



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

**Processo n°** 10920.005027/2009-15  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** **1002-000.442 – Turma Extraordinária / 2ª Turma**  
**Sessão de** 03 de outubro de 2018  
**Matéria** EXCLUSÃO DO SIMPLES. INFRAÇÃO LEGAL  
**Recorrente** CELSO ABEL PIRES DE LIMA ME  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2009

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. CONTRABANDO E DESCAMINHO.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando restar configurada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

ARGÜIÇÕES DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE

Não compete à autoridade administrativa a apreciação de constitucionalidade e legalidade das normas tributárias, cabendo-lhe observar a legislação em vigor (Súmula CARF n° 02). De igual forma, não cabe ao e. CARF a análise de eventual incidência do princípio da insignificância.

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

(assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente.

(assinado digitalmente)

Breno do Carmo Moreira Vieira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ailton Neves da Silva (presidente da Turma), Breno do Carmo Moreira Vieira, Leonam Rocha de Medeiros e Ângelo Abrantes Nunes.

## **Relatório**

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 55 à 64) interposto contra o Acórdão nº 08-29.226, proferido pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza/CE (e-fls. 48 à 52), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pelo ora Recorrente.

O âmago da irrisignação consiste em contestar o Ato Declaratório Executivo nº 08, de 08 de janeiro de 2010 (e-fl. 30), o qual excluiu o Contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES Nacional), com efeitos retroativos a 1º de outubro de 2009.

O desenquadramento ao SIMPLES decorreu da apreensão de 153 (cento e cinquenta e três) maços de cigarros de origem estrangeira, sem provas de sua regular importação, os quais foram encontrados no estabelecimento comercial do Recorrente durante fiscalização da Receita Federal (e-fls. 33 à 35). Tal irregularidade foi identificada como comercialização de produtos oriundos de contrabando ou descaminho, razão pela qual recaiu à empresa os termos do art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123/06. Vale transcrever os termos do Despacho Decisório SACAT nº 012/2010 (e-fls. 7 e 8):

### *RELATÓRIO*

*Trata o presente de representação fiscal para que se procedesse à exclusão da empresa Celso Abel Pires de Lima - ME da modalidade de arrecadação do SIMPLES Nacional (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006) pela comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho (fl. 1).*

*A empresa citada consta como optante pelo SIMPLES Nacional desde 1º de julho de 2007, sistema ao qual continua vinculada até a presente data (fl. 4).*

*No texto da representação apresentada pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil ternos que por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/J01 nº 213 (fl. 2), de 13 de outubro de 2009, foi determinado, de forma definitiva, o perdimento de mercadorias estrangeiras relacionadas nos autos do processo 10920.003034/2009-74, e encontradas sob posse do contribuinte, por estarem desacompanhadas de documentação comprobatória de sua importação regular, devendo, assim, ser excluída a empresa do SIMPLES Nacional nos termos do inciso VII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123.*

*(...)*

### *DECISÃO*

*Em face do exposto, com base na documentação anexada ao presente processo e considerando a legislação que rege a*

*matéria (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007 e Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007), conclui-se pela ocorrência de infração à legislação pela COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO o que, por conseqüência, exige que se EXCLUA A EMPRESA da sistemática de arrecadação do SIMPLES Nacional com efeitos contados a partir de 1º DE OUTUBRO de 2009, PERMANECENDO IMPEDIDA DE OPTAR novamente por aquele regime diferenciado NOS EXERCÍCIOS DE 2010, 2011 E 2012.*

*ENCAMINHE-SE ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Joinville para proceder à emissão do Ato Declaratório Executivo de exclusão.*

O Acórdão nº 08-29.226, proferido pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza/CE (e-fls. 48 à 52), por unanimidade de votos, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pelo ora Recorrente. Decisão essa ementada nos seguintes termos:

*ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL*

*Ano-calendário: 2009*

*SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. CONTRABANDO E DESCAMINHO.*

*A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando restar configurada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.*

*Manifestação de Inconformidade Improcedente*

*Sem Crédito em Litígio*

Os argumentos outrora apresentados na Manifestação de Inconformidade são reiterados em sede de Recurso Voluntário, a saber: não ocorrência de prática de contrabando; malferimento ao princípio da legalidade; violação dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do livre exercício da atividade econômica; bem como a aplicação do princípio da insignificância, oriundo do Direito Penal.

