



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10925.720767/2015-75
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-003.334 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 10 de novembro de 2022
Recorrente ROBERTO CARLOS PASINI - ME.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

A exclusão de ofício da pessoa jurídica que recolher tributos na forma do Simples Nacional dar-se-á quando comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês em que incorridas as condutas.
em que incorridas as condutas.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

A fixação dos parâmetros do princípio da insignificância em matéria penal é função própria do Poder Judiciário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Márcio Avito Ribeiro Faria, Gustavo de Oliveira Machado, Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 08-36.206, de 30 de maio de 2016, da 3ª Turma da DRJ/FOR, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade da Recorrente.

Por bem descrever os fatos e por economia processual, adoto o relatório da decisão da DRJ, nos termos abaixo, que será complementado com os fatos que se sucederam:

“(…)

O Contribuinte supra qualificado foi cientificado do Ato Declaratório Executivo (ADE) de Exclusão do Simples Nacional, de 27/04/2015, emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Joaçaba/Santa Catarina (DRF/JOA/SC), fl. 13, por meio do qual fora excluído do citado Regime de Tributação, em virtude da constatação de que a Empresa comercializara mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, conforme disposto pelo artigo 29, inciso VII, da supracitada Lei, observadas as alterações posteriores e de acordo com o disciplinado pela Resolução CGSN 94/2011.

Inconformado com a exclusão, objeto do mencionado ADE, de 27/04/2015, fl. 13, apresentou o Contribuinte Manifestação de Inconformidade, fls. 19/29, requerendo que fosse desconsiderada a exclusão do Interessado do Simples Nacional, alegando em síntese:

Argumento de desestímulo a discutir a Autuação:

O Defendente teria sido desestimulado pelo Fiscal a discutir a Autuação (Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal), afirmando que a pena de perdimento já havia sido aplicada e de nada adiantaria apresentar defesa, tendo sido aquele processo à revelia.

Alegação de insignificância das mercadorias apreendidas, fls. 21/26:

O Defendente teve mercadorias apreendidas em seu estabelecimento, havendo sido informado de que se tratava de importação irregular. Tais mercadorias eram brinquedos e utilidades, no valor inferior a R\$ 10.000,00, ocasião em que restou lavrado o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal, fl. 20.

A justificativa da Autoridade Fiscal para excluir o Reclamante do Simples Nacional foi de que teria havido a prática de comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho, ressaltando-se que o Contribuinte foi desestimulado pelo Fiscal a discutir a Autuação com a afirmação de que a pena de perdimento já havia sido aplicada e de nada adiantaria apresentar defesa, do que se deduz que aquele processo teria sido à revelia.

Ocorre que, como as mercadorias apreendidas no estabelecimento do Sujeito Passivo sequer atingiam a quantia de R\$ 10.000,00, deve restar aplicado o princípio da insignificância em face do limite fixado para o não ajuizamento das execuções fiscais e, consequentemente, limite que também deve ser utilizado para crimes tributários, destacando-se que o entendimento atual é pela absolvição dos réus quando o valor originário dos créditos tributários que deram origem à ação penal forem inferiores a R\$ 20.000,00, parâmetro fixado pelo artigo 1º, II, da Portaria MF 75 de 22/03/2012, fl. 22, sendo nesses termos o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, fls.

22/23, bem como do Superior Tribunal da Justiça, fls. 23/24, e do Supremo Tribunal Federal, fls. 24/25.

Argumento de irretroatividade da Lei, fls. 26/29:

Ademais, como a Lei Complementar 123 de 2006, que instituiu o regime do Simples Nacional, não prevê a retroatividade da exclusão do Simples Nacional, não é o Fisco quem pode legislar, inovando em matéria tributária, pois a previsão de retroatividade, nos termos em que aplicada pela Autoridade Fiscal, possui previsão apenas no artigo 76, inciso IV da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional CGSN 94, de 29/11/2011, destacado o disposto pelo inciso II do art. 5º, bem como pelo art. 106 da Constituição Federal, fls. 26, 28, pelo que o ADE DRF/JOA/SC 45, de 27/04/2015, que excluiu o Defendente do Simples Nacional, desde o mês da sua opção pelo regime, seria ilegal e estaria violando a segurança jurídica.

Por sua vez, a 3ª Turma da DRJ/FOR julgou improcedente a manifestação de inconformidade da Recorrente, cuja decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

EXCLUSÃO DO SIMPLES. 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.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2015

DECISÕES JUDICIAIS.

A teor do artigo (art.) 506 do Código do Processo Civil (CPC), bem como do art. 100, inciso II, do Código Tributário Nacional, as Decisões Judiciais, mesmo proferidas por Órgãos Colegiados, sem uma Lei que lhes atribua eficácia, não constituem Normas Complementares do Direito Tributário e não podem ser estendidas genericamente a outros casos, aplicando-se apenas sobre a questão em análise e vinculando as Partes envolvidas naqueles litígios.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

A Recorrente foi cientificada do acórdão da DRJ e apresentou recurso voluntário com os fatos e fundamentos abaixo delineados:

“(…)

2. DAS RAZÕES PARA MODIFICAÇÃO DA DECISÃO DA DRJ

A decisão ora recorrida manteve a exclusão da Recorrente do Simples Nacional que se deu em razão da suposta prática de comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho.

Contudo, é preciso analisar a fundo a suposta comercialização de mercadoria objeto de descaminho, bem como a irregularidade da exclusão retroativa.

2.1 DA INSIGNIFICÂNCIA DO CRIME DE DESCAMINHO

O argumento para exclusão da Recorrente do regime do Simples Nacional foi a suposta comercialização de mercadoria objeto de descaminho.

Ora, conforme já referido, a Recorrente foi desestimulada pelo Fiscal a discutir a autuação sofrida afirmando que a pena de perdimento já havia sido aplicada e de nada adiantaria apresentar defesa. Assim, aquele processo foi à revelia.

Ocorre que as mercadorias apreendidas no estabelecimento da Recorrente sequer atingiam a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tratavam-se de brinquedos e utilidades de pequeno valor, de acordo com a descrição constante no Termo de Lacração de Volumes 001 de 12/09/2013 anexo.

Assim, deve restar aplicado o princípio da insignificância em face do limite fixado para o não ajuizamento das execuções fiscais e, consequentemente, limite que também deve ser utilizado para crimes tributários.

Ora, o entendimento atual é pela absolvição dos réus quando o valor originário dos créditos tributários que deram origem à ação penal forem inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), parâmetro fixado pelo artigo 1º, II da Portaria MF nº 75 de 22/03/2012.

Impende esclarecer que a Lei 10.522/2002, originalmente, em seu artigo 20 fixou o valor de R\$ 2.500,00 Coma valor para arquivamento dos débitos em favor da União: (...)

Posteriormente, o referido dispositivo restou alterado pela Lei nº 11.033/2004, aumentando o valor limite para R\$ 10.000,00, nos seguintes termos: (...)

Em 22 de março de 2012, o Ministério da Fazenda editou a Portaria 75, alterando este limite para a quantia de R\$ 20.000,00: (...)

Assim, diante de tais alterações o valor atual para não ajuizamento de execuções judiciais é de R\$ 20.000,01) e deve ser utilizado como parâmetro para demonstrar a atipicidade da conduta imputada à Recorrente. (...)

Contrariamente, o Fisco desconsiderou a Portaria MF nº 75 de 22/03/2012 que determinou que o.; valores abaixo de R\$ 20.000,00 são insignificantes, determinando a pena de perdimento das mercadorias e a consequente exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

Contudo, a conduta do Fisco encontra-se equivocada, pois como visto, com base na Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, se os valores abaixo de R\$ 20.000,00 não podem ser cobrados judicialmente, a mesma regra é válida para demonstrar a insignificância das mercadorias supostamente objeto de descaminho.

Portanto, a apreensão de mercadorias em valor inferior ao limite previsto na Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda não pode configurar descaminho e, por conseguinte, amparar a exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

2.2 DA IMPOSSIBILIDADE DA RETROATIVIDADE DA EXCLUSÃO

2.2.1 Do princípio da legalidade A Lei Complementar 123 de 2006 que instituiu o regime do Simples Nacional não prevê a retroatividade da exclusão do Simples Nacional.

Se na Lei não existe esta previsão, não é o Fisco quem pode legislar, inovando em matéria tributária.

A previsão de retroatividade, nos termos em que aplicada pela Autoridade Fiscal, possui previsão apenas no artigo 76, inciso IV da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional CGSN nº 94 de 29 de novembro de 2011.

Neste aspecto, a Constituição Federal estabelece:

Art. 50 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(-)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Desta forma, inexistindo expressa previsão de retroatividade da exclusão na lei, não há como restar mantida a decisão ora atacada.

2.2.2 Do princípio da irretroatividade e da segurança jurídica

O Ato Declaratório Executivo DRF/JOA-SC nº 45 de 27/04/2015, que EXCLUIU a Recorrente do Simples Nacional desde o mês da sua opção pelo regime, é ilegal, considerando que atinge o seu direito, contrariando o princípio da irretroatividade da Lei e violando a segurança jurídica.

A Recorrente sempre atuou e desenvolveu suas atividades de acordo com seu contrato social e sempre informou e pagou seus impostos nestas condições.

Desconhecia que a apreensão de suas mercadorias poderia causar sua exclusão do Simples Nacional.

O Fisco não pode exigir que a Recorrente refaça suas declarações, calcule os tributos devidos por outra forma, e os recolha com as penalidades pertinentes, seja pelo lucro presumido ou pelo real, de forma retroativa, considerando que não existe na Lei a expressa previsão de retroatividade, apenas na Resolução CGSN 94.

O termo de exclusão ora atacado também contraria o princípio da segurança jurídica, trazendo incertezas à Recorrente que acreditava estar recolhendo seus tributos corretamente de acordo com os ditames da Lei Complementar 123/2006, entretanto, restou surpreendida com sua exclusão retroativa do Simples Nacional.

Impende esclarecer que a simples exclusão do sistema, por si só, já seria suficiente para violar a segurança jurídica, contudo, a exclusão retroativa e sem qualquer fundamento legal agrava ainda mais a situação da Recorrente.

A Recorrente está inscrita no Simples Nacional a partir de 1º de julho de 2007, fez a entrega das Declarações de Informações Socioeconômicas e Fiscais (DEFIS) desde então, de acordo com as declarações anexas.

Não pode agora a Recorrente sofrer com a retroatividade de sua exclusão, estando em vias de ser obrigada a recalculer todos tributos devidos. Se persistir a exclusão, o que se acredita não ser a aplicação da verdadeira Justiça, a mesma deveria ser após a Recorrente tomar conhecimento da exclusão.

Ora, se a Constituição Federal em seu artigo 150 proíbe a irretroatividade da lei, quem dirá para meros atos administrativos que ficam adstritos à lei que se tratam de normas complementares nos termos do Código Tributário Nacional: (...)

Tal diploma também estabelece as hipóteses em que a lei pode vir a ser aplicada de forma retroativa: (...)

Assim, verifica-se que ato da Receita Federal não preenche os requisitos necessários para autorizar que a exclusão do Simples Nacional retroaja.

Da mesma forma, a Carta Magna prevê no inciso XXXVI do artigo 5º a segurança jurídica, resguardando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Assim, resta devidamente demonstrado que o despacho decisório ora atacado feriu os princípios da irretroatividade e da segurança jurídica.

2.3 DOS EFEITOS RETROATIVOS DA EXCLUSÃO

De acordo com o tópico anterior acima explanado, a Constituição Federal veda a retroatividade da lei e dos demais atos.

Na remota possibilidade da exclusão da Recorrente do regime do Simples Nacional reste mantida, devem seus efeitos restarem revistos.

Ora, caso o ato de exclusão retroaja, além de restar violada a Constituição Federal e legislação pátria, haverá severo prejuízo a ser suportado pela Recorrente.

Toda a contabilidade realizada pela Recorrente, bem como todos pagamentos de tributos efetuados desde 01/07/2007 não possuirão qualquer validade. Será necessário refazer toda sua contabilidade e recolher novamente tributos.

Sequer a Recorrente poderá valer-se da compensação de tais créditos pois a Receita Federal não permite. Obrigatoriamente terá que haver novo desembolso por parte da Recorrente.

Assim, caso persista a exclusão da Recorrente, ao menos se pleiteia que o ato de exclusão produza efeitos apenas a partir da data em que a Recorrente foi notificada, qual seja: 18/05/2015.

3. DAS DECISÕES JUDICIAIS UTILIZADAS

Em sede de julgamento da impugnação, a DRJ manifestou-se pela impossibilidade de utilização genérica das decisões judiciais arroladas pela Recorrente em sua defesa.

Ocorre que a Recorrente apenas pretende demonstrar a interpretação dada pelo Poder Judiciário à legislação aplicada ao caso em comento, em especial à Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda.

Portanto, não há empecilho para que o processo administrativo leve em consideração a posição jurisprudencial atual.”

Ao final, a Recorrente requereu:

“Diante de todo o exposto, requer:

- a) O recebimento e a total procedência do presente Recurso Voluntário;
- b) A procedência do presente Recurso Voluntário, para reformar o Acórdão 08-36.206 da 3ª Turma da DRJ/FOR, anulando o Despacho Decisório nº 296/2015 — SAORT/DRF/JOA e o Ato Declaratório Executivo DRF/JOASC nº 45 eis que a apreensão de mercadorias em valor inferior ao limite previsto na Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda não pode configurar descaminho e, por conseguinte, amparar a exclusão da Recorrente do Simples Nacional;

c) Alternativamente, na remota possibilidade da exclusão da Recorrente do Simples Nacional restar mantida, requer que passe a valer apenas após 18/05/2015, data que foi notificada no processo administrativo, sem efeitos retroativos”.

É o relatório.

Voto

Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Comercialização de Mercadorias Objeto de Contrabando ou Descaminho.

Conforme já relatado, trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de piso que manteve o Ato Declaratório Executivo (ADE) de Exclusão do Simples Nacional, de 27/04/2015, emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Joaçaba/Santa Catarina (DRF/JOA/SC), e-fls. 13, por meio do qual fora excluído do citado Regime de Tributação, em virtude da constatação de que a Empresa comercializara mercadorias objeto de contrabando ou descaminho (Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal, fl. 20), conforme disposto pelo artigo 29, inciso VII, da supracitada Lei, observadas as alterações posteriores e de acordo com o disciplinado pela Resolução CGSN 94/2011.

A Recorrente discorda do procedimento fiscal, porém, entendendo não assistir-lhe razão. Explique-se.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal).

Sobre a Matéria o Supremo Tribunal Federal assim se pronunciou

O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4033/DF) (BRASIL, 2010).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irretratável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 29 e art. 32 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

A pessoa jurídica que recolher tributos na forma do Simples Nacional deve ser excluída quando comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. A exclusão produz efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes (inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

Até 26.06.2014 a tipificação do contrabando (“importar ou exportar mercadoria proibida”) ou descaminho (“iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”) pertenciam ao mesmo tipo contido no “caput” do art. 334 do Código Penal. A partir 27.06.2014 quando entrou em vigor a Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014, houve a distinção em dois crime autônomos “Descaminho Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria [...]. Contrabando Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida [...]”.

Em se tratando de descaminho pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria sem o recolhimento integral do tributo devido o bem jurídico tutelado é o controle das importações e exportações em virtude, entre outras, da política econômica.

Neste contexto, está registrado na Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional às e-fls. 2:

“(…)

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 n.º 0920300.00205/13 (processo n.º 10925-720901/2014-57), 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 n.º 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;”

Restou comprovado que houve apreensão de produto estrangeiro sem documentação comprobatória de sua importação regular, caracterizando objeto de contrabando ou descaminho, no estabelecimento comercial da Recorrente, fato que conforma-se com atividade mercantil vedada destes produtos. Desta circunstância ressaí nítida a sua condição de sujeito passivo da obrigação tributária e evidencia o caráter comercial da atividade, independentemente da quantidade de itens e o modo como estão expostos à venda.

O conjunto probatório produzido nos autos corrobora a conduta da Recorrente de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, quais sejam, produtos de procedência estrangeira sem comprovação de importação regular, os quais foram objeto de pena de perdimento com decisão definitiva formalizada no contexto do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (inciso LV do art. 5º da Constituição Federal).

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados, nos termos do art. 145 e art. 147 do Código Tributário Nacional, bem como art. 15, art. 16 e art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, que estabelecem critérios de adoção do princípio da verdade material. O procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

Por conseguinte, o Ato Declaratório Executivo DRF/JOA-SC n.º 45, de 27 de abril de 2015, às e-fls. 13, deve ser mantido, já que a exclusão do Simples Nacional dá-se de

ofício mediante ato administrativo quando a pessoa jurídica optante comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, circunstância esta evidenciada pelo acervo fático-probatório produzido nos autos.

Princípio da insignificância.

No caso específico de contrabando de mercadoria proibida o bem jurídico tutelado é o controle das importações e exportações em virtude, entre outras, da saúde pública. Por esta razão, há impossibilidade da incidência do princípio da insignificância no contrabando de cigarros estrangeiros, já que este parâmetro não fica restrito à arrecadação de tributos, mas à expressividade do potencial lesivo causado^{1 2}.

Em se tratando de descaminho pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria sem o recolhimento integral do tributo devido o bem jurídico tutelado é o controle das importações e exportações em virtude, entre outras, da política econômica. Por esta razão, o princípio da insignificância de produtos estrangeiros não fica restrito ao valor diminuto de tributos, mas à reiteração da conduta³. A bagatela do crédito tributário era considerada até

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Habeas Corpus” nº 110841/PR. Ministra Relatora: Cármen Lúcia, Segunda Turma, Julgado em 27 de novembro de 2012. Publicado no DJe em 14 de dezembro de 2012. “2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. 3. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevantes o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 4. Impossibilidade de incidência, no contrabando de cigarros estrangeiros, do princípio da insignificância. Precedentes. [...] 6. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal.” Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+110841%2ENUM%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+110841%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ajrnk2m>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Habeas Corpus” nº 171910/PR. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Decisão Monocrática. Julgado em 24 de junho de 2019. Publicado DJe em 27 de junho de 2019. “1. Em se tratando de carga de cigarros importada ilegalmente, não há apenas lesão à atividade arrecadatória do Estado, mas também a outros interesses públicos, principalmente no que se refere à saúde e atividade industrial internas, configurando-se contrabando, e não descaminho. 2. A constituição definitiva do crédito tributário e o esgotamento na via administrativa não são pressupostos ou condições objetivas de punibilidade para o início da ação penal com relação aos crimes de contrabando e descaminho. 3. O laudo merceológico não é essencial para apurar a materialidade do delito previsto no artigo 334 do Código Penal se outros elementos probatórios puderem atestá-lo. 4. Descabe falar em consunção se as condutas praticadas pelo réu foram distintas e não constituíram o meio necessário ou a fase de preparação/execução da outra. 5. Inaplicável a tese defensiva da ofensividade, adequação social e irrelevância penal do fato, sendo evidente a ofensa ao bem jurídico tutelado. 6. Comprovados a materialidade, autoria e dolo, e não demonstradas causas excludentes de ilicitude e culpabilidade, deve ser mantida a condenação do réu pela prática de contrabando e descaminho.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28CIGARRO+E+CONTRABANDO+E+TRIBUTO+E+ADMINISTRATIVA%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ycn3aeq8>>. Acesso em 15 jun. 2020.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Habeas Corpus” nº 127888 AgR/SC. Ministra Relatora: Cármen Lúcia, Segunda Turma, Julgado em 23 de junho de 2015. Publicado no DJe em 03 de agosto de 2015. “2. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. Precedentes..” Disponível em:

21.03.2012 no valor de R\$10.000,00 e a partir de 22.03.2012 o montante de R\$20.000,00 (art. 20 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, Portaria MF nº 49, de 01 de abril de 2004 e Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012). A instância judiciária penal é independente da instância administrativa^{4 5}

Ademais, dentro do julgamento administrativo, o princípio da insignificância, típico do Direito Penal, não tem aplicação na espécie, que trata de mera exclusão administrativa de regime de tributação simplificado facultativo. Não se trata aqui de norma penal, mas de infração às regras que conformam os requisitos para que os sujeitos passivos possam usufruir – de forma opcional – de um regime de tributação simplificado.

Outrossim, não é dado à autoridade administrativa deixar de aplicar a norma legal cogente de exclusão de ofício quando verificada no caso concreto a hipótese normativa. O legislador, ao positivar a hipótese normativa de exclusão de ofício por meio da Lei Complementar nº 123/2006, já ponderou os princípios constitucionais aplicáveis e não deixou margem de apreciação à autoridade administrativa quanto à ponderação da razoabilidade e da proporcionalidade.

Também é conveniente destacar que a exclusão de ofício, nos termos determinados pela Lei Complementar nº 123/2006 não configura ato discricionário, e sim vinculado. Desta forma, não se sujeita a considerações de conveniência e oportunidade. Uma vez caracterizada a ocorrência da hipótese normativa, deve ser a norma individual e concreta de exclusão de ofício.

<

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28127888+E+C%C1RMEN+E+HC%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9gzdg5j> >. Acesso em: 08 mai. 2020.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1366118 AgRg/PR. Ministro Relator: Campos Marques, Segunda Turma, Julgado em 06 de junho de 2013. Publicado no DJe em 11 de junho de 2013. “PORTARIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR DE R\$10.000,00 (DEZ MIL REAIS) PARA R\$20.000,00 (VINTE MIL REAIS). PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O entendimento cristalizado pela Terceira Seção do STJ, em relação ao princípio da insignificância, aplica-se apenas ao delito de descaminho, que corresponde à entrada ou à saída de produtos permitidos, elidindo, tão somente, o pagamento do imposto. 2. No crime de contrabando, além da lesão ao erário público, há, como elementar do tipo penal, a importação ou exportação de mercadoria proibida, razão pela qual, não se pode, a priori, aplicar o princípio da insignificância.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1366118&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 08 mai. 2020

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 998882/PR. Ministro Relator: Edson Fachin. Decisão Monocrática. Julgado em 01 de agosto de 2017. Publicado DJe em 04 de agosto de 2017. “1. A lesão à ordem tributária é espécie do gênero lesão ao erário. Por isso, o objetivo da criminalização do descaminho não é simplesmente evitar lesões ao interesse do Estado na arrecadação de tributos, mas evitar lesões aos recursos financeiros do país em geral. Isto envolve, em um primeiro plano, o não pagamento dos tributos devidos pela importação, mas em segundo plano, envolve o comércio de mercadorias com valores substancialmente inferiores aos praticados no mercado interno, o que causa grave dano à indústria, gera desemprego e, em um efeito cascata, vai gerar mais lesões ao erário. 2. A perda das mercadorias no âmbito administrativo não torna o fato atípico, porquanto a aludida medida administrativa, além de não implicar ‘pagamento’ de tributo, em nada interfere na aplicação da lei penal, visto que apenas a perda dos produtos apreendidos constitui uma das sanções aplicadas na esfera fiscal.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2828CIGARRO+E+CONTRABANDO+E+TRIBUTOS+E+ADMINISTRATIVAS%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ycn3aeq8>>. Acesso em 15 jun. 2020.

Logo, manifesto minha expressa concordância com o constante no Acórdão da 3ª Turma DRJ/FOR nº 08-36.206, de 30 de maio de 2016, e-fls. 47-51, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015):

“Ato Declaratório Executivo (ADE), de 27/04/2015, fl. 13: Segundo a descrição contida no Ato Declaratório Executivo (ADE), o Contribuinte fora excluído do citado Regime de Tributação, em virtude da constatação de que a Empresa comercializara mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, conforme disposto pelo artigo 29, inciso VII, da supracitada Lei, observadas as alterações posteriores e de acordo com o disciplinado pela Resolução CGSN 94/2011, conforme ali indicado.

Contestação da Defesa, fls. 19/29:

Contrapondo-se à exclusão, argumentou a Defesa em síntese:

Argumento de desestímulo a discutir a Autuação:

O Defendente teria sido desestimulado pelo Fiscal a discutir a Autuação (Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal), afirmando que a pena de perdimento já havia sido aplicada e de nada adiantaria apresentar defesa, tendo sido aquele processo à revelia.

Argumento de irretroatividade da Lei, fls. 26/29:

Como a Lei Complementar 123 de 2006 não prevê a retroatividade da exclusão do Simples Nacional, não é o Fisco quem pode legislar, pois a previsão de retroatividade possui previsão apenas no artigo 76, inciso IV da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional CGSN 94, de 29/11/2011, destacado o disposto pelo inciso II do art. 5º, bem como pelo art. 106 da Constituição Federal, pelo que o ADE, que excluiu o Defendente, desde o mês da sua opção pelo regime, seria ilegal e estaria violando a segurança jurídica.

Alegação de insignificância do valor dos bens apreendidos, fls. 21/26:

Como os bens apreendidos sequer atingiam a quantia de R\$ 10.000,00, deve restar aplicado o princípio da insignificância, devido ao limite para o não ajuizamento das execuções fiscais e, consequentemente, limite que deve ser utilizado para crimes tributários, destacando-se que o entendimento atual é pela absolvição dos réus quando o valor originário dos créditos tributários que deram origem à ação penal forem inferiores a R\$ 20.000,00, parâmetro fixado pelo artigo 1º, II, da Portaria MF 75 de 22/03/2012, sendo nesses termos o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, bem como do Superior Tribunal da Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Legislação de Regência:

A respeito do assunto dispõe a legislação de regência estabelecida pela Lei Complementar 123 de 14/12/2006, art. 29, *caput*, inciso VII, e § 1º, disciplinada pela Resolução CGSN 94, de 29/11/2011, art. 75, I, d, art. 76, IV, f, dispositivos a seguir transcritos:

Lei Complementar 123 de 14/12/2006, art. 29, *caput*, inciso VII, e §1º:

“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.

.....
Resolução CGSN 94, de 29/11/2011, art. 75, I, art. 76, IV, f:

“Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é.....:

I – da RFB;

.....”

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

I - quando verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória, a partir das datas de efeitos previstas no inciso II do art. 73;

IV – a partir do próprio mês em que incorrida, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

.....
.....

f) comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho

.....”

Apreciação dos Autos:

Argumento de irretroatividade da Lei, fls. 26/29 Conforme preceituado tanto pela Lei Complementar 123 de 14/12/2006, art. 29, *caput*, inciso VII, e §1º, como pela Resolução CGSN 94, de 29/11/2011, art. 75, I, art. 76, IV, f, dispositivos acima reproduzidos, a exclusão de ofício das Empresas optantes pelo Simples Nacional que comercializarem mercadorias objeto de contrabando ou descaminho (hipótese prevista inserida dentre os incisos II a XII do *caput* do artigo 129 da Lei Complementar 129/2006) 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, pelo que descabem inteiramente os argumentos da Defesa de que o ADE, que excluiu o Defendente, desde o mês da sua opção pelo regime, seria ilegal e estaria violando a segurança jurídica, não tendo havido desde o mês da sua opção pelo regime qualquer exclusão do Interessado, e sim a partir do

próprio mês em que incorrida a ilegal comercialização de mercadorias, não havendo portanto qualquer procedência das alegações do Reclamante.

Alegação de insignificância do valor dos bens apreendidos, fls. 21/26:

Descabem totalmente as alegações de insignificância do valor dos bens apreendidos, no tocante ao ADE apreciado, sendo aplicáveis apenas nas hipóteses previstas pelo artigo 1º, II, da Portaria MF 75 de 22/03/2012, e unicamente nas situações explicitadas pelos Tribunais mencionados pelo Defendente.

Ademais, conforme consta na Representação Fiscal, Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal, foram apreendidos no estabelecimento comercial mercadorias de procedência estrangeira (Lei 4.502, de 1964, art. 87, inciso I).

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

Argumento de desestímulo a discutir a Autuação, fls. 20/21:

Acerca da questão levantada quanto ao procedimento de fiscalização do Autuante que resultou na apreensão da mercadoria estrangeira, cabe apenas esclarecer que tal inconformidade deveria ser dirigida ao competente processo instalado para tanto. Os presentes Autos cuidam de medida posterior e decorrente da irregular introdução das mercadorias no País, qual seja, da exclusão do regime simplificado, por expressa disposição legal.

Dessa forma, por ser estranho a esses autos, o protesto do Defendente quanto ao procedimento fiscal de apreensão dos bens não será conhecido no presente processo.

Cumprir observar no caso presente 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 tais circunstâncias preenchem integralmente o que a Norma definiu hipoteticamente como infração passível de exclusão de ofício da Empresa do Simples Nacional.

Dessa forma, a exclusão do regime de tributação simplificada, no caso em tela, por ser decorrente de expressa previsão legal, deve ser realizada, não cabendo ponderações sobre o valor dos bens, nem sobre as consequências da medida punitiva adotada.

DECISÕES JUDICIAIS:

No que tange também ao valor dos bens apreendidos, relatou o Peticionário o posicionamento apresentado em diversas Decisões Judiciais.

Apreciação:

No que concerne a Decisões Judiciais que o Contribuinte entendeu que seriam a seu favor, há de se dizer, apenas, que são tomadas como simples exemplificação da tese defendida pelo Manifestante, uma vez que não se constituem em Norma Complementar, pois as Decisões Judiciais são eficazes somente em relação às Partes envolvidas na Lide, não se aplicando a terceiros, nos termos do Código do Processo Civil (CPC), art. 506, bem como do artigo 100 do Código Tributário Nacional (CTN), e, portanto, não vinculam as Decisões desta Instância Julgadora, restringindo-se aos casos julgados e às Partes inseridas no processo de que resultou a Decisão, consoante o disposto pelo Parecer Normativo CST 390/1971. Com efeito, no caso de Jurisprudência Judicial, é de se observar o disposto pelo citado artigo 506 do Código de Processo Civil, o qual determina que *“a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”*. Nesse sentido, como o Contribuinte não figurou na respectiva

Lide como Parte Interessada, meros Julgados aos quais o Reclamante fez menção a ele não aproveitam, quando o questionamento manifestado pela Defesa não se acha amparado pela legislação pertinente.

Deduz-se portanto, rigorosamente de acordo com a Legislação Aplicável ao assunto apreciado, que o Contribuinte não descaracterizou as conclusões do ADE apreciado.”

Ante o exposto, oriento meu voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário sob apreço.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça