



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

Processo n° 10925.720261/2013-02
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1002-000.191 – Turma Extraordinária / 2ª Turma**
Sessão de 09 de maio de 2018
Matéria IRPJ. EXCLUSÃO DO SIMPLES. INFRAÇÃO LEGAL
Recorrente ANTONIO GENIR CHIMEK PEREIRA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

NULIDADE.

No caso de o enfrentamento das questões na peça de defesa denotar perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento não há que se falar em nulidade do ato em litígio.

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.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.
DILIGÊNCIA. PERÍCIA

A autoridade julgadora de primeira instância indeferirá as diligências e perícias que considerar prescindíveis ou impraticáveis, fazendo constar do julgamento o seu indeferimento fundamentado.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

Ailton Neves da Silva - Presidente.

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. 81 à 110) interposto contra o Acórdão nº 08-38.277, proferido pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza/CE (e-fls. 61 à 77), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pelo ora Recorrente.

O âmago da irresignação consiste em contestar o ato que excluiu o Contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES Nacional). O desenquadramento ao SIMPLES decorreu da apreensão de 170 (cento e setenta) 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. 8). 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 da Representação Fiscal (e-fls. 3 e 4):

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil; tendo em vista que em operação de combate ao contrabando e descaminho realizada em 15 de agosto de 2011, na cidade de Chapecó, por Fiscais da Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, foram encontrados no interior do estabelecimento maços de cigarro de origem estrangeira sem documentos que comprovassem a sua regular importação; constatou-se que o interessado acima evidenciado infringiu o art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123/06, estando assim sujeito à EXCLUSÃO do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, conforme fatos e enquadramento legal abaixo descritos:

DESCRIÇÃO DOS FATOS

O interessado é optante do SIMPLES NACIONAL, conforme consulta aos sistemas internos da RFB.

Consta do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0920300.00651/11 (processo nº 10925.722684/2011-97), e documentos instrutivos, cujas cópias estão anexadas ao presente processo, que o interessado foi autuado com resultado no perdimento de mercadorias de procedência estrangeira em situação irregular no país, objeto de contrabando e/ou descaminho, que estavam em sua posse com intuito de comercialização.

Possível, então, dentro dos termos legais, a eventual exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL.

Há declaração de revelia em relação ao interessado.

ENQUADRAMENTO LEGAL

A Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o SIMPLES NACIONAL, estabelece regra de exclusão para determinados casos, entre eles:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL dar-se-á quando: (...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

PROPOSIÇÃO

Face ao constatado, propomos a EXCLUSÃO DE OFÍCIO do interessado ora representado, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, com base no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123/06, tendo em vista o estado de comercialização em que se encontravam as mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Diante do exposto, encaminho a presente Representação à SAORT/DRF/JOAÇABA/SC para providências de sua alçada.

Joaçaba/SC, 25 de fevereiro de 2015.

Oportunizada a defesa ao Auto de Infração lavrado (e-fls. 5 e 6), o Contribuinte manteve-se inerte, conforme atesta termo de revelia acostado à e-fl. 9, alusivo ao processo nº 10925.722684/2011-97. Em seguida, o procedimento de exclusão do SIMPLES Nacional (processo nº 10925.720261/2013-02) foi decidido nos termos do Despacho Decisório nº 196/2015 - SAORT/DRF/JOA, o qual chancelou o desenquadramento nos seguintes termos (e-fls. 12 à 14):

A Lei Complementar nº 123, de 2006, instituiu um regime diferenciado de tributação, em função da qual ocorre o pagamento unificado de diversos tributos por ela relacionados. Essa sistemática, aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte que atendam aos requisitos impostos pela legislação, constitui, entretanto, uma opção para essas pessoas jurídicas.

Efetuada a opção, a legislação prevê que a exclusão do Simples Nacional pode ocorrer mediante comunicação da pessoa jurídica ou de ofício.

Em relação à exclusão de ofício, uma das hipóteses que lhe dão causa diz respeito à comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho, prevista no art. 29, inciso VII da referida lei complementar:

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

(...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

(...)

De acordo com a representação para exclusão, foi realizada operação de combate ao contrabando e descaminho em 15/08/2011 na cidade de Chapecó/SC, em conformidade com a legislação competente para o referido ato, conforme verificado às fls. 03 a 09 do e-Processo. A confirmação do cumprimento de todas as etapas processuais ocorreu com a lavratura do Termo de Revelia à fl. 09. Assim, através desse Termo, depreende-se que não há mais possibilidade de interposição de recurso administrativo naquele processo, estando, portanto, finalizado.

Com efeito, pelo exame dos dispositivos legais supracitados e dos documentos apresentados, conclui-se que a empresa deve ser excluída de ofício do Simples Nacional.

Definida a exclusão de ofício, resta ainda verificar a data dos efeitos desta. Para tanto, segue orientação do artigo 76 da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional –CGSN – n° 94 de 29 de novembro de 2011:

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar n ° 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1 °)

(...)

f) comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

(grifo nosso)

Portanto, a exclusão do Simples Nacional da pessoa jurídica acima qualificada deverá ter efeitos retroativos a 01/08/2011.

DECISÃO

No uso das atribuições previstas no art. 6º da Lei 10.593, de 6 de dezembro de 2002, considerando-se o que dispõe a Lei Complementar nº 123/2006 e os elementos fáticos descritos acima, decido:

EXCLUIR DE OFÍCIO, a pessoa jurídica acima qualificada, do Simples Nacional, com efeitos retroativos a 01/08/2011, ficando impedida de realizar nova opção por esse regime pelos 3 (três) anos-calendário seguintes, conforme determina o artigo 29, §1º da Lei Complementar 123 de 14/12/2006.

O Termo de Exclusão do SIMPLES Nacional restou cancelado pelo Ato Declaratório Executivo DRF/JOA-SC n.º 07, de 18 de março de 2015, publicado integralmente no DOU do dia 02 de abril de 2015 (e-fls. 15 e 16). O aludido Despacho Decisório foi também encaminhado via postal, e recebido pelo Contribuinte em 04 de maio de 2015.

Tempestivamente, em 29 de maio de 2015 foi apresentada Manifestação de Inconformidade (e-fls 19 à 47), cujos argumentos são bem resumidos no Relatório da DRJ, o qual transcrevo abaixo, com lastro no §3º do art. 57 do RICARF:

Ciente do Ato Declaratório de Exclusão em 04/05/2015, o contribuinte apresentou sua manifestação de inconformidade em 29/05/2015 (fls. 19/47), alegando, em síntese, que:

Preliminar de Nulidade Da Ausência de Pedido de Esclarecimento e Inquérito Policial

O Auto de Infração ora guerreado, foi lavrado pelos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, de forma unilateral, sem qualquer comunicação prévia à Requerente dos termos em que foram lavrados, bem como sem qualquer esclarecimento sobre a realidade fática, uma vez que a apreensão dos cigarros foi feita pela Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina e não pela SRFB.

A SRFB possuía todas as informações no que concerne ao endereço da Requerente, posto que esta sempre manteve seu cadastro com endereço atualizado perante todos órgãos públicos. Ocorre, portanto, que em nenhum momento a Requerente foi intimada pela Secretaria da Receita Federal para apresentar impugnação, prova ou qualquer outro esclarecimento dos fatos. Isso é facilmente percebido através do próprio processo administrativo e também de uma simples consulta de movimentação do processo através do Comprot no próprio site da SRFB (www.receita.fazenda.gov.br), (anexo consulta), de que não houve qualquer solicitação/comunicação/intimação por parte Requerida.

Insta salientar que os cigarros apreendidos pela Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina e encaminhados à Receita Federal do Brasil em Joaçaba-SC, não estavam expostos à venda, mas sim pertenciam ao titular da Requerente Antonio Gemir Chimek Pereira, e os usa para uso próprio, não possuindo qualquer vínculo comercial ou empregatício com a Requerente, tanto que os cigarros foram apreendidos na residência do titular

da empresa, fatos estes que seriam esclarecidos pela Requerente e que foi negado pela Requerida a realidade fática.

Cabe ainda esclarecer, de que a efetiva comprovação da efetiva comercialização das mercadorias proibidas encontradas na residência do titular do estabelecimento da Requerente, bem como a sua participação ou de seus sócios em ilícito depende de uma investigação criminal, processo este a cargo da Polícia Federal, e que também não se tem conhecimento.

A garantia do devido processo legal é típico e inafastável primado no Estado de Direito. Em nossa Carta Fundamental, vem anunciado pelo "contraditório e ampla defesa" prescritos no inciso LV, de seu artigo 5o. É nesse mesmo dispositivo que verificamos a outorga constitucional dessa garantia aos litigantes em processo administrativo, tal qual se impõe no processo judicial.

A tributação é seara da atuação da administração pública, que suscita, com grande frequência, a busca do processo administrativo pelos administrados.

Diante de ato emanado pela administração tributária o contribuinte invoca as garantias referidas, para opor sua discordância segundo as regras do devido processo legal.

No entanto, se a intimação não for aperfeiçoada de modo a garantir a certeza da ciência do intimando, todo o processo previsto na lei, e instalado na realidade, não passa de uma ficção intangível ao contribuinte que não pôde percorrê-lo, por não lhe ter sido oportunizada tal faculdade.

Nesse sentido, a ausência de intimação regular imprime nulidade ao lançamento tanto quando havida na fase de fiscalização, como quando ocorrida na formalização do crédito tributário.

No Mérito

A materialidade do suposto crime não está de forma alguma comprovada nos autos. Para que o suposto crime se concretizasse, seria necessário que tivesse ocorrido a exposição à venda de cigarros, fato este que não ocorreu, sequer a realidade dos fatos foi apurada.

Insta salientar que os cigarros apreendidos pela Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina e encaminhados a Receita Federal do Brasil em Joaçaba-SC, não estavam expostos à venda, mas sim pertenciam à um dos sócios da Requerente, que é fumante e os usa para uso próprio, não possuindo qualquer vínculo comercial com a Requerente, fatos estes que seriam esclarecidos pela Requerente e pelo proprietário da mercadoria que não estava presente do ato da apreensão e que foi negado pela Requerida a realidade fática.

A Requerente tem como objetivo principal, a comercialização de produtos alimentícios em geral; a comercialização de materiais de construção em geral;

comércio de gás liquefeito de petróleo, atividades estas totalmente incompatíveis com os produtos ora encontrado no estabelecimento. Segundo o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal, juntado às fls., no dia 15/08/2011, foram apreendidas na residência do titular da Requerente, mercadorias estrangeiras (cigarros) desprovidas de documentos fiscais.

Cabe ressaltar ainda, de que não houve qualquer procedimento por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil para apurar os fatos, ou seja, a Requerente jamais foi intimada a prestar qualquer esclarecimento acerca dos fatos, tomando-se por surpresa ao receber o despacho decisório de exclusão do Simples Nacional depois de transcorridos cerca de aproximadamente quase 04 (quatro) anos após a apreensão da mercadoria.

In casu, não restou comprovado que a Requerente ou seus sócios comercializavam as mercadorias apreendidas, objeto de contrabando ou descaminho, ou seja, o fato das mercadorias estarem no estabelecimento, não nos leva à conclusão de que eram comercializados, mesmo porque, a atividade da Requerente é diversa.

Cabe salientar, de que a comprovação da efetiva comercialização das mercadorias proibidas no estabelecimento da Requerente e sua participação em ilícito dependem de investigação criminal, aliás, processo este que não houve, ou que não se tem conhecimento.

Não há nos autos qualquer documento que comprove a instauração de Inquérito Policial para averiguação dos fatos narrados na denúncia, não se apurando, deste modo, a autoria delitiva.

Como é que a Requerente poderia estar comercializando mercadorias proibidas, se as mesmas não pertenciam à empresa, mas sim ao sócio. Além do mais, as mercadorias não estavam expostas à venda. Em nenhum momento houve exposição das mercadorias aos clientes, fato este aliás que não foi objeto de investigação para saber a realidade dos fatos.

Insta salientar, que a SRFB no momento da fiscalização, jamais solicitou qualquer esclarecimento adicional acerca da propriedade da mercadoria, simplesmente arbitrou aleatoriamente que as mercadorias estavam supostamente expostas à venda, sem informação nenhuma e sem base legal alguma, o que constitui, causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Dessa forma, não houve o dolo genérico, a vontade livre e consciente da Requerente em expor a comercialização produtos de origem estrangeira, como pretende fazer crer a SRFB.

Ausência de Interesse

O contribuinte argumenta que um valor irrelevante para a Administração não pode servir como base para a exclusão do Simples Nacional e que estaria colidindo frontalmente com o princípio da subsidiariedade, o qual arrazoa que o direito penal só pode intervir em “ultima ratio”, depois de passar todos os outros ramos do direito, conforme jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais (fls. 31/34).

TRF-3 - TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. APREENSÃO DE MAÇOS DE CIGARRO DE ORIGEM ESTRANGEIRA IRREGULAR. NÃO COMPROVAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO NO ESTABELECIMENTO AUTUADO. PROPRIEDADE ASSUMIDA POR TERCEIRO. ANULAÇÃO DO ATO DE EXCLUSÃO.POSSIBILIDADE.

TRF-4 - PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCAMINHO. DÉBITO FISCAL. ARTIGO 20, CAPUT, DA LEI Nº 10.522/2002. PATAMAR ESTABELECIDO PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO DA DÍVIDA ATIVA OU ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. CONDUTA DESINTERESSANTE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO NÃO PODE SER PENALMENTE RELEVANTE. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ORDEM CONCEDIDA.

Desta forma, o melhor a prosperar é o reconhecimento da ausência de interesse na causa, em homenagem ao princípio da subsidiariedade, com fundamento no artigo 395 do CPP.

Falta de Justa Causa

Na presente ação, é visível a inexistência de justa causa para a ação administrativa culminando com a exclusão do Simples Nacional, visto que o fato narrado na inicial é atípico, pois uma conduta administrativamente promovida por um dos sócios da Requerente, sem qualquer relação de exposição a venda e/ou comercialização é irrelevante, não pode ter relevância ao ponto de excluir a Requerente da opção pelo Simples Nacional.

Como se sabe, na leitura da inicial, a soma total do valor bruto das mercadorias somou a importância de R\$ 34,00 (Trinta e quatro reais) vê-se que os valores iludidos a tributos, em hipóteses alguma por si ultrapassam o valor estabelecido pelo fisco para execução, com previsão no artigo 20 da lei 10.522/02, que reside na cifra de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Insta salientar, que esse entendimento coaduna com o entendimento dos Tribunais:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. MONTANTE DOS IMPOSTOS NÃO PAGOS. DISPENSA LEGAL DE COBRANÇA EM AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL. LEI Nº 10.522/02, ART. 20. IRRELEVÂNCIA ADMINISTRATIVA DA CONDUTA. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA.

Sendo assim, resta demonstrado acerca da ausência de justa causa para persecução da exclusão do simples nacional pela suposta prática do delito de descaminho, por atipicidade da conduta, em decorrência da aplicação do princípio da insignificância, devendo ser a requerente, mantida no simples nacional e absolvido com fundamento nos artigos 395, III, e 386, III do CP.

Aplicabilidade por Analogia do Art. 83 da Lei nº 9.430/96

A doutrina tem entendido possível a aplicabilidade do artigo 83 da Lei 9.430/1996, por analogia, ao crime de descaminho, embora ele não esteja previsto na lei que define os crimes de ordem tributária, ele é um crime de natureza tributária.

Sendo assim, não há razão pela qual ele deva ser tratado diferente dos outros crimes tributários, se os outros crimes tributários tem a suspensão da pretensão punitiva com o parcelamento, e a extinção da punibilidade com o pagamento, não há porque o crime de descaminho ser tratado de forma diferente.

Portanto, é de se concluir pela aplicabilidade do artigo 83 da Lei 9.430/96, tendo como base a analogia, sendo suspensa a pretensão punitiva com base no pagamento da multa por infração e o perdimento das mercadorias, bem como a extinção da punibilidade, mesmo porque devidamente comprovado pelos fatos de que a Requerente não expôs a comercialização mercadoria estrangeira em momento algum.

Da Insignificância

Os fatos narrados na exordial demonstram tamanha ilegalidade, visto que o valor total das mercadorias apreendidas, o delito de descaminho tipificado no artigo 334, §1, "d" CPP, exige certo valor que indique lesão tributária, de certa expressão, para o fisco, caso contrário, estamos a falar de fato atípico.

Percebe-se que, a lei é específica e determinada em seu artigo 20 da Lei 10.522/11.033/04 ao dizer:

“Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrada, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).”

Sendo assim, a de se perceber que o próprio fisco para acionar sua máquina, exige mister de ser lesado por um valor representativo. Ora. Senhor Julgador, por que esse valor insignificante para o fisco seria relevante para o direito penal? Por que esse valor insignificante, que não tem relação com o objetivo social da empresa, seria relevante para exclusão de ofício do Simples Nacional?

Como se sabe, o direito penal é um remédio subsidiário, ou seja, deve ser reservado para aquelas situações mais graves para provocar a diminuição da violência gerada por determinado fato.

Dessa forma, inexistente explicação para a intervenção do direito penal, não pairando dúvida que o melhor a se fazer é o reconhecimento do princípio da insignificância, caso contrário estaria colidindo frontalmente com os princípios norteadores do ordenamento jurídico.

Ademais, o princípio da insignificância mantém um elo com outros princípios, ao passo que o mesmo deve ser analisado, em coerência com os princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado, visto que tem o condão de afastar ou excluir a tipicidade penal, examinada no panorama de seu caráter material.

Para corroborar esse entendimento, em 19 de abril de 2012 foi publicada a Portaria do Ministério da Fazenda Nacional n. 075, que estabelece os limites de valor para a inscrição de débitos fiscais na Dívida Ativa da União e para o ajuizamento das execuções fiscais.

Art.1º Determinar:

I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e 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), (grifo nosso)

Ora, se o Estado não possui interesse em cobrar este débito, podemos concluir que a lesão ao bem jurídico será mínima, não sendo coerente a exclusão de ofício do Simples Nacional. Destarte, nas hipóteses em que o valor do débito fiscal é igual ou inferior a R\$ 20.000,00, há evidente falta de interesse do Estado em punir o infrator, razão pela qual, nestas hipóteses, há que se reconhecer a exclusão da tipicidade.

Apesar da conduta ser formalmente típica, a lesão gerada ao Estado é desprezível, não restando configurada a tipicidade material, transformando assim o comportamento da Requerente em atípico, isto é, indiferente ao direito penal e incapaz de gerar uma condenação de tamanha monta a uma empresa que sempre cumpriu em dia com suas obrigações fiscais, sociais e tributárias.

Mister colacionar preceito jurisprudencial acerca da aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária.

Com efeito, segundo orientação dominante do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região - TRF4, "Aplica-se o princípio da insignificância, como excludente da tipicidade do delito de sonegação fiscal ou equiparados (...)" (PIMP 2009.04.00.039221-5, Rel. Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, D.E. 01-12-2010), quando "(...) a supressão das

exações consistentes no valor consolidado - principal mais acessórios - não exceder o montante previsto no artigo 1º da Portaria MF nº 75, hoje correspondente a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), patamar este considerado irrisório pela Administração Pública para efeito de processamento de execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União." (TRF4, HC 5010647-97.2012.404.0000, Oitava Turma, Relator Victor Luiz dos Santos Laus, D.E. 10/07/2012).

Ademais, o parâmetro de 10.000,00 (dez mil reais) para aplicação do princípio da insignificância nos delitos de descaminho (artigo 334 do Código Penal) foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, conforme demonstram seguintes ementas:

EMENTA. HABEAS CORPUS DE DESCAMINHO DÉBITO TRIBUTÁRIO INFERIOR AO VALOR PREVISTO NO ART 20 DA LEI No. 10.522/02. ARQUIVAMENTO. CONDUTA IRRELEVANTE PARA A ADMINISTRAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. Crime de descaminho. O arquivamento das exceções fiscais cujo valor seja igual ou inferior ao previsto no artigo 20 da Lei n. 10.522/02 é dever-poder do Procurador da Fazenda Nacional, independentemente de qualquer juízo de conveniência e oportunidade.

2. É inadmissível que a conduta seja irrelevante para a Administração Fazendária e não para o direito penal. O Estado, vinculado pelo princípio de sua intervenção mínima em direito penal, somente deve ocupar-se das condutas que impliquem grave violação ao bem juridicamente tutelado. Neste caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância. Ordem concedida. (HC 95.749/PR, Rei, Min. Eros Grau, DJU07.11.08).

No mesmo sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. DESCAMINHO. VALOR DO TRIBUTO NÃO RECOLHIDO: R\$ 6.580,50. ATIPICIDADE DO FATO. PRECEDENTES STJ E STF. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WIRT. ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR A DECISÃO CONDENATÓRIA PROFERIDA NA AÇÃO PENAL 2005. 71. 12. 003323-0.

1. A terceira Seção desta Corte Superior entendeu, em relação ao crime de descaminho, ser aplicável o princípio da insignificância, quando o valor do tributo iludido ao Fisco Federal não ultrapassa 10.000,00 (art. 20 da Lei 10.522/02, alterado pela Lei 11.033/04), consoante a orientação emanada do colendo STF.

2. Esse entendimento funda-se na irrelevância da conduta da vítima, já que, in casu, o Estado dispensa, administrativamente, o direito de crédito tributário, não havendo que se exigir a intervenção do Direito Penal, em vista da aplicação dos

princípios da subsidiariedade, intervenção mínima e fragmentariedade.

3. Parecer do MPF pela denegação do writ.

4. Ante o exposto, concede-se a ordem para anular a decisão condenatória proferida na Ação Penal 2005.71.12.003323-0. (HC 162.072/RS, Rei, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJe 07. 06. 2010).

Assim, a matéria demonstra-se pacificada perante a jurisprudência, ademais, ainda que formalmente haja infração penal, materialmente não haverá crime, pois a insignificância da lesão afasta a intervenção penal. Em não havendo crime, não há o que se falar em exclusão de ofício da Requerente do Simples Nacional.

Portanto, não há justificativas para se excluir de ofício a Requerente do Simples Nacional, no qual o próprio Fisco abre mão da via judicial para executar o débito, de que há uma excludente de tipicidade.

Sendo assim, e por todo o exposto o que deve prosperar é o reconhecimento do princípio da insignificância da mesma forma pela absolvição do requerente com fundamento no artigo 386, III do CPP, bem como os atos administrativos, por não restar comprovada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho no estabelecimento da autora, ou seja, que tenha exposto a venda, tentado vender, ou comercializado as mercadorias apreendidas, deve ser devidamente cancelado o Auto de Infração e as consequências dele decorrentes com o cancelamento do Ato de exclusão da autora do Simples Nacional.

No entanto, no presente caso em tela, o que deve ser levado em conta, que inexistente a prova material, "inquérito policial", não obstante, inexistente a prova testemunhal, ou seja, inexistente prova alguma, prevalecendo à ausência de justa causa.

Desta forma, por todo o exposto, restou comprovado a ausência de justa causa, devido à inexistência de provas, tanto material, como testemunhal, no entanto, na há que se falar em crime, de forma que deve o Auto de Infração ser cancelado e a Requerente manter-se no Simples Nacional.

Da violação aos princípios constitucionais da capacidade econômica, da proporcionalidade e razoabilidade

Constituindo a proporcionalidade princípio constitucional implícito de observância obrigatória pelo Estado-Administração, segundo jurisprudência reiterada do próprio Supremo Tribunal Federal, não pode aferida garantia fundamental ser desconsiderada, sob pena de inconstitucionalidade da medida, ainda que a pretexto de se apoiar em lei violadora de tal postulado.

Outrossim, o valor tributário alegadamente lesado aos cofres estatais é absolutamente desproporcional à pena de perdimento do Simples Nacional imposta a impugnante.

Ora, é cediço e de conhecimento notório que a propriedade dos cigarros é de terceiro para seu consumo próprio, bem como o valor total não passa de R\$ 40,00 (quarenta reais); considerado perante o fisco insignificante, assim a imposição de exclusão do Simples Nacional, revela - por sua evidente ausência de proporcionalidade ao proveito eventualmente obtido - inequívoca e indisfarçável atrocidade.

Em conclusão, ao não atentar à situação pessoal subjetiva da impugnante, a penalidade fiscal incidiu em inconstitucionalidade, praticando-se verdadeiro confisco vedado pela Lei Maior à propriedade privada; podendo levar o autuado à total bancarrota financeira.

Das Diligências

Para apuração da verdade real dos fatos, e com base no art. 5º LV da CF, no art.

16, IV, art. 17 e inc. II do art. 59 do Dec. Fed. 70.235/72, são necessárias ao perfeito esclarecimento dos fatos diligências preliminares, como a perícia e exame nos maços de cigarro encontrados no estabelecimento da impugnante, a fim de averiguar sua marca, valor e real procedência, bem como a propriedade das mercadorias.

Do Requerimento

À vista do exposto, o contribuinte requer o deferimento nos seguintes termos:

- a) Preliminarmente seja anulado o Auto de Infração por ausência de intimação da Requerente e ausência de pedido de esclarecimento e inquérito policial.*
- b) o julgamento da total improcedência do Auto de Infração e representação Fiscal de Exclusão do Simples Nacional e sua exigência fiscal deduzida e imposta nos presentes autos;*
- c) seja julgado procedente o presente recurso a fim de anular o Auto de infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal e conseqüente processo administrativo N.10925.720261/2013-02, bem como o Ato de Declaratório Executivo N. DRF/JOA-SC n. 07 de 18 de março de 2015, determinando o cancelamento da exclusão da Requerente do Simples Nacional, na forma da fundamentação acima;*
- d) seja declarada a ausência de interesse na causa, em homenagem ao princípio da subsidiariedade, com fundamento no artigo 395, III do CPP.*
- e) seja declarada a ausência de justa causa pela suposta prática do delito de descaminho, por atipicidade da conduta, em decorrência da aplicação do princípio da insignificância.*
- f) seja determinada diligência no sentido de proceder-se à perícia dos objetos apreendidos, a fim de verificar-se sua*

procedência, bem como apuração dos fatos para apurar a autoria e propriedade da mercadoria;

g) requerendo, finalmente, seja a decisão fundamentada para ensejando os princípios constitucionais ante elencados, do contraditório e da ampla defesa.

O Acórdão nº 08-38.277, proferido pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza/CE (e-fls. 61 à 77), 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: 2011

NULIDADE.

No caso de o enfrentamento das questões na peça de defesa denotar perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento não há que se falar em nulidade do ato em litígio.

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.

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.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS. ENTENDIMENTO DOMINANTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. VINCULAÇÃO DA ADMINISTRATIVA.

É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais, quando comprovado que o contribuinte não figurou como parte na referida ação judicial. A autoridade julgadora administrativa não se encontra vinculada ao entendimento dos Tribunais Superiores pois não faz parte da legislação tributária de que fala o artigo 96 do Código Tributário Nacional, salvo quando tenha gerado uma súmula vinculante, nos termos da Emenda Constitucional n.º 45, DOU de 31/12/2004.

CITAÇÕES DOUTRINÁRIAS NA IMPUGNAÇÃO.

Não compete à autoridade administrativa apreciar alegações mediante juízos subjetivos, uma vez que a atividade administrativa deve ser exercida de forma plenamente vinculada, sob pena de responsabilidade funcional.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DILIGÊNCIA. PERICIA

A autoridade julgadora de primeira instância indeferirá as diligências e perícias que considerar prescindíveis ou impraticáveis, fazendo constar do julgamento o seu indeferimento fundamentado.

Manifestação de Inconformidade Improcedente Sem Crédito em Litígio

Os argumentos outrora apresentados na Manifestação de Inconformidade são reiterados em sede de Recurso Voluntário, os quais sustentam os seguintes pleitos, *verbis*:

a) Preliminarmente seja anulado o Auto de Infração por ausência de intimação da Requerente e ausência de pedido de esclarecimento e inquérito policial.

b) o julgamento da total improcedência do Auto de Infração e representação Fiscal de Exclusão do Simples Nacional e sua exigência fiscal deduzida e imposta nos presentes autos;

c) seja julgado procedente o presente recurso a fim de anular o Auto de infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal e consequente processo administrativo N.10925.720261/2013-02, bem como o Ato de Declaratório Executivo N. DRF/JOA-SC n. 07 de 18 de março de 2015, determinando o cancelamento da exclusão da Requerente do Simples Nacional, na forma da fundamentação acima;

d) seja declarada a ausência de interesse na causa, em homenagem ao princípio da subsidiariedade, com fundamento no artigo 395, III do CPP.

e) seja declarada a ausência de justa causa pela suposta prática do delito de descaminho, por atipicidade da conduta, em decorrência da aplicação do princípio da insignificância.

f) seja determinada diligência no sentido de proceder-se à perícia dos objetos apreendidos, a fim de verificar-se sua procedência, bem como apuração dos fatos para apurar a autoria e propriedade da mercadoria;

g) requerendo, finalmente, seja a decisão fundamentada para ensejando os princípios constitucionais ante elencados, do contraditório e da ampla defesa.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Breno do Carmo Moreira Vieira - Relator

O presente Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Passo à análise dos pontos suscitados no Recurso.

Da Preliminar

Sustenta o Recorrente o malferimento do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Para tanto, traz à baila o argumento de irregularidade no deslinde do processo administrativo, haja vista a ausência de intimação prévia. Alega, também, a ausência de instauração de Inquérito Policial para averiguação dos fatos, e que os cigarros apreendidos não se encontravam expostos à venda e não pertenciam à empresa. Trago abaixo os principais trechos da peça defensiva:

O Auto de Infração ora guerreado, foi lavrado pelos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, de forma unilateral, sem qualquer comunicação prévia à Requerente dos termos em que foram lavrados, bem como sem qualquer esclarecimentos sobre a realidade fática, uma vez que a apreensão dos cigarros foi feita pela Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina e não pela SRFB.

(...)

A SRFB possuía todas as informações no que concerne ao endereço da Requerente, posto que esta sempre manteve seu cadastro com endereço atualizado perante todos órgãos públicos. Ocorre, portanto, que em nenhum momento a Requerente foi intimada pela Secretaria da Receita Federal para apresentar impugnação, prova ou qualquer outro esclarecimento dos fatos. Isso é facilmente percebido através do próprio processo administrativo e também de uma simples consulta de movimentação do processo através do Comprot no próprio site da SRFB (www.receita.fazenda.gov.br), (anexo consulta), de que não houve qualquer solicitação/comunicação/intimação por parte Requerida.

Insta salientar de que os cigarros apreendidos pela Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina e encaminhados a Receita Federal do Brasil em Joaçaba-SC, não estavam expostos à venda, mas sim pertenciam ao titular da Requerente Antonio Gemir Chimek Pereira, e os usa para uso próprio, não possuindo qualquer vínculo comercial ou empregatício com a Requerente, tanto que os cigarros foram apreendidos na residência do titular da empresa, fatos estes que seriam esclarecidos pela Requerente e que foi negado pela Requerida a realidade fática.

(...)

A garantia do devido processo legal é típico e inafastável primado no Estado de Direito. Em nossa Carta Fundamental, vem anunciado pelo "contraditório e ampla defesa" prescritos no inciso LV, de seu artigo 5º. É nesse mesmo dispositivo que verificamos a outorga constitucional dessa garantia aos litigantes em processo administrativo, tal qual se impõe no processo judicial.

(...)

Em assim sendo, a fiscalização da Receita Federal não poderia proceder ao lançamento fiscal de forma unilateral, ignorando os atos e termos processuais previstos na legislação processual que

rege a espécie, e à qual está plenamente vinculada - artigo 142, § único do CTN.

(...)

Ainda, a Requerente não possui conhecimento de instauração de Inquérito Policial para averiguação dos fatos narrados na denúncia, não se apurando, deste modo, a autoria delitiva, nem mesmo dado a Requerente qualquer oportunidade de manifestar-se acerca da realidade fática, bem como dos termos do Auto de Infração, o que por si só já o invalida, e o que se requer desde já.

As alegações do Contribuinte não merecem acolhimento.

De plano, observa-se que foi oportunizada chance para a defesa expor todos os argumentos fáticos alusivos aos produtos apreendidos no estabelecimento comercial. No entanto, o Contribuinte manteve-se inerte e não impugnou o Auto de Infração, razão pela qual lhe recaiu a revelia (e-fl. 09); e isso obsta a discussão sobre eventuais vícios no processo nº 10925.722684/2011-97. Todavia, destaco que o trâmite deste procedimento de exclusão do SIMPLES Nacional seguiu com exatidão todas as etapas previstas em lei. Quanto ao mais, o Acórdão da DRJ expressa clareza em sua fundamentação, a qual afasta a suposta ausência de contraditório e ampla defesa, haja vista a tempestiva apresentação da Manifestação de Inconformidade, que busca rechaçar todos os fatos expostos no processo administrativo:

Com efeito, foi conferido ao contribuinte impugnar o Auto de Infração e de Apreensão de Mercadorias. Entretanto, a não-apresentação da defesa no prazo regulamentar implicou a revelia, precluindo a faculdade de contestar a infração constatada pela autoridade competente (fl. 09).

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 qualquer vício por ventura ocorrido ou não naquele processo administrativo referente ao Auto de Infração e Apreensão de Mercadorias (processo nº 10925.722684/2011-97 – fls. 5/7).

Em seguida, em cumprimento ao Despacho Decisório nº 196/2015, de 18 de março de 2015 (trecho transcrito abaixo), foi emitido o Ato Declaratório Executivo DRF/JOA-SC nº 07, de 18 de março de 2015 (fl 15).

(...)

Sobre a matéria trago à colação o posicionamento adotado no Acórdão CARF nº 1201-001.385, processo nº 13971.005060/2008-49.

*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.

Ademais, tendo sido o contribuinte regularmente cientificado do Ato Declaratório Executivo DRF/JOA-SC nº 07, de 18 de março de 2015 (fl 15), em 04/05/2015 (fl. 18), e tendo apresentado tempestivamente sua manifestação de inconformidade, o exercício do contraditório e da ampla defesa está plenamente contemplado.

Na presente manifestação de inconformidade, o contribuinte demonstra perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento. Não há, portanto, que se falar em nulidade do ato administrativo.

Ademais, a eventual ausência de Inquérito Policial não macula o procedimento administrativo ora instaurado, tampouco mostra desconexão deste à verdade real. Impende ressaltar a independência das instâncias administrativas, civil e penal. Conforme já pacificado na doutrina e jurisprudência, uma conduta pode ser classificada simultaneamente em cada uma dessas instâncias. Como consectário, pode um indivíduo ser condenado administrativamente e, ao mesmo tempo, ser absolvido no âmbito criminal. Nessa trilha, apenas uma exceção macula a separação dessas esferas, qual seja, a **absolvição criminal calcada na inexistência de fato ou negativa de autoria**.

Esse entrelace sistêmico é excepcional justamente para garantir a independência dos efeitos jurídicos intrínsecos de cada esfera. E, por conta dessa perspectiva autopoietica e autorreferente de cada instância, torna-se viável estabelecer diferentes sanções sem necessitar do esgotamento de outra ou mesmo haver *bis in idem* em suas imposições. Por isso, o operador do Direito deve observar o caráter restritivo do entrelace sistêmico, pois cada ramo funciona recursivamente em sua autonomia, admitindo o acoplamento estrutural de outros elementos apenas em situações extremas, tal como na absolvição criminal acima ilustrada.

A indigitada independência sistêmica é expressa em diversos dispositivos da coletânea legislativa, a exemplificar:

i. Código Civil

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal

ii. Código de Processo Penal

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime

iii. Lei 8.112/90

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Como se percebe, o tema também é pacificado há longa data no Supremo Tribunal Federal

EMENTA: Mandado de segurança. - É tranqüila a jurisprudência desta Corte no sentido da independência das instâncias administrativa, civil e penal, independência essa que não fere a presunção de inocência, nem os artigos 126 da Lei 8.112/90 e 20 da Lei 8.429/92. Precedentes do S.T.F.. - Inexistência do alegado cerceamento de defesa. - Improcedência da alegação de que a sanção imposta ao impetrante se deu pelo descumprimento de deveres que não são definidos por qualquer norma legal ou infralegal. Mandado de segurança indeferido. (MS 22899 AgR, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2003, DJ 16-05-2003 PP-00092 EMENT VOL-02110-02 PP-00279)

Ademais, o Acórdão da DRJ também expôs o tema com solar clareza, fazendo-se mister transcrevê-lo:

Destaque-se que a legislação aduaneira acerca da responsabilidade do proprietário, do possuidor ou detentor de mercadorias estrangeiras encontradas desprovidas de documentação fiscal hábil (declaração de importação ou nota fiscal) é objetiva. A apreensão das sobreditas mercadorias foi efetuada no interior do estabelecimento da pessoa jurídica, no endereço exato, sob a responsabilidade do reclamante, conforme se depreende dos documentos produzidos pela fiscalização estadual. Portanto, são ineficazes as alegações de que a mercadoria não estava exposta à venda ou que era destinada ao próprio uso.

Duas questões empolgam o deslinde do tema principal. A primeira, se a sentença penal condenatória por crime de contrabando ou descaminho se faz imprescindível para configurar o motivo ensejador do ato de exclusão (art. 29, caput, VII, da LC nº 123, de 2006).

De início, esclarece-se que a comprovação da prática de tais crimes poderá ser discutida ou não perante no Poder Judiciário, para o fim específico de aplicação de sanções penais. A LC nº 123/2006 não exige a instauração de eventual ação penal para exclusão da empresa do Simples Nacional. E, de ordinário, assim não procede o legislador, tendo em vista o princípio da independência entre as instâncias administrativa e judicial e a característica da autoexecutoriedade dos atos administrativos, corolários que são do princípio da separação dos poderes.

Contrabando ou descaminho são tipos legais cuja concretização pode gerar conseqüências administrativas, civis e penais. Nesse passo, compete ao Poder Executivo executar as sanções administrativas, assim como é da alçada específica do Poder Judiciário aplicar as sanções civis e penais. A possibilidade de comunicabilidade entre as instâncias (o que se dá no caso de inexistência do fato ou de negativa de autoria) é apenas a exceção que confirma a ideia geral da independência de instâncias. Dessa forma, não se faz necessária a existência de sentença penal condenatória para se excluir o contribuinte do Simples Nacional por delito de contrabando. Como na maioria dos temas, o Poder Judiciário tem aqui apenas o monopólio da última palavra, não a da primeira, sob pena de inviabilizar-se a atuação dos outros poderes na consecução do interesse público.

A segunda questão procura verificar a comunicabilidade entre as instâncias no caso de atipicidade criminal do fato, como decorrência da aplicação do princípio da insignificância, e não propriamente da inoccorrência do fato.

Em matéria civil, a absolvição criminal por atipicidade formal ou material da conduta não impede a propositura da ação civil ex delicto¹, de modo que a atipicidade fundada no princípio da insignificância (uma causa de atipicidade material) também não.

Com efeito, não ter havido crime de contrabando por insignificância penal da conduta não significa que não tenha havido a conduta que se amolda à descrição da lei. Na espécie, resta devidamente comprovada a materialidade dos fatos narrados, que é capaz de produzir efeitos administrativos, assim como civis.

Esclarece-se que a decisão judicial, no âmbito do direito penal, prolatada no sentido da absolvição por atipicidade material da conduta, não condiciona o processo administrativo, devido à independência entre as instâncias. No presente caso, não houve, no âmbito penal, a negativa na existência do fato ou de sua autoria, motivo pelo qual a decisão judicial proferida não tem o condão de afetar a exclusão ora procedida.

Ressalto, ainda, que a preclusão temporal imposta pela revelia do Contribuinte impede quaisquer discussões sobre os aspectos fáticos ocorridos quando da lavratura do Auto de Infração. Fato este também abordado pelo Acórdão *a quo*:

Na sequência, não se conhece da alegação segundo a qual a materialidade do suposto crime não está de forma alguma comprovada nos autos e que não houve qualquer procedimento por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil para apurar os fatos. É que essa questão é pertinente ao processo de apreensão e perdimento, em que o manifestante inclusive foi considerado revel (fl. 09).

Em endosso, todavia, Maria Helena Diniz esclarece a respeito da destinação comercial das mercadorias apreendidas, ao consignar, em seu Dicionário Jurídico,² 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.

Por fim, este Colendo Colegiado já teve a oportunidade de examinar caso bastante semelhante, o qual 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 .

Restam, portanto, afastados todos os argumentos trazidos em sede de Preliminar.

Do mérito

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. Mesmo assim, observando o entrelace sistêmico supracitado, cuidou-se em não fugir dos principais tópicos da infração, razão pela qual o Acórdão *a quo* os rechaçou com igual maestria. Nessa trilha, como a viga-mestra da segregação das instâncias já fora abordada em sede de Preliminar, o arrazoado de alhures aplicar-se-á de forma intrínseca e subentendida aos itens que seguem.

a. Da materialidade e negativa de autoria do crime de contrabando ou descaminho

O Recorrente alega a ausência de materialidade da infração lavrada no respectivo Auto, bem como sustenta a negativa de autoria:

A materialidade do suposto crime não está de forma alguma comprovada nos autos. Para que o suposto crime se concretizasse, seria necessária que tivesse ocorrido a exposição à venda de cigarros, fato este que não ocorreu, sequer a realidade foi apurada dos fatos foi apurada.

Insta salientar de que os cigarros apreendidos pela Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina e encaminhados a Receita Federal do Brasil em Joaçaba-SC, não estavam expostos à venda, mas sim pertenciam à um dos sócios da Requerente, que é fumante e os usa para uso próprio, não possuindo qualquer vínculo comercial com a Requerente, fatos estes que seriam esclarecidos pela Requerente e pelo proprietário da mercadoria que não estava presente do ato da apreensão e que foi negado pela Requerida a realidade fática.

(...)

In casu, não restou comprovado que a Requerente ou seus sócios comercializavam as mercadorias apreendidas, objeto de contrabando ou descaminho, ou seja, o fato das mercadorias estarem no estabelecimento, não nos leva à conclusão de que eram comercializados, mesmo porque, a atividade da Requerente é diversa.

(...)

Como é que a Requerente poderia estar comercializando mercadorias proibidas, se as mesmas não pertenciam à empresa, mas sim ao sócio. Além do mais, as mercadorias não estavam

expostas a venda. Em nenhum momento houve exposição das mercadorias à clientes, fato este aliás que não foi objeto de investigação para saber a realidade dos fatos.

Insta salientar, de que a SRFB no momento da fiscalização, jamais solicitou qualquer esclarecimento adicional acerca da propriedade da mercadoria, simplesmente arbitrou aleatoriamente que as mercadorias estavam supostamente expostas à venda, sem informação nenhuma e sem base legal alguma, o que constitui, causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Em contraponto a tais aspectos, o Acórdão da DRJ foi expresso em afastar esses argumentos:

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.

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.

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.

Nego, portanto,. provimento.

b. Da ausência de interesse e falta de justa causa

Outro viés defensivo restou abordado na suposta ausência de interesse (calcada no princípio da subsidiariedade) e falta de justa causa, conforme se extrai dos termos do Recurso:

O caso em tela demonstra-se em plena harmonia, com a jurisprudência a mister da existência de um determinado valor real relevante para ser dado início a execução fiscal, ou seja, seja o próprio administrativo mister um valor relevante para possível cobrança, não pode esse valor irrelevante para o administrativo servir como base para excluir a Requerente do Simples Nacional.

Ademais, estaria colidindo frontalmente com o princípio da subsidiariedade, o qual arrazoa que o direito penal só pode intervir em "ultima ratio", depois de passar todos os outros ramos do direito. Da mesma forma, ficou pacificado a matéria em julgado recente conforme demonstra jurisprudência abaixo:

(...)

O fundamento da concessão da ordem foi o entendimento segundo o qual é inadmissível que uma conduta seja irrelevante no âmbito administrativo e não o seja para o Direito Penal, em observância ao Princípio da Subsidiariedade.

(...)

Na presente ação, é visível a inexistência de justa causa para a ação administrativa culminando com a exclusão do Simples Nacional, visto que o fato narrado na inicial é atípico, pois uma conduta administrativamente promovida por um dos sócios da Requerente, sem qualquer relação de exposição a venda e/ou comercialização é irrelevante não pode ter relevância ao ponto de excluir a Requerente da opção pelo Simples Nacional.

Desta forma, essa tese que muito bem colocou o Ministro Celso Limongi, nos auxilia a melhor demonstrar e afirmar, que deve prosperar o argumento que a Requerente esboça na presente, de que os tributos calculados em cima do total do montante da mercadoria apreendida, em hipóteses alguma por si ultrapassam o valor estabelecido pelo fisco.

Sendo assim, resta demonstrado acerca da ausência de justa causa para persecução da exclusão do simples nacional pela suposta prática do delito de descaminho, por atipicidade da conduta, em decorrência da aplicação do princípio da insignificância, devendo ser a requerente, mantida no simples nacional e absolvido com fundamento nos artigos 395, III, e 386, III do CP.

O Acórdão da DRJ, por seu turno, rechaçou indiretamente estas postulações; e o fez especialmente quando afastou a aplicação do princípio da insignificância.

Para efeitos do presente processo, reitero que este busca não o afastamento do Auto de Infração, mas sim reverter a exclusão do SIMPLES Nacional. Nesse espeque, o

argumento de ausência de justa causa e falta de interesse perde força, quando da estrita análise do art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123/06. Este comando legal deixou positivada a preocupação do Legislativo em coibir as práticas lesivas carreadas pelo contrabando e descaminho, de forma a não permitir ao intérprete quaisquer mitigações hermenêuticas em sentido diverso. Por assim ser, o interesse e a justa causa são consectários inarredáveis à própria leitura da lei.

Ademais, a jurisprudência do CARF é farta no sentido de 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:

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.

Ante todo exposto, nego provimento.

c. Da aplicabilidade por analogia do art. 83 da Lei nº 9.430/96

Próximo ponto abarcado pela Defesa cinge à aplicabilidade analógica do art. 83 da Lei nº 9.430/96, *verbis*:

A doutrina tem entendido possível a aplicabilidade do artigo 83 da Lei 9.430/1996, por analogia, ao crime de descaminho, embora ele não esteja previsto na lei que define os crimes de ordem tributária, ele é um crime de natureza tributária.

Sendo assim, não há razão pela qual ele deva ser tratado diferente dos outros crimes tributários, se os outros crimes tributários tem a suspensão da pretensão punitiva com o parcelamento, e a extinção da punibilidade com o pagamento, não há porque o crime de descaminho ser tratado de forma diferente.

(...)

Percebe-se, não restar dúvida, que tanto um como outro, tem como finalidade arrecadar tributos, no entanto, não havendo motivos relevantes para um tratamento desigual.

Portanto, é de se concluir pela aplicabilidade do artigo 83 da Lei 9.430/96, tendo como base a analogia, sendo suspensa a pretensão punitiva com base no pagamento da multa por infração e o perdimento das mercadorias, bem como a extinção da punibilidade, mesmo porque devidamente comprovado pelos fatos de que a Requerente não expôs a comercialização mercadoria estrangeira em momento algum.

Noutro giro, tal linha argumentativa foi afastada pelo Acórdão da DRJ, cujo entendimento acompanho integralmente e utilizo como supedâneo de fundamentação, nos termos do §3º do art. 57, do RICARF:

Sobre a aplicabilidade do art. 83 da Lei nº 9.430/96, a argumentação do contribuinte não prospera. Primeiro, porque não há previsão legal para emprego da analogia quando a matéria está suficientemente disciplinada, como no presente caso em que não há lacuna na lei.

Ademais, porque ainda que se aplicasse a analogia, a situação resultaria idêntica à que se verifica no caso concreto, uma vez que o Ato Declaratório de Exclusão somente foi emitido após a conclusão do processo de apreensão de mercadorias, que se deu com a declaração de revelia, analogamente ao que prevê o art. 83 da Lei nº 9.430/96.

Repiso que a coletânea legislativa rege a presente circunstância (exclusão do SIMPLES Nacional decorrente de infração por contrabando ou descaminho) com amplo detalhamento. Razão pela qual a integração normativa perpetrada pela analogia não se mostra viável ao caso ora sob debate.

Ante o exposto, nego provimento.

d. Do princípio da insignificância

No exercício do seu direito de ampla defesa e contraditório, o Recorrente abordou a incidência do princípio da insignificância, trazido do Direito Penal para esta esfera Tributária:

Os fatos narrados na exordial demonstram tamanha ilegalidade, visto que o valor total das mercadorias apreendidas, o delito de descaminho tipificado no artigo 334, §1, "d" CPP, exige certo valor que indique lesão tributária, de certa expressão, para o fisco, caso contrário, estamos a falar de fato atípico.

Percebe-se que, a lei é específica e determinada em seu artigo 20 da Lei 10.522/11.033/04 ao dizer:

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

Sendo assim, a de se perceber que o próprio fisco para acionar sua máquina, exige mister de ser lesado por um valor representativo. Ora, Senhor Julgador, por que esse valor insignificante para o fisco seria relevante para o direito penal? Por que esse valor insignificante, que não tem relação com o objetivo social da empresa, seria relevante para exclusão de ofício do Simples Nacional?

Dessa forma, inexistindo explicação para a intervenção do direito penal, não pairando dúvida que o melhor a se fazer é o reconhecimento do princípio da insignificância, caso contrário estaria colidindo frontalmente com os princípios norteadores do ordenamento jurídico.

Ademais, o princípio da insignificância mantém um elo com outros princípios, ao passo que o mesmo deve ser analisado, em coerência com os princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado, visto que tem o condão de afastar ou excluir a tipicidade penal, examinada no panorama de seu caráter material.

Ora, se o Estado não possui interesse em cobrar este débito, podemos concluir que a lesão ao bem jurídico será mínima, não sendo coerente a exclusão de ofício do Simples Nacional. Destarte, nas hipóteses em que o valor do débito fiscal é igual ou inferior a R\$ 20.000,00, há evidente falta de interesse do Estado em punir o infrator, razão pela qual, nestas hipóteses, há que se reconhecer a exclusão da tipicidade.

Apesar da conduta ser formalmente típica, a lesão gerada ao Estado é desprezível, não restando configurada a tipicidade material, transformando assim o comportamento da Requerente em atípico, isto é, indiferente ao direito penal e incapaz de gerar uma condenação de tamanha monta a uma empresa que sempre cumpriu em dia com suas obrigações fiscais, sociais e tributárias.

Em contrapartida, a Instância *a quo* prolatou a seguinte decisão da qual comungo entendimento:

Quanto à aplicação pela instância administrativa do princípio da insignificância, a jurisprudência administrativa tem reiteradamente rechaçado tal possibilidade, em virtude de as infrações administrativas envolvidas serem formais e tutelares de bens jurídicos vários (além do Erário Público), em que pese a evasão fiscal envolvida ser de pequena monta.

Cumprindo observar, inicialmente, que a aplicação da pena de perdimento sobre as mercadorias apreendidas implica considerar que elas 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.

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.

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.

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 2013/0325944-6, publicado em 24.10.2013)

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 normativopenal 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".

Nego, portanto, provimento.

e. Da violação aos princípios constitucionais da capacidade econômica, da proporcionalidade e da razoabilidade

Seguindo o exame da defesa, esta trouxe à baila supostas violações aos princípios constitucionais, cujos fundamentos podem ser descritos nos trechos abaixo:

Constituindo a proporcionalidade princípio constitucional implícito de observância obrigatória pelo Estado-Administração, segundo jurisprudência reiterada do próprio Supremo Tribunal Federal, não pode referida garantia fundamental ser desconsiderada, sob pena de inconstitucionalidade da medida, ainda que a pretexto de se apoiar em lei violadora de tal postulado.

(...)

No caso dos autos, também não houve, de nenhuma forma, consideração ao faturamento e o objetivo social da impugnante, sendo a penalidade imposta com total menosprezo à sua capacidade contributiva e econômica, violando-se, dessa forma,

a própria Constituição da República e a jurisprudência predominante dos Tribunais Federais:

(...)

Ora, é cediço e de conhecimento notório que a propriedade dos cigarros é de terceiro para seu consumo próprio, bem como o valor total não passa de R\$ 40,00 (quarenta reais); considerado perante o fisco insignificante, assim a imposição de exclusão do Simples Nacional, revela - por sua evidente ausência de proporcionalidade ao proveito eventualmente obtido - inequívoca e indisfarçável atrocidade.

De plano, reforço que 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. Há, inclusive, enunciado sumular a reger o tema:

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

Nego, portanto, provimento.

f. Do requerimento de diligências e busca da verdade material

A defesa pugna pela realização de diligências, a fim de esclarecer a contrafação dos cigarros e a propriedade de seus maços:

Para apuração da verdade real dos fatos, e com base no art. 5º LV da CF, no art. 16, IV, art. 17 e inc. II do art. 59 do Dec. Fed. 70235/72, são necessárias ao perfeito esclarecimento dos fatos diligências preliminares, como a perícia e exame nos maços de cigarro encontrados no estabelecimento da impugnante, a fim de averiguar sua marca, valor e real procedência, bem como a propriedade das mercadorias.

Noutro giro, o Acórdão da DRJ foi assente em rechaçar aquela providência requerida pelo Contribuinte:

Preliminarmente, deixo de acolher o pedido de realização de diligência ou perícia, feito pelo impugnante sob a invocação dos princípios da verdade material. Isso porque a prova documental deve ser apresentada com a impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos em caso de impossibilidade de apresentação por motivo de força maior, ou se refira a direito ou fato superveniente, ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos (§4º do art. 16 do Decreto n.º 70.235/72, inserido pela Lei n.º 9.532/97) - o que não é o caso.

Demais disso, a realização de diligência não se presta para produção de provas que o sujeito passivo possuía o encargo probatório de trazer ao processo, juntamente com a impugnação.

Quanto ao pedido de realização de perícia, a legislação prevê requisitos de admissibilidade e de mérito para o seu deferimento. De uma parte, o pedido só será considerado formulado se vier acompanhado dos quesitos referentes aos exames desejados; do nome, endereço e qualificação profissional do perito; e dos motivos que justifique a realização da perícia (art. 16, caput, IV, e §1º do Decreto nº 70.235, de 1972). De outra, o pedido será acolhido se atendidos os requisitos da necessidade, realizabilidade e do caráter técnico da prova, previstos no art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, e no art. 460 do Código de Processo Civil.

Na espécie, o pedido é carente dos pressupostos do inc. IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, de modo que o recurso não foi formulado. Ele seria também negado por razões de mérito, uma vez que não se faz necessária a realização de perícia que tenha por objeto fato comprovado pelo Fisco e passível de ser confirmado ou infirmado mediante prova documental a cargo do manifestante.

Filho-me integralmente à inteligência firmada em sede de Acórdão *a quo*, de modo que a utilizo como razões de fundamentação. Reforço, ainda, que a oportunidade para questionar tais aspectos fáticos exauriu-se com a preclusão derivada da revelia. Repiso que o cerne do atual processo é distinto daquele que se formaria ante a eventual impugnação ao Auto de Infração. Assim, restou-se perfeitamente consignado o lastro jurídico e administrativo utilizado na exclusão do Contribuinte do SIMPLES Nacional.

Nego, portanto, provimento.

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, REJEITAR a preliminar aduzida, e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, com a consequente manutenção da decisão de origem.

Breno do Carmo Moreira Vieira - Relator