



Processo nº 13971.005065/2008-71
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-001.709 – 1^a Seção de Julgamento / 3^a Turma Extraordinária
Sessão de 08 de julho de 2020
Recorrente MARIA SALETE MONTIBELLER ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Wilson Kazumi Nakayama.

Relatório

Ato Declaratório Executivo

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/BLU/SC nº 005, de 08.02.2010, com efeitos a partir de 01.09.2008, e-fl. 17, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude da verificação de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, conforme disposto no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no inciso VII do art. 5º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007:

Nome Empresarial: MARIA SALETE MONTIBELLER - ME

CNPJ: 05.887.650/0001-14

Art. 2º A exclusão produzirá efeitos retroativos à 1º de setembro de 2008 impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes, conforme disposto no § 1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Art. 3º A pessoa jurídica poderá apresentar manifestação de inconformidade, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da ciência deste ADE, dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, nos termos do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 - Processo Administrativo Fiscal (PAF)

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado na ementa do Acórdão da 4^a Turma DRJ/SDR/BA nº 15-31.578, de 31.01.2013, e-fls. 83-85:

PENA DE PERDIMENTO. DEFESA. AUTO DE INFRAÇÃO E APREENSÃO DE MERCADORIAS.

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

EXCLUSÃO. CONTRABANDO. DESCAMINHO.

A comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho constitui motivo para exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 19.03.2013, e-fl. 87, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 18.04.2013, e-fls. 89-94, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

II - DAS RAZÕES DE REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO

A - Do descumprimento de ordem judicial

4. A Recorrente defendeu em sua Manifestação de Inconformidade a nulidade do procedimento administrativo levado a efeito pela Autoridade Fiscal.

5. O acórdão recorrido não analisou o referido ponto, sob o argumento de que esses fatos deveriam ter sido levantados no processo relativo à apreensão de mercadorias.

6. Ocorre que, o processo administrativo rege-se pelos princípios da verdade material e do informalismo. Por força deles, o julgador deve buscar a realidade dos

fatos. E o processo administrativo não está sujeito a rito, solenidade ou formas rígidas, devendo ser facilitada a defesa do contribuinte.

7. Os princípios do processo administrativo tributário foram renegados pelo acórdão recorrido, em face da ausência de análise dos argumentos da Recorrente, ferindo, portanto, os fundamentos da ação administrativa.

8. Ora, a Recorrente demonstrou que a determinação judicial proferida nos autos do Mandado de Busca e Apreensão nº 80003402 era para que fossem apreendidas as mercadorias estrangeiras desacompanhadas de documentação comprobatória.

9. Entretanto, quando do cumprimento do referido Mandado, a empresa colocou a disposição da Autoridade Fiscal os documentos fiscais das mercadorias. Porém, a Autoridade Fiscal se recusou a examinar os documentos em tela no estabelecimento da Recorrente, sob o argumento de que iria apreender as mercadorias que entendesse pertinente e em data posterior a Recorrente apresentaria os respectivos documentos fiscais.

10. Frente a esta circunstância, não há dúvidas de que, o ato da Autoridade Fiscal de apreender mercadorias que estavam acompanhadas dos documentos fiscais, contrariou frontalmente a determinação judicial.

11. Ou seja, a Autoridade Fiscal, descumpriu a determinação do MM. Juízo, porque: (a) recusou-se a analisar os documentos fiscais das mercadorias no estabelecimento da Recorrente; e (b) efetuou a apreensão das mercadorias acompanhadas de documento fiscais.

12. Diante do exposto, o acórdão recorrido merece ser reformado, tendo-se em vista que o procedimento administrativo adotado pela Autoridade Fiscal é nulo, o que torna insubstancial a exclusão da empresa do Simples Nacional.

B - Dos documentos fiscais

13. Também em relação a este ponto o acórdão recorrido não pode prosperar.

14. Como acima demonstrado, a Autoridade Fiscal apreendeu as mercadorias para posterior conferência dos documentos fiscais. Assim, na data agendada a Recorrente compareceu ao Depósito de Mercadorias Apreendidas da RFB e apresentou os respectivos documentos fiscais das mercadorias.

15. Neste ato, foram apresentados os documentos fiscais relativas às mercadorias constantes nos 32 volumes apreendidos. Todavia, parte dos documentos fiscais (doc. nº 3 - Manifestação) não foram aceitos pela Autoridade de Fiscal, sob o argumento de que tinham sido emitidos há mais de 2 anos.

16. Contudo, a Recorrente não pode concordar com o procedimento adotado pela Autoridade Fiscal por duas razões bastante simples:

(a) pela ausência de indicação do dispositivo legal capaz de fundamentar o seu ato; e (b) há mercadorias que não agradam aos clientes e desta forma "encalham" nas prateleiras.

17. Estes fatos não deixam margem a dúvida de que é descabida a apreensão de mercadorias, constantes no Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de mercadorias nº 0920400, as quais a Recorrente apresentou os documentos fiscais.

18. Ao contrário do que restou consignado pela Autoridade Fiscal, há mercadorias que foram adquiridas de empresas estabelecidas no território nacional pela Recorrente, como pode ser verificado através das notas fiscais juntadas à Manifestação de Inconformidade (doc. nº 3).

19. Por outro, há mercadorias que a Recorrente não localizou os respectivos documentos fiscais. Então, na pior das hipóteses, sobre estas mercadorias é que deveriam ser cobrados eventuais tributos, e não sobre todas as mercadorias, inclusive aquelas acompanhadas dos documentos fiscais.

20. Por ocasião da sua Manifestação de Inconformidade a Recorrente defendeu que a exclusão da empresa do Simples Nacional é desproporcional à falta hipoteticamente cometida pela contribuinte, contrariando os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

21. Por outro lado, este argumento da contribuinte não foi sequer analisado. A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento entendeu que não poderia apreciar razões relacionadas a esses princípios.

22. No entanto, a propósito do assunto, é imperativo que se tenha em vista o que dispõe o art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. A ampla defesa, como esclarecem estes dispositivos, está assegurada aos litigantes tanto no processo judicial quanto no administrativo, conferindo o legítimo direito, à Recorrente, de resistir à agressão sofrida, pelo fato de não ter todos os seus fundamentos analisados pelos julgadores administrativos de 1^a instância.

23. Como é cediço, a Fazenda, lato sensu, tem o dever de cumprir mandamentos constitucionais e legais. E a garantia de defesa é essencial para a validade da cobrança do crédito tributário, já que este apenas pode ser considerado legítimo quando estiver em conformidade com os preceitos constitucionais e legais.

24. Na realidade, o Fisco tem a obrigação de analisar os fundamentos levantados pelos contribuintes pois só assim estará respeitado os princípios do contraditório e da ampla defesa.

25. Desta forma, também neste aspecto os argumentos utilizados na Representação Administrativa e no Acórdão recorrido não têm a menor condição de prosperar. Conclui-se, mais uma vez, pela insubsistência da exclusão da empresa do Simples.

No que concerne ao pedido conclui que:

III - DO REQUERIMENTO

Dante de todo o exposto, requer seja reformado o E Acórdão recorrido, para cancelar a exclusão da empresa do Simples Nacional.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

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.

Nulidade do Ato Declaratório Executivo e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos.

O Ato Declaratório Executivo foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos. O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridades fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ademais, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado. Sobre a matéria, cabe indicar o entendimento emanado em algumas oportunidade pelo Supremo Tribunal Federal¹:

Não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando, como ocorre na espécie vertente, "a parte teve acesso aos recursos cabíveis na espécie e a jurisdição foi prestada (...) mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão do recorrente" (AI 650.375 AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 10-8-2007), e "o órgão judicante não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses apresentadas pela defesa, bastando que aponte fundamentadamente as razões de seu convencimento" (AI 690.504 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, DJE de 23-5-2008). [AI 747.611 AgR, rel. min. Cármel Lúcia, j. 13-10-2009, 1^a T, DJE de 13-11-2009.] =AI 811.144 AgR, rel. min. Rosa Weber, j. 28-2-2012, 1^a T, DJE de 15-3-2012 = AI 791.149 ED, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-8-2010, 1^a T, DJE de 24-9-2010 (grifos do original)

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A constituição e o supremo do art. 93. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Comercialização de Mercadorias Objeto de Contrabando ou Descaminho.

