



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10925.720430/2015-68
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.397 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de fevereiro de 2021
Recorrente MASTER 3 M EIRELI - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL, vencidos os Conselheiros Paula Santos de Abreu e Luciano Bernart que davam provimento.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Paula Santos de Abreu, Iágaro Jung Martins, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone.

Fl. 2 do Acórdão n.º 1402-005.397 - 1ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 10925.720430/2015-68

Relatório

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto em face de decisão proferida pela 4ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza - CE, através do acórdão 08-37.494, que julgou IMPROCEDENTE a manifestação de inconformidade do contribuinte em epígrafe, doravante chamado de recorrente.

Do litígio fiscal e manifestação de inconformidade:

Por bem descrever os termos do litígio fiscal e respectiva manifestação de inconformidade, transcrevo o relatório pertinente na decisão *a quo*:

Trata-se de manifestação de inconformidade apresentada contra ato de exclusão do Simples Nacional (fl 20), com efeitos a partir de 1º de abril de 2013, por haver o contribuinte comercializado mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, conforme apurado pela fiscalização (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, *caput*, VII, e §1º).

Cuidava-se de 16 (dezesseis) maços de cigarros de origem estrangeira, que, por se encontrarem com o contribuinte sem selo de controle e desacompanhados de documentação fiscal, foram apreendidos e perdidos em procedimento que tramitou no processo n.º 10925.721725/2013-90 (fls 4/8). Integraram também o processo de apreensão e perdimento 141 (cento e quarenta e uma) latas de energético.

Cientificado da exclusão em 12.05.2015 (fl 23), o contribuinte apresentou reclamatória em 28.05.2012 (fls 24/52), requerendo a nulidade ou improcedência do auto de infração e apreensão e do ato de exclusão do Simples Nacional, à luz dos seguintes argumentos:

a. O auto de infração de apreensão não foi comunicado ao requerente, mesmo a RFB possuindo todas as informações no que concerne ao endereço do autuado, já que mantém atualizado o seu cadastro perante os órgãos públicos;

b. Os cigarros apreendidos não estavam expostos à venda, pois pertenciam ao sócio do requerente Floriano da Rosa, para uso próprio;

c. A comprovação da efetiva comercialização das mercadorias proibidas, bem com a sua participação ou de seus sócios em ilícito depende de investigação criminal, atividade esta a cargo da Polícia Federal, de que também não se tem conhecimento;

d. A sanção de exclusão é desproporcional e irrazoável, porque, em primeiro lugar, já lhe foram aplicadas a de perdimento e de multa, e, em segundo lugar, dada a insignificância do valor das mercadorias apreendidas (R\$ 32,00), não se coadunando a injeção fiscal com o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte (art. 20 da Lei n.º 10.522, de 2002; art. 1º, I, da Portaria MF n.º 75, de 2012; art. 395, III, do Código de Processo Penal).

Requer, por fim:

- A aplicação por analogia do art. 83 da Lei n.º 9.430, de 1996, para suspender a pretensão punitiva com base no pagamento da multa por infração e o perdimento das mercadorias;

- A realização de diligência, no sentido de proceder-se à perícia dos objetos apreendidos, a fim de verificar sua procedência e propriedade.

Da decisão da DRJ:

Ao analisar a manifestação de inconformidade, a DRJ, primeira instância administrativa, decidiu por NEGAR PROVIMENTO TOTAL à mesma, por unanimidade.

A decisão foi ementada nos seguintes termos:

Assunto: Simples Nacional

Ano-calendário: 2013

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

Do voto do relator, que foi acompanhado unanimemente pelo colegiado de primeira instância administrativa, transcreve-se os fundamentos para sua decisão final:

Preliminarmente, não se acolhe o pedido de realização de diligência ou perícia. 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.

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 n.º 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 n.º 70.235, de 1972, e no art. 464, §1º, do Código de Processo Civil.

Na espécie, o pedido é carente dos pressupostos do inc. IV do art. 16 do Decreto n.º 70.235/72, de modo que o reputo não formulado. Ele seria também negado por razões de mérito, uma vez que os exames desejados prescindem de conhecimento técnico específico (verificação da origem e da propriedade da mercadoria), de modo que dispensável é a atuação de um perito. Com efeito, 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.

Enfim, estão presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da controvérsia, de modo que rejeito o pedido genérico de produção posterior de provas.

No mérito, a manifestação é improcedente.

Conforme Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, Fiscais da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina apreenderam, em 03.04.2013, no estabelecimento do contribuinte, 16 (dezesseis) maços de cigarro de origem estrangeira (Paraguai), por se encontrarem sem o selo de controle e estarem desacompanhados de documentação fiscal. Posteriormente, a RFB declarou o seu perdimento, ante a revelia do administrado, que deixara de impugnar o auto de infração no processo n.º 10925.721725/2013-90 (fls 4/8). Integraram também o processo de apreensão e perdimento 141 (cento e quarenta e uma) latas de energético.

Cumpra observar que, ao contrário do que veementemente afirma o manifestante, ele foi sim notificado do referido auto de infração, pela via postal e pessoalmente, tendo-lhe sido facultado o prazo de vinte dias para impugnar a apreensão e a consequente aplicação da pena de perdimento, prevista no art. 87, I, da Lei n.º 4.502, de 1964 (fls 63 *et seq.*).

O interessado, todavia, manteve-se inerte, deixando de impugnar oportunamente o auto de infração e de desconstituir os fundamentos para a apreensão da mercadoria e para a aplicação da pena de perdimento, de modo que lhe foi corretamente decretada a revelia (fl 14).

Como consequência, foi emitido o devido Ato Declaratório Executivo, excluindo a empresa do Simples Nacional, tendo em vista a constatação da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, de acordo com o disposto na Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, *caput*, VII, e §1º.¹

Em vista disso, está preclusa a possibilidade de discussão dos fundamentos que implicaram a lavratura do auto de infração e do decreto de perdimento.

Nada obstante, o impugnante alega que a mercadoria não estava exposta à venda, pois que pertencente ao sócio do requerente Floriano da Rosa, destinada ao próprio uso.

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.

Ademais, a respeito da destinação comercial das mercadorias apreendidas, esclarece Maria Helena Diniz, 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.

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

¹ Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

² Vol.1, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 656.

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.

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.

Ademais, o interessado desenvolve atividade de comércio em geral, inserindo-se claramente nesse âmbito a venda de cigarros (fl 56).

A comprovação da efetiva comercialização das mercadorias proibidas, bem com a sua participação ou de seus sócios no ilícito prescinde de investigação criminal e do processo penal.

A esse respeito, esclarece-se que a comprovação da prática do crime poderá ser investigada pela Polícia Federal ou processada no âmbito do Poder Judiciário, mas para o fim específico de aplicação de sanções penais – o que não é o caso.

É que a LC n.º 123/2006 não exige a instauração de eventual inquérito policial ou 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 auto-executoriedade 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, muito menos de inquérito policial para investigar os fatos.

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

Cumprir 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.

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)*

Por fim, rejeita-se o pedido de aplicação analógica do art. 83 da Lei nº 9.430, de 1996,³ já que a apuração dos fatos que implicaram a pena de perdimento prescinde não só da participação do Poder Judiciário, mas, e por conseguinte, da atuação como *dominus litis* do Ministério Público Federal.

Pelo exposto, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade.

Do Recurso Voluntário:

Tomando ciência da decisão *a quo* em 14/02/2017, a recorrente apresentou o recurso voluntário em 01/03/2017 (fls. 78 e segs.), ou seja tempestivamente.

No mesmo, replica, *ipsis litteris*, as suas alegações da manifestação de inconformidade, em nada inovando após prolatada a decisão da DRJ.

É o relatório.

³ Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)

Fl. 7 do Acórdão n.º 1402-005.397 - 1ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 10925.720430/2015-68

Voto

Conselheiro Marco Rogério Borges, Relator.

Conforme relatório que precede o presente voto, o recurso voluntário é tempestivo e atende os requisitos regimentais para a sua admissibilidade, pelo que o conheço.

Do recurso voluntário:

Conforme depreende-se do relatório que precede o presente voto, a discussão nos autos cinge-se à exclusão do simples nacional em virtude da constatação de comercialização de produtos estrangeiros de contrabando.

Foi lavrado *auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal* (fls. 4/6), contra o contribuinte, que originou o processo administrativo 10925.721725/2013-90.

As mercadorias em questão (cigarros contrabandeados e enérgicos em lata) foram apreendidos no dia 03/04/2013, no estabelecimento do contribuinte, no qual constava que os mesmos estavam expostos a venda, desprovidos de documentos fiscais.

O processo administrativo 10925.721725/2013-90 transitou em definitivo, conforme termo de revelia a fl. 14, confirmando a pena de perdimento, e em decorrência, houve a representação para exclusão do simples nacional do contribuinte (fls. 2/3) que atuava no estabelecimento da apreensão, no caso, a recorrente dos autos.

O despacho decisório da exclusão está nos autos, fls. 17/19.

O ADE DRF/JOA-SC n.º 29, de 22/04/2015, que excluiu do simples nacional foi prolatado com efeitos da exclusão a contar de 01/04/2013 (fl. 20), do qual o contribuinte teve ciência em 12/05/2015 (fl. 23).

O fundamento utilizado foi o art. 29, inciso VII, da LC 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;

Após manifestação de inconformidade, houve a decisão da DRJ indeferindo seu pleito. Assim, apresenta recurso voluntário, replicou no seu recurso voluntário o mesmo teor, *ipsis litteris*, da sua manifestação de inconformidade, em nada inovando nas alegações após proferida a decisão *a quo*.

Na apreciação das questões, o acórdão recorrido se mostrou sólido em suas conclusões e se encontra adequadamente fundamentado. Portanto, adoto como minhas razões de decidir a decisão recorrida, pelos seus próprios fundamentos.

Assim, utilizo-me da faculdade prevista ao Conselheiro Relator nos termos do parágrafo 3 do art.57 do Regimento Interno do CARF:

Art.57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

[...]

Parágrafo 1º. A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

[...]

2 A exigência do Parágrafo 1º. pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF n. 329, 2017).

DA DECISÃO DA DRJ

A seguir, o voto condutor do Acórdão da DRJ:

Preliminarmente, não se acolhe o pedido de realização de diligência ou perícia. 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.

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 n.º 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 n.º 70.235, de 1972, e no art. 464, §1º, do Código de Processo Civil.

Na espécie, o pedido é carente dos pressupostos do inc. IV do art. 16 do Decreto n.º 70.235/72, de modo que o repeto não formulado. Ele seria também negado por razões de mérito, uma vez que os exames desejados prescindem de conhecimento técnico específico (verificação da origem e da propriedade da mercadoria), de modo que dispensável é a atuação de um perito. Com efeito, 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.

Enfim, estão presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da controvérsia, de modo que rejeito o pedido genérico de produção posterior de provas.

No mérito, a manifestação é improcedente.

Conforme Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, Fiscais da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina apreenderam, em 03.04.2013, no estabelecimento do contribuinte, 16 (dezesseis) maços de cigarro de origem estrangeira (Paraguai), por se encontrarem sem o selo de controle e estarem desacompanhados de documentação fiscal. Posteriormente, a RFB declarou o seu perdimento, ante a revelia do administrado, que deixara de impugnar o auto de infração no processo n.º 10925.721725/2013-90 (fls 4/8). Integraram também o processo de apreensão e perdimento 141 (cento e quarenta e uma) latas de energético.

Cumpra observar que, ao contrário do que veementemente afirma o manifestante, ele foi sim notificado do referido auto de infração, pela via postal e pessoalmente, tendo-lhe sido facultado o prazo de vinte dias para impugnar a apreensão e a consequente aplicação da pena de perdimento, prevista no art. 87, I, da Lei n.º 4.502, de 1964 (fls 63 *et seq.*).

O interessado, todavia, manteve-se inerte, deixando de impugnar oportunamente o auto de infração e de desconstituir os fundamentos para a apreensão da mercadoria e para a aplicação da pena de perdimento, de modo que lhe foi corretamente decretada a revelia (fl 14).

Como consequência, foi emitido o devido Ato Declaratório Executivo, excluindo a empresa do Simples Nacional, tendo em vista a constatação da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, de acordo com o disposto na Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, *caput*, VII, e §1º.⁴

Em vista disso, está preclusa a possibilidade de discussão dos fundamentos que implicaram a lavratura do auto de infração e do decreto de perdimento.

Nada obstante, o impugnante alega que a mercadoria não estava exposta à venda, pois que pertencente ao sócio do requerente Floriano da Rosa, destinada ao próprio uso.

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.

Ademais, a respeito da destinação comercial das mercadorias apreendidas, esclarece Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico,⁵ que comercializar é: 1: Colocar algo no comércio; 2: Criar objeto com possibilidade de ser explorado comercialmente, de ser vendido, fabricado ou exposto, de modo que possa render dinheiro.

Vislumbra-se que o conceito do termo “comercializar” abrange não só o produto efetivamente vendido ao consumidor, mas também aquele produto criado com essa finalidade. Dessa forma, o fato das mercadorias serem apreendidas no estabelecimento comercial 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.

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.

⁴ Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

⁵ Vol.1, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 656.

Ademais, o interessado desenvolve atividade de comércio em geral, inserindo-se claramente nesse âmbito a venda de cigarros (fl 56).

A comprovação da efetiva comercialização das mercadorias proibidas, bem com a sua participação ou de seus sócios no ilícito prescinde de investigação criminal e do processo penal.

A esse respeito, esclarece-se que a comprovação da prática do crime poderá ser investigada pela Polícia Federal ou processada no âmbito do Poder Judiciário, mas para o fim específico de aplicação de sanções penais – o que não é o caso.

É que a LC nº 123/2006 não exige a instauração de eventual inquérito policial ou 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 auto-executoriedade dos atos administrativos, corolários que são do princípio da separação dos poderes.

Contrabando ou descaminho são tipos legais cuja concretização pode gerar consequências 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, muito menos de inquérito policial para investigar os fatos.

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

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.

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)

Por fim, rejeita-se o pedido de aplicação analógica do art. 83 da Lei nº 9.430, de 1996, já que a apuração dos fatos que implicaram a pena de perdimento prescinde não só da participação do Poder Judiciário, mas, e por conseguinte, da atuação como *dominus litis* do Ministério Público Federal.

Pelo exposto, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade.

Conclusão:

Considerando o acima exposto, VOTO no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges