Polícia Civil, consignada em boletim de ocorrência, o qual identifica o endereço da empresa como local dos fatos, revelando a improcedência dos argumentos expostos pela defesa.

Quanto à destinação comercial das mercadorias apreendidas, esclarece Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico¹, que comercializar é 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

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.

com essa finalidade. Dessa forma, o fato da mercadoria ser apreendida no estabelecimento comercial da manifestante já é suficiente à demonstração do caráter comercial envolvido na situação, não merecendo acolhimento as alegações apresentadas pela defesa desprovidas de qualquer elemento probatório em sentido contrário.

Destaque-se, ainda, que a norma acima transcrita não delimita, para fins de exclusão do regime do Simples Nacional, a quantidade mínima de produtos objeto de contrabando ou descaminho comercializados, sendo irrelevante, portanto, a quantidade de maços de cigarros apreendidos.

Nesse sentido, importante mencionar a inaplicabilidade, no âmbito administrativo, do princípio da insignificância muitas vezes utilizado no âmbito judicial para absolvição de réus em processo criminal. A sua aplicação nessa esfera de julgamento demandaria a aplicação de critério subjetivo inexistente na administração pública.

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.

Finalmente, quanto ao efeito suspensivo mencionado pela manifestante, deve ser esclarecido que, nos termos do §3-A do artigo 4º da Resolução CGSN nº 15/2007, na hipótese de impugnação ao termo de indeferimento, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte.

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).

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.

Por essa razão a Recorrente foi corretamente excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/RPO/SP nº 274, de 26.07.2010, fl. 27, com efeitos a partir de 01.07.2009. 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).

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

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

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.