Os autos foram encaminhados para este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), sendo, posteriormente, distribuído para este relator.

É o Relatório.

**Voto**

Conselheiro Breno do Carmo Moreira Vieira - Relator

## **Admissibilidade**

O Recurso Voluntário apresenta-se tempestivo, tendo respeitado o trintídio legal, na forma exigida no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Demais disto, observo a plena competência deste Colegiado, na forma do art. 23-B, inciso I, do Regimento Interno do CARF, com redação da Portaria MF n.º 329, de 2017. Isto porque, o PAF trata de exclusão do SIMPLES, desvinculado a crédito tributário, não se verificando a aplicação de quaisquer das formas de adstrição constantes no art. 6º, § 1º, do Anexo II, do RICARF.

Ademais, ressalto que o atual processo a aludida ausência de vinculação ao crédito tributário resta corroborada pela quitação do Auto de Infração outrora lavrado, conforme comprova o DARF acostado à e-fl. 36. Tais informações são, inclusive, reforçadas pelas informações extraídas do COMPROT, que atestam a inexistência de outro procedimento de cobrança de crédito tributário adstrito ao presente caso. Logo, não há a presença desse aspecto impeditivo.

Portanto, dele conheço.

## **Mérito**

### **1. Da violação ao princípio da legalidade decorrente da exclusão do SIMPLES**

O Recorrente alega ter ocorrido violação ao princípio da legalidade, quando de seu desenquadramento do SIMPLES Nacional. Em sua percepção, o ato de exclusão não se sustenta, pois não houve comercialização dos cigarros apreendidos; algo que seria condição necessária para a aplicação do art. 29, VII, da LC n.º 123/06. Colaciono os principais argumentos:

#### *III.I. DO NÃO ENQUADRAMENTO DA CONTRIBUINTE NO ARTIGO 29, VII DA LC N.º 123/2006 -AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE*

*Como se infere dos documentos acostados aos autos, a decisão de exclusão da impugnante do Simples Nacional foi fundamentada no artigo 29, VII, da Lei Complementar 123/2006, que determina a exclusão de empresas do regime do Simples quando elas comercializarem mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.*

*Da leitura do dispositivo em comento se extrai que será excluída do Simples Nacional a empresa que comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. Em outros termos: é necessária a prática do comércio com a mercadoria objeto de crime para que se possa determinar a exclusão de uma empresa do regime do Simples.*

*(...)*

*Assim, diferentemente do que ponderam os julgadores a gruo, para que seja possível a comercialização de determinado produto, é necessário que este seja exposto à venda, apto a circular no mercado, sem o que jamais será caracterizada a efetiva comercialização. Portanto, e por conclusão lógica, não*

*há falar-se em comercialização sem que um produto tenha sido colocado no comércio.*

*Assim, apesar de supostamente enquadrar-se no inciso VII, do artigo 29, da LC 123/2006, a Recorrente não cometeu em nenhum momento a infração contida no dispositivo em comento, apta a resultar na sua exclusão do Simples. Isso porque, como já delineado na exposição dos fatos, no momento da aquisição dos produtos do revendedor, este não forneceu as respectivas notas fiscais que indicavam a regularidade fiscal da importação. Por esta razão, a Recorrente jamais expôs os produtos à venda, mantendo-os em depósito até que as aludidas notas fiscais lhe fossem entregues, certificando a origem desses produtos.*

*O ato de apreensão deu-se justamente neste interregno, ou seja, antes das notas fiscais serem entregues pelo importador e dos produtos serem colocados à venda. No entanto, conforme se pode perceber, o fisco sequer considerou o fato de que os produtos em questão não foram e não seriam comercializados até a apresentação das notas pelo revendedor e decidiu pela exclusão da empresa do Simples Nacional, mesmo sem fundamento legal para tanto.*

*Destaca-se o fato que no termo de início de apreensão da mercadoria, lavrado pela Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, constar que os valores arbitrados foram retirados de operações realizadas por outros contribuintes, o que apenas demonstra que os produtos não estavam a venda, pois caso estivessem seria desnecessário fazer o arbitramento, já que o preço de venda constaria para o cliente.*

*(...)*

*Entretanto, conforme já esclarecido no tópico destinado à síntese dos elementos fáticos a que se relaciona a presente demanda, a Recorrente não era parte legítima para questionar a validade do processo de importação das mercadorias apreendidas, e sim os legítimos importadores que venderam a mercadoria para a Recorrente.*

*(...)*

### **III.II DOS CONCEITOS DE CONTRABANDO E DESCAMINHO E DA SUA INAPLICABILIDADE AO CASO EM DESTAQUE**

*Conforme já reiteradamente esclarecido, o fundamento da exclusão da Recorrente do regime do Simples Nacional foi a sua suposta conduta de comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. É de se deixar assente que, de acordo com o entendimento dos julgadores de primeiro grau, tratar-se-ia de prática equiparável ao contrabando (e, portanto, não ao descaminho), conforme se infere do item 22 da decisão Recorrida ("Dessa forma, restou caracterizado o contrabando").*

*Em que pese a lavratura do ADE de exclusão contra a recorrente, há que se consignar que: i) os julgadores de primeiro grau enquadram a conduta imputada à Recorrente de equiparável a contrabando, o que não pode ser aceito; ii) não restou comprovada a ocorrência do contrabando ou do descaminho; iii) não houve sequer a lavratura de processo administrativo preliminar que permitisse imputar à Recorrente conduta equiparável a contrabando ou descaminho; iii) a Delegacia da Receita Federal carece de competência para classificar determinada conduta como crime.*

(...)

*Muito embora os julgadores de primeiro grau tenham afirmado veementemente que a conduta da Recorrente seria equiparável ao contrabando (conforme se infere da seguinte frase contida no item 22 da decisão recorrida: "Dessa forma, restou caracterizado o contrabando), essa conclusão não pode ser aceita.*

*Isso porque a importação e a exportação de cigarros são permitidas pelo ordenamento brasileiro se observados os requisitos e exigências legais pertinentes. Nesse contexto, não se pode falar que as mercadorias envolvidas no caso vertente sejam ilícitas e/ou de importação e exportação proibidas.*

(...)

*Como já ponderado no item destinado à síntese dos elementos fáticos, o contribuinte adquiriu os cigarros de revendedores brasileiros que afirmavam ter sido o processo de importação dessas mercadorias devidamente realizado. Entretanto, as notas fiscais não foram fornecidas à contribuinte adquirente, que acreditava ter adquirido mercadorias regulares. Essa circunstância e a ausência de dolo por parte da contribuinte afastam a possibilidade de se rechaçar sua conduta de equiparável ao descaminho.*

(...)

*Como já afirmado, se alguma irregularidade envolvia as mercadorias apreendidas no estabelecimento da Recorrente, esta não era de seu conhecimento, uma vez que a adquiriu de boa-fé de revendedores diversos. Por mais esse motivo, deve ser reformada a decisão a quo e, conseqüentemente, cancelado o ADE de exclusão impugnado.*

*É de se destacar ainda que muito embora tenha sido imputada à contribuinte a conduta de comercializar mercadorias provenientes de contrabando ou descaminho, não houve a instauração de qualquer processo administrativo preliminar tendente a apurar especificamente a efetiva ocorrência de tal situação. Por mais esse motivo deve ser cancelado o ADE em consideração.*

Noutro giro, o Auto de Infração (o qual foi inclusive citado pelo Contribuinte em sua defesa) evidencia a apreensão dos cigarros, bem como a autoria e materialidade do contrabando, haja vista os bens terem sido encontrados sem a documentação comprobatória de regular importação. O respectivo trâmite de perdimento ocorreu nos autos processo nº

10920.003034/2009-74 (vide e-fl. 3), cuja legitimidade e ocasião para debate sobre o feito eram incontestes, e o Recorrente escolheu se abster em sua defesa, quedando-se revel.

Conforme se nota no deslinde do presente PAF, ficou plenamente comprovado o enquadramento nas circunstâncias do art. 29, VII, da LC nº 123/06. Não há que se cogitar em violação ao princípio da legalidade, em virtude de suposta comercialização do produto contrabandeado; por suposto, vale ressaltar que a Autoridade Fiscal flagrou a existência dos maços irregulares no estabelecimento comercial do Contribuinte, o que conduz à conclusão de que seriam destinados ao comércio.

Ademais, o Acórdão da DRJ também expôs o tema com solar clareza, cujo teor utilizo como parte da fundamentação do presente Voto, conforme autoriza o § 1º do art. 50, da Lei nº 9.784/1999, e no § 3º do artigo 57 do Anexo II do RICARF:

*11. Conforme consta no Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, foram apreendidas, no estabelecimento comercial em epígrafe, 153 (cento e cinquenta e três) carteiras de cigarros de várias marcas (Mill, Fox, Euro, Eight), no valor total de R\$ 59,67 (fls 33/34).*

*12. Como consequência, 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 descaminho, de acordo com o disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, caput, VII, e §1º.1 13. Cabe observar que o contribuinte não impugnou oportunamente o referido auto de infração, de modo que lhe foi decretada a revelia, conforme afirma o reclamante.*

*14. Em vista disso, está preclusa a possibilidade de discussão do referido auto de infração.*

*15. Nada obstante, o representante legal do impugnante alega que manteve os cigarros em depósito, não os expondo à venda até que o importador lhe remetesse as notas fiscais.*

*16. A esse respeito, cumpre observar que o argumento é pertinente ao processo de apreensão e perdimento, não lhe comportando o exame no processo de exclusão do Simples Nacional.*

*17. Em endosso, no entanto, Maria Helena Diniz esclarece, a respeito da destinação comercial das mercadorias apreendidas, 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.2 18. 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 do 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.*

*19. Na espécie, as mercadorias foram apreendidas no estabelecimento comercial do impugnante e se destinavam à comercialização. Se se encontravam desacompanhadas de nota fiscal, isso não é sequer indício de que não seriam ou não estavam sendo comercializadas. Bem ao contrário, prova sim que foram adquiridas irregularmente, em desdobramento natural da ação de contrabando.*

*20. Ademais, o empresário individual desenvolve atividade de bar e mercearia, inserindo-se claramente nesse âmbito a venda de cigarros (fl 26).*

*21. Na sequência, alega o manifestante ser imprescindível à aplicação da sanção de exclusão a existência de processo administrativo voltado para a caracterização do contrabando, pressuposto que é da aplicação da norma administrativa.*

*22. Ora, esse fundamento foi o que ensejou a apreensão e a aplicação da pena de perdimento, as quais não foram contestadas no processo específico. Dessa forma, restou caracterizado o contrabando.*

Portanto, a intelecção do Acórdão de piso foi inteiramente consentânea com a realidade material apresentada nestes autos, razão pela qual merece integral manutenção. O enquadramento legal foi correto e não merece retoques.

De arremate, este Colendo CARF já teve a oportunidade de examinar caso bastante semelhante, pelo que transcrevo abaixo trecho do Voto da Conselheira Relatora Ester Marques Lins de Sousa (Acórdão nº 1802-002.008):

*No entendimento da decisão recorrida, com o qual concordo, as objeções quanto aos fundamentos fáticos e jurídicos, que dão ensejo a pena de perdimento de bens, devem ser apresentadas no correspondente Auto de Infração e Apreensão de Mercadorias.*

*Deixando a defendente de oferecê-las no prazo que lhe foi oportunizado, opera-se a preclusão temporal.*

*Indubitavelmente, nos presentes autos, não cabe discutir o cerceamento ao direito de defesa ocorrido ou não naquele processo administrativo referente ao Auto de Infração e Apreensão de Mercadorias nº 10935.004139/200981.*

*Ainda que revel naquele processo, poderia a contribuinte, nos presentes autos, fazer a contraprova de que não comercializara mercadorias objeto de contrabando ou descaminho e, assim, não seria excluído do Simples Nacional.*

*A Recorrente não alega com provas de que não se subsume na hipótese prevista no artigo 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123/2006, que motivou a exclusão do Simples Nacional, que assim dispõe:*

*Lei Complementar nº 123/2006*

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

*(...)*

*VII comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;*

*Desse modo, não constatada a nulidade aventada pela Recorrente e, não havendo a Recorrente trazido aos autos a prova de que não praticara o ato (comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, descrito no auto de infração) de exclusão da empresa do Simples Nacional há de ser mantido o Ato Declaratório Executivo em comento .*

## **2. Da violação aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do livre exercício da atividade econômica**

Outro aspecto delineado pela defesa foi a suposta violação aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do livre exercício da atividade econômica:

### *III.III. DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA, DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE*

*Como cediço, é de interesse da sociedade como um todo que uma pessoa jurídica permaneça ativa, gerando emprego, renda e receita para o fisco. Baseada nesse entendimento e na realidade do Brasil no tocante à informalidade de inúmeras microempresas e empresas de pequeno porte, a Constituição Federal expressamente pretendeu a tais empresas a institucionalização de um regime tributário especial, com diminuição da carga tributária. Note-se que diversos artigos de seu texto tratam da temática, em especial os artigos 146, 170 e 179.*

*Do exame dos dispositivos supra transcritos, tem-se hialina a pretensão da Constituição em conceder às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento diferenciado, de modo a fomentar a formalização de suas atividades econômicas. Impende observar, inclusive, que ao tratar sobre o assunto em seu artigo 170, a Carta Magna eleva a princípio da ordem econômica, dito tratamento diferenciado, o qual, atualmente, se dá por meio do "Simples Nacional", instituído pela Lei Complementar n. 123/2006.*

*(...)*

*Ocorre que, como se depreende da exposição dos fatos, os produtos em questão, além de não terem sido comercializados (o que será objeto de impugnação em item próprio), equivalem a pequena monta (em tópico específico também se analisará a aplicação do princípio da insignificância ao caso concreto). Para melhor visualização, a multa aplicada no bojo do processo*

*administrativo n. 10920.003035/2009-19, com fundamento no artigo 716 do Regulamento Aduaneiro (decreto n. 6.759/2009), alcançou o valor de R\$306,00 (trezentos e seis reais), o que pode ser considerado ínfimo se considerarmos os nefastos efeitos causados pela exclusão da impugnante do Simples.*

*Considerando que o valor da multa determinada pela lei aplicável ao caso é de R\$ 2,00 (dois reais) por maço de cigarro, isso equivaleria a 153 (cento e cinquenta e três) maços de cigarro.*

*(...)*

*Por tudo quanto exposto, diante dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, requer-se a reforma da decisão recorrida, para que seja declarado o direito da Recorrente de se manter no regime do Simples Nacional.*

O viés defensivo carreado não merece guarida. A exclusão do SIMPLES obedeceu estritamente os termos da Lei, cuja margem hermenêutica é assaz limitada, haja vista a clareza solar de suas disposições sobre o caso.

Ademais, a jurisprudência do CARF é farta no sentido de se proceder com a exclusão do SIMPLES Nacional quando do malferimento ao art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123/06, reiterando a postura da Corte com relação à matéria ora em debate, sem que isso viole os princípios constitucionais sustentados pelo Recorrente:

**1. Processo nº 10935.004296/2009-97, Rel. Ester Marques**

*EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.*

*A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando constatada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. (Inteligência do artigo 29, inciso, VII da Lei Complementar nº 123/2006).*

**2. Processo nº 13971.005060/2008-49, Rel. Ester Marques**

*EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.*

*A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando constatada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. (Inteligência do artigo 29, inciso, VII da Lei Complementar nº 123/2006).*

*APREENSÃO DE MERCADORIAS.*

*As objeções quanto aos fundamentos fáticos e jurídicos que ensejam a pena de perdimento de bens devem ser apresentadas no correspondente Auto de Infração e Apreensão de Mercadorias.*

*INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA. MATÉRIA SUMULADA.*

*Súmula CARF nº 2 O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

**3. Processo nº 10811.000087/2010-12, Rel. Carmen Saraiva**

*CIGARRO DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA, SEM DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DA IMPORTAÇÃO REGULAR.*

*Caracteriza infração às medidas de controle fiscal a posse e circulação de fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de procedência estrangeira, sem documentação comprobatória da importação regular, sendo irrelevante, para tipificar a infração, a propriedade da mercadoria.*

*PRODUÇÃO DE PROVAS. ASPECTO TEMPORAL.*

*A peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses de defesa e instruída com os todos os documentos em que se fundamentar, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais.*

*OPÇÃO. CAUSA IMPEDITIVA LEGAL.*

*A legislação expressamente não admite o recolhimento dos tributos na forma do Simples Nacional pela microempresa ou empresa de pequeno porte que comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.*

*EXCLUSÃO DE OFÍCIO. DEVER FUNCIONAL.*

*No caso de a pessoa jurídica optante incorrer em hipótese legal de vedação e não comunicar espontaneamente o fato, há exclusão de ofício mediante emissão do termo pela autoridade competente, sob pena de responsabilidade funcional.*

Por fim, a suposta violação constitucional conduziria ao desiderato da inconstitucionalidade reflexa da norma cotejada, o que acarreta a incidência da Súmula CARF nº 2:

*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Isso porque não cumpre ao CARF exercer qualquer forma de controle de constitucionalidade ou cotejo constitucional. Logo, não há que se argüir nessa instância a suposta violação de princípios quando da estrita aplicação e observância da norma infraconstitucional pela Administração Pública.

**3. Do princípio da insignificância**

No exercício de seu direito de defesa, o Contribuinte elenca uma série de elementos que entende por aplicáveis ao caso. Em que pese a clareza de exposição e o louvável trabalho na fundamentação de suas teses, observo que a abordagem ao caso buscou um viés muito mais próximo ao Direito Penal que ao próprio processo administrativo tributário e fiscal:

#### *III.IV. DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA*

*Inicialmente, cabe ressaltar que a noção de insignificância surgiu no âmbito do Direito Penal, propagando-se posteriormente para os demais ramos do direito punitivo, por força do princípio constitucional implícito da razoabilidade.*

*De acordo com o princípio em consideração é imperativa a efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da punição a ser aplicada. Assim, para que haja a responsabilização de alguém por uma falta (seja ela penal, civil ou administrativa) é necessário que exista ofensa de alguma gravidade a bem jurídico e/ou instituição tutelada pelo ordenamento jurídico, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar a ocorrência de uma infração passível de severa punição (como a exclusão de uma empresa do regime do Simples).*

*No caso vertente, caso refutadas todas as argumentações expendidas nos itens acima, deve ser considerada a seguinte situação: a Recorrente foi excluída do regime do Simples por suposta comercialização de 153 (cento e cinquenta e três) maços de cigarro importados sem a comprovação do recolhimento dos tributos devidos. Ou seja: a punição é excessiva para uma falta mínima e não suficientemente comprovada, caso que demanda a aplicação do princípio da insignificância.*

*E de se ressaltar que o próprio Ministério a que se vincula a Receita Federal oferece os parâmetros para a aplicação do princípio da insignificância, quando fixa um valor mínimo como piso para justificar a execução fiscal ou a inscrição em dívida ativa. Nesse contexto, a Portaria MF nº 75, de 29/03/2012, determina, em seu artigo 1º, inciso II, "o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)."*

*Nesse passo, se as dívidas tributárias inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) são passíveis de relevação, por força do princípio da insignificância, por que não o seriam as ínfimas faltas que resultam a exclusão de empresas do Simples Nacional?*

*Requer-se, pois, a relevação do ADE em discussão, por força da aplicação do princípio da insignificância.*

Em rebate, observando o entrelace sistêmico dos ramos do Direito, cuidou-se em não fugir dos principais tópicos da infração, razão pela qual o Acórdão *a quo* os rechaçou com igual maestria:

23. *A seu turno, não há como ver aplicado o princípio da insignificância às infrações administrativas formais que tutelam bens jurídicos vários, além do Erário Público, em que pese a evasão fiscal envolvida ser de pequena monta.*

24. *Cumpra observar, inicialmente, que a aplicação da pena de perdimento sobre as mercadorias apreendidas implica considerar que tais mercadorias ingressaram no País irregularmente, mediante contrabando ou descaminho, de maneira que a soma destas duas circunstâncias preenche integralmente o que a norma definiu hipoteticamente como infração passível de exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional.*

25. *Por sua vez, os crimes de contrabando e descaminho são eminentemente formais e não dependem da apuração dos valores iludidos para restarem configurados segundo a melhor doutrina.*

26. *A importação de cigarros de marca proibida constitui crime de contrabando, hipótese em que a jurisprudência judicial tem rechaçado a aplicação do princípio da insignificância por considerar que a objetividade jurídica não se resume pura e simplesmente no interesse arrecadador do Fisco e sim no direito de a Administração Pública controlar o ingresso de mercadorias no território nacional, por questão de segurança e saúde públicas. Faço aqui especial reiteração à revelia, derivada da ausência de defesa ao Auto de Infração no momento oportuno. Esse aspecto, por si só, impede a análise casuística do fato que serviu de supedâneo à exclusão do SIMPLES Nacional. Reforço, portanto, que o cerne do presente processo busca o afastamento da indigitada exclusão, e não o combate aos elementos fáticos do Auto de Infração, os quais foram aplacados pelos efeitos da preclusão. Portanto, nenhum argumento hábil foi apresentado para mitigar ou reformar os termos do Acórdão da DRJ; outrossim, consta nos autos do processo uma consistente coletânea documental, apta a amparar a retirada da empresa do SIMPLES Nacional nos termos do art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123/06.*

27. *Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:*

*Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE PRODUTO DE PROIBIÇÃO RELATIVA. CIGARRO. CONTRABANDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COM BASE NO VALOR DA EVASÃO FISCAL. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Em sede de contrabando, ou seja, importação ou exportação de mercadoria proibida, em que, para além da sonegação tributária há lesão à moral, higiene, segurança e saúde pública, não há como excluir a tipicidade material tão somente à vista do valor da evasão fiscal, ainda que eventualmente possível, em tese, a exclusão do crime, mas em face da mínima lesão provocada ao bem*

*jurídico ali tutelado, gize-se, a moral, saúde, higiene e segurança pública. 2. Não tem aplicação o princípio da insignificância na hipótese de contrabando de produto de proibição relativa em quantidade suficientemente expressiva para afastar a lesividade mínima à saúde pública. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1405930 SC 2013/03259446, publicado em 24.10.2013)*

*28. Por fim, se a cumulação das penas de perdimento, multa e exclusão é excessiva para quem praticou contrabando, essa questão é de ordem constitucional, não podendo a Administração Tributária negar eficácia ao dispositivo legal que serviu de fundamento ao ato de exclusão (art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972).*

Ademais, nos termos do art. 136 do CTN, rememoro 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. Nesse sentido, restou configurado que o Recorrente foi qualificado como sujeito passivo da obrigação e não observou as determinações legais pertinentes à matéria; por esta razão está submetido à consequência legal de sua conduta decorrente da prática do ato ilícito. Logo, a proposição afirmada pela defesa não tem cabimento. De arremate, a Súmula do CARF nº 90 também trata diretamente do tema:

*Caracteriza infração às medidas de controle fiscal a posse e circulação de fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de procedência estrangeira, sem documentação comprobatória da importação regular, sendo irrelevante, para tipificar a infração, a propriedade da mercadoria.*

Apenas por amor ao debate e em respeito ao trabalho formulado na peça defensiva, destaco que a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem afastado a incidência do princípio da insignificância aos crimes de contrabando. Nos casos especificamente envolvendo cigarro, ocorre um crime em que há uma lesão “bifronte”, que atinge não só a atividade arrecadatória do Estado, mas interesses públicos como a saúde e a atividade industrial. O crime de contrabando, segundo o Ministro Luiz Fux, é o que incide no caso, uma vez que há a proibição da importação da mercadoria pelas autoridades nacionais de saúde. Transcrevo abaixo a ementa da decisão proferida por aquele ilustre magistrado:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS . CONTRABANDO DE CIGARROS (ART. 334, § 1º, “C”, DO CP). DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE DESCAMINHO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. O cigarro posto mercadoria importada com elisão de impostos, incorre em lesão bifronte não só ao erário e à atividade arrecadatória do Estado, mas a outros interesses públicos como a saúde e a atividade industrial internas, configurando-se contrabando, e não descaminho. Precedentes: HC 100.367, Primeira Turma, DJe de 08.09.11 e HC 100.367, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11.*

*2. O crime de contrabando incide na proibição relativa sobre a importação da mercadoria, presentes as conhecidas restrições dos órgãos de saúde nacionais incidentes sobre o cigarro.*

*3. In casu, a) o paciente denunciado como incurso nas sanções do artigo 334, § 1º, alínea c, do Código Penal, por ter adquirido,*

*para fins de revenda, mercadorias de procedência estrangeira – 1.401 (um mil quatrocentos e um) maços de cigarros – desacompanhadas da documentação fiscal comprobatória do recolhimento dos respectivos tributos; b) o valor total do tributo, em tese, não recolhido aos cofres públicos é de R\$ 1.401,00 (um mil quatrocentos e um reais); c) o juiz singular, reconheceu a aplicabilidade, in casu, do princípio da insignificância, e, por conseguinte, rejeitou a denúncia; d) a Corte Regional deu provimento ao recurso em sentido estrito do Ministério Público para determinar o recebimento da peça acusatória.*

*4. O princípio da insignificância não incide na hipótese de contrabando de cigarros, tendo em vista que “não é o valor material que se considera na espécie, mas os valores ético-jurídicos que o sistema normativo penal resguarda” (HC 118.359, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 11.11.13). No mesmo sentido: HC 119.171, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 04.11.13; HC 117.915, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 12.11.13; HC 110.841, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 14.12.12.*

*5. Ordem denegada.*

*HABEAS CORPUS 121.916/MG (rel. Min. Luiz Fux)*

Por fim, impera destacar que o Superior Tribunal de Justiça inclusive sumulou o tema, em seu enunciado nº 599: "O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública".

## **Dispositivo**

Com tudo o que foi exposto nos tópicos anteriores, resta claro que os argumentos esposados pela Recorrente não merecem ser acolhidos. Portanto, VOTO por CONHECER do Recurso Voluntário, e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, com a consequente manutenção da decisão de origem.

(assinado digitalmente)

Breno do Carmo Moreira Vieira - Relator