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

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)².

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

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 07 de fevereiro de 2011. "3.1. 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." Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ECLA%2E+E+4033%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

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 as condutas (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 [...]”

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^{3 4}.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Habeas Corpus” nº 110841/PR. Ministra Relatora: Cármem 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 relevados 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%2ECLA%2E+E+110841%2ENUM%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+110841%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tin.yurl.com/ajrnk2m>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

⁴ 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 exaurimento 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

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 conduta⁵. A bagatela do crédito tributário era considera até 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)⁶.

A Recorrente diz que o “Mandado de Busca e Apreensão nº 80003402 teve como origem a Representação Criminal nº 2008.72.05.002008-5/SC” e que “o MM. Juízo determinou a busca e apreensão de mercadorias estrangeiras desacompanhadas de documentação comprobatória”. A instância judiciária penal é independente da instância administrativa 7. O procedimento está regular pois “a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional” (art. 142 do Código Tributário Nacional).

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&b=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ycn3aeq8>>.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Habeas Corpus” nº 127888 AgR/SC. Ministra Relatora: Cármem 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: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28127888+E+C%C1RMEN+E+HC%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9gzdg5j>>.

6 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

7 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=%28%28CIGARRO+E+CONTRABANDO+E+TRIBUTO+E+ADMINISTRATIVA%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&b=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ycn3aeq8>>.

O trânsito em julgado da decisão judicial relativa ao crime de contrabando ou descaminho não é condição de procedibilidade da verificação de circunstância legal de exclusão do Simples Nacional na esfera administrativa-tributária, já 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” (art. 136 do Código Tributário Nacional).

Restou comprovado que houve apreensão, efetuada de cigarros estrangeiros, objeto de contrabando ou descaminho, no estabelecimento comercial da Recorrente, fato que conforma-se com atividade mercantil vedada destes produtos. Desta circunstância ressalta 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 corroboram a conduta da Recorrente de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, quais sejam, cigarros de procedência estrangeira, conforme documentos de e-fls. 05-13.

Declaração de Concordância

Consta no Acórdão da 4^a Turma DRJ/SDR/BA nº 15-31.578, de 31.01.2013, e-fls. 83-85, 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):

Com a Manifestação de Inconformidade a contribuinte anexou notas fiscais de compras que comprovariam haver, dentre as apreendidas, mercadorias acompanhadas de documentos fiscais, as quais não teriam sido aceitas pela fiscalização sob o argumento de que tinham sido emitidas há mais de 2 anos. Porém, as objeções quanto aos fundamentos fáticos e jurídicos que ensejaram a pena de perdimento de bens devem ser apresentadas no correspondente processo administrativo relativo ao Auto de Infração e Apreensão de Mercadorias. Deixando a defendant de oferece-las no momento oportuno para descharacterizar a hipótese impeditiva que lhe foi imputada, opera-se a preclusão temporal. Tendo sido lavrado o Termo de Perdimento e estando aquele processo extinto, qualquer prova aqui apresentada não poderá alterar aquela decisão.

Por sua vez, os juízos quanto aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade em relação à exclusão do Simples Nacional frente à falta hipoteticamente cometida têm como destinatário imediato o legislador ordinário, e não a autoridade administrativa.

A Lei Complementar nº 123, de 2006, que instituiu o Simples Nacional, e que lastreou o ADE ora em litígio, disciplina os efeitos da exclusão no caso da comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho, nos seguintes moldes:

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

VII comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho; (...)

Logo, cabe à Administração apenas velar pelo seu fiel cumprimento, exatamente nos termos do artigo 2º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.784, de 1999, que determina a atuação conforme a lei e o Direito, Direito este que delimita a competência do julgador administrativo. Resta, assim, devidamente comprovada a materialidade dos fatos narrados mediante a apresentação dos documentos mencionados, carecendo razão à impugnante quanto a esse aspecto.

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este entendimento está de acordo com o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo, voto em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva