



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10811.720065/2018-11  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 1302-004.965 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 16 de outubro de 2020  
**Recorrente** FRANCISCO BARBOSA ALVARES S.J. RIO PRETO  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2015

**EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIA OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA HIPÓTESE LEGAL. RECURSO PROVIDO**

Deve ser reformada a decisão da DRJ que manteve a exclusão da contribuinte do Simples Nacional, fundada na hipótese de "comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho" (LC, nº 123, 2006, art. 29, VII), quando não houver prova da "comercialização" e o proprietário da empresa, acusado dos crimes em questão, é absolvido no processo criminal por ausência de provas da comercialização. A comercialização de tais mercadorias como prática vedada pela lei não se confunde com a simples "apreensão" da mercadoria. Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada, e, no mérito, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

**Relatório**

Trata-se de recurso voluntário interposto contra a decisão da 7ª Turma da DRJ/BSB, que julgou improcedente manifestação de inconformidade oferecida pela contribuinte.

O caso versa sobre exclusão de ofício da empresa optante pelo Simples Nacional, com fundamento na hipótese do art. 29, VII, da LC nº 123, de 2006, qual seja, “comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho”.

De acordo com o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias nº 0810700/EAD0000054/2016, de fls. 13, em 25/7/2015 foi recebido pela Equipe Aduaneira da RFB de São José do Rio Preto, ofício e boletim de ocorrência que encaminhavam cigarros de procedência estrangeira, sem documentação que comprovasse a regular entrada de tais mercadorias no Brasil. Narra ainda o documento que tais mercadorias foram encontradas no interior do estabelecimento de Francisco Barbosa Alvares, cuja empresa é denominada de Francisco Barbosa Alvares S. J. Rio Preto – ME. A apreensão das mercadorias foi realizada pela Polícia Civil de São José do Rio Preto – SP. Os fatos em questão infringem diversas normas do Regulamento Aduaneiro elencadas no mencionado auto, o que motivou a instauração de processo administrativo de perdimento das mercadorias. Anexo ao Auto encontra-se a relação de mercadorias apreendidas, descritas como 310 cigarros da marca Eight, de procedência estrangeira, no valor total de R\$ 1.404,30.

Conforme documento de fls. 26, foi declarada a revelia da recorrente no processo de perdimento das mercadorias, levando a expedição do Ato Declaratório de Perdimento fls. 28. Às fls. 31 é emitida representação para exclusão do Simples, tendo sido expedido o Ato Declaratório Executivo de Exclusão de 10/8/2018 (ADE), conforme consta das fls. 35, com fundamento no art. 29, VII da LC nº 123, de 2006.

Intimada da exclusão, a recorrente apresentou a impugnação de fls. 51/53 admitindo a procedência do ADE, insurgindo-se, porém, contra a retroatividade dos seus efeitos, defendendo que tais deveriam ser aplicados somente a partir data da exclusão e não retroativamente ao tempo do evento.

Em sua decisão de fls. 61/63, a DRJ julgou improcedente a manifestação da contribuinte sob a fundamentação de que a retroatividade dos efeitos, na forma em que constou do ADE encontra amparo legal no § 1º do art. 29 da LC nº 129, de 2006.

Inconformada, a recorrente interpôs o recurso voluntário de fl. 74/83, juntando os documentos de fls. 84/169. Sustentou, em síntese, que a empresa nunca teve a real intenção de confessar os fatos que motivaram a exclusão. Isso porque, a peça de defesa foi elaborada pelo contador da empresa e, na mencionada peça, constou a admissão do cometimento da infração administrativa. Entretanto, o representante legal da empresa (réu da ação penal do delito de contrabando) estava sofrendo de problemas psicológicos e teria assinado a petição “sem ler”. No voluntário a recorrente refuta ainda a prática da comercialização das mercadorias apreendidas e informa que o representante legal da empresa foi absolvido do crime de contrabando. Alega também que o ADE é nulo, pois não teria sido garantido à contribuinte o direito ao contraditório e à ampla defesa para sua expedição. Junta aos autos, dentre outros documentos, a sentença absolutória do crime de contrabando e atestados médicos datados de 2019, com prescrições de medicamentos e tratamentos psiquiátricos ao representante legal da empresa.

O processo foi distribuído para minha relatoria e este é o relatório.

## Voto

Conselheiro Cleucio Santos Nunes, Relator.

### 1. DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O recurso é tempestivo. Conforme se observa, a recorrente foi intimada da decisão da DRJ em 07/06/2019, conforme cópia do AR anexo às fls. 71.

O recurso voluntário foi protocolizado em 02/07/2019 (fls. 74), portanto, dentro do prazo de 30 dias, conforme previsto pelo art. 33, do Decreto n.º 70.235, de 1972.

Sobre a regularidade da representação processual, desde a manifestação de inconformidade a recorrente é representada por advogado devidamente constituído.

No mais, a matéria que constitui objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Arts. 2º, inciso I, e 7º, *caput* e §1º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015.

Assim, o recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

### 2. PRELIMINARES DE NULIDADE

Em que pese não ficar evidente que a recorrente tenha alegado preliminares de nulidade, pois funde argumentos que induzem a essa conclusão às questões de mérito, penso que é o caso de organizar os pontos da defesa em razões preliminares prejudiciais à análise do mérito para, em seguida, apreciar a matéria de fundo.

Fixada essa premissa, a recorrente sustenta no voluntário questão prejudicial, consistente no estado de saúde mental do proprietário da empresa, o que teria o levado a assinar “sem ler” a peça defensiva elaborada pelo contador da firma, que admitiu a regularidade do ato de exclusão, tendo se insurgido somente contra seus efeitos retroativos. Sustenta também ofensa ao contraditório e à ampla defesa por não ter constado da intimação do ADE advertência sobre confissão da matéria de fato e os efeitos da revelia na hipótese de não haver impugnação. Alega, outrossim, que deveria ter sido intimada para se defender antes da expedição do ADE, de modo que essa omissão acarretaria a nulidade do ato de exclusão.

Não assiste razão à recorrente sobre a prova do estado de saúde do proprietário da empresa à época da impugnação. Não se deve considerar os atestados médicos juntados com o voluntário como prova do estado de saúde mental do empresário, pois tais documentos estão todos datados de 2019 e a manifestação de inconformidade é de 2018. Também não se acolhe o argumento de que o representante legal da empresa assinou “sem ler” o documento, pois não há nos autos prova de que a defesa teria sido produzida por terceiros.

Não cabe o argumento da recorrente de que o processo é nulo, porque da intimação do ADE não teria constado advertência de que a não impugnação do ato levaria à confissão da matéria de fato e à pena de revelia. A legislação não exige que da intimação conste tal requisito. Por outro lado, esta alegação da empresa é desprovida de lógica pois se defendeu dentro do prazo.

Igualmente, não assiste razão à recorrente sobre a alegação de que houve violação à ampla defesa e ao contraditório com a expedição do ADE, sem que lhe tenha sido assegurado o direito de se defender antes da emissão do ato. Ora, enquanto o ADE não é expedido tem-se simples procedimento, que consiste na reunião de fatos e provas para embasar o ato administrativo. Somente depois da expedição do ADE é que se garante, logicamente, o contraditório e ampla defesa ao interessado, pois a partir daí ficará configurada a pretensão administrativa, no caso, a exclusão da contribuinte do regime do Simples Nacional. No mais, depois de expedido o ADE foi devidamente assegurado à recorrente o contraditório e a ampla defesa, tanto assim que impugnou o ato.

Com esses fundamentos afastos todas as preliminares alegadas pela recorrente.

### 3. MÉRITO

#### 3.1 Da ausência de prova dos crimes de descaminho ou contrabando

Este relator tem conhecimento do entendimento da Turma sobre esse tipo de processo, o qual, salvo engano, para este órgão fracionário, a regra prevista no inciso VII do art. 29, da LC nº 129, de 2006 poderá incidir sobre o caso concreto, determinando a exclusão da empresa do regime do Simples Nacional, independentemente da condenação do acusado no crime de contrabando ou descaminho. Defende o colegiado que a aplicação da citada norma subsiste, ainda que haja coincidência entre o agente do delito e a pessoa que comercializa as mercadorias objeto de contrabando ou de descaminho. Isso porque, a infração estaria caracterizada com o simples ingresso da mercadoria no território nacional.

Este relator tem saído vencido neste tipo de demanda recursal por possuir entendimento diverso, o que será exposto nos argumentos a seguir.

Deve-se ponderar que o tipo legal da exclusão é dependente da comprovação de que a mercadoria comercializada é objeto de “descaminho” ou “contrabando”. Nunca é demais lembrar que tais condutas constituem crimes, conforme previsto no CP:

#### **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 (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 1º Incorre na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho; (Redação dada pela Lei n.º 13.008, de 26.6.2014)

III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; (Redação dada pela Lei n.º 13.008, de 26.6.2014)

IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. (Redação dada pela Lei n.º 13.008, de 26.6.2014)

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Redação dada pela Lei n.º 13.008, de 26.6.2014)

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (Redação dada pela Lei n.º 13.008, de 26.6.2014)

### **Contrabando**

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: (Incluído pela Lei n.º 13.008, de 26.6.2014)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei n.º 13.008, de 26.6.2014)

§ 1º Incorre na mesma pena quem: (Incluído pela Lei n.º 13.008, de 26.6.2014)

I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando; (Incluído pela Lei n.º 13.008, de 26.6.2014)

II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente; (Incluído pela Lei n.º 13.008, de 26.6.2014)

III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação; (Incluído pela Lei n.º 13.008, de 26.6.2014)

IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira; (Incluído pela Lei n.º 13.008, de 26.6.2014)

V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira. (Incluído pela Lei n.º 13.008, de 26.6.2014) § 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Incluído pela Lei n.º 4.729, de 14.7.1965)

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (Incluído pela Lei n.º 13.008, de 26.6.2014)

Para a consumação da infração prevista no art. 29, VII da LC n.º 123, de 2006, é essencial que haja a comprovação de que houve condenação por tais crimes por sentença transitada em julgado. Como se sabe, no direito brasileiro, vigora sobranceiro o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º LVII). Isso significa que, sem uma sentença condenatória

imputando ao réu a prática de tais crimes, não se pode também presumir, juridicamente, que as mercadorias apreendidas sejam objeto de descaminho ou de contrabando.

Observe-se que o dispositivo legal utilizado para excluir a recorrente do Simples Nacional trata de “comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho” e não de simples “apreensão de mercadorias”. Nota-se que a administração tributária se precipitou em excluir a recorrente do Simples sem que aos autos fosse trazida cópia da sentença judicial condenatória dos crimes de descaminho ou de contrabando.

A jurisprudência do STF tem assentado o entendimento de que não pode a Administração Pública obstar direito de acesso à administração enquanto não houver sentença penal condenatória transitada em julgado. Veja-se:

"viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória." (AI 829186 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 26-06-2013 PUBLIC27-06-2013).

Na mesma linha de entendimento é a orientação do STJ e, no precedente, a corte se refere especificamente ao crime de descaminho.

ADMINISTRATIVO. HOMOLOGAÇÃO DE CURSO DE VIGILANTE. ANTECEDENTES CRIMINAIS. INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.

1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança em que se discute a possibilidade de o vigilante ter deferido registro em Curso de Reciclagem de Vigilantes, conquanto possua inquérito policial com a finalidade de apurar autoria de delito previsto no artigo 334, §1º, alínea "d", combinado com o artigo 29, ambos do Código Penal (contrabando ou descaminho).

2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que não havendo sentença condenatória transitada em julgado, a existência de inquérito policial ou processo em andamento não podem ser considerados antecedentes criminais, em respeito ao princípio da presunção de inocência.

3. Nessa linha, o STF já decidiu no sentido de que "viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória." (AI 829186 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 26-06-2013 PUBLIC 27-06-2013).

4. Assim, "com base no princípio constitucional da presunção de inocência, inquéritos policiais e ações penais em andamento não serviriam como fundamento para a valoração negativa de antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente, seja em sede criminal, seja, com mais razão ainda, na via administrativa, principalmente quando se trata de simples registro de certificado de curso de reciclagem profissional" (EDcl nos EDcl no REsp 1125154/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 08/02/2011).

5. Ademais, como ressaltado pelo Ministro Humberto Martins, no REsp 1241482/SC, julgado em 12/04/2011, DJe 26/04/2011, "a idoneidade do vigilante é requisito essencial ao exercício de sua profissão, não sendo ela elidida na hipótese de condenação em delito

episódico, que não traga consigo uma valoração negativa sobre a conduta exigida ao profissional", como no presente caso, de inquérito pela prática do crime de contrabando.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 420.293/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 05/02/2014)

Como se vê, a jurisprudência das cortes superiores privilegia o princípio da presunção de inocência quando este for afastado para obstar direitos do investigado perante o Poder Público, com mais razão o entendimento jurisprudencial se aplica quando se tratar de exclusão de um direito já constituído.

É o caso dos autos. Note-se que a empresa é de propriedade da pessoa que responde pelo crime de contrabando, sendo a identificação de um agente do crime o que permitiu a conclusão por parte da fiscalização de que a empresa estaria "comercializando" mercadoria objeto de contrabando ou descaminho. Ora, o ato de "comercializar" depende de uma ação humana, que é expor à venda mercadorias que, para enquadrar-se no hipótese do inciso VII do art. 29, da LC n.º 123, de 2006, deve ser fruto da condenação dos crimes de contrabando ou descaminho. Assim, existe uma inevitável confusão entre a pessoa física e a pessoa jurídica para se concluir que é o caso de exclusão da empresa do Simples Nacional. Por conseguinte, igual raciocínio deve ser aplicado sobre a consumação dos crimes à luz da jurisprudência do STF e do STJ. Note-se, é a confusão entre a pessoa física e a pessoa jurídica o que leva ao ato de exclusão, ou seja, é necessário que se identifique que alguém comercializa esse tipo de mercadoria na empresa para que a hipótese legal incida e leve à exclusão. Assim, a interpretação lógica a que se chega é: se não houve o trânsito em julgado da condenação criminal de quem estaria comercializado a mercadoria, não se pode excluir a empresa do Simples por não haver se consumado ainda a hipótese legal do inciso VII do art. 29 da LC n.º 123, de 2006.

É bem verdade que a redação do dispositivo legal não é das melhores, pois comercializar mercadoria objeto de contrabando ou descaminho não é muito factível, pois, neste tipo de crime, a mercadoria deve ser necessariamente apreendida como prova indispensável para a caracterização do crime. Assim, dificilmente se comercializaria mercadoria objeto de contrabando ou descaminho depois da condenação. Daí porque, melhor seria o tipo legal ter se referido à "apreensão de mercadoria de procedência estrangeira, por autoridade competente, sujeita aos crimes de contrabando ou descaminho". Mas não é essa a previsão legal, não cabendo a este julgador administrativo dar interpretação para os vocábulos "descaminho" ou "contrabando", diversa do conceito legal de que se trata de um tipo criminal. E como se sabe, só há crime depois do pronunciamento definitivo do Poder Judiciário.

Nem se diga que tal entendimento implicaria em negar vigência ao disposto no art. 29, VII da LC n.º 123, de 2006. Observe-se que, muito pelo contrário, negar vigência ocorreria se este julgador desse aos conceitos de "descaminho" e "contrabando", interpretação que não observe o princípio de presunção da inocência e a necessidade do reconhecimento definitivo da prática de tais crimes. Assim, o art. 29, VII da LC n.º 129, de 2006, se aplica aos casos em que, tendo havido condenação por contrabando ou descaminho do agente que comercializava na empresa mercadorias objeto desses crimes, deverá ser excluída do regime com efeitos retroativos ao mês em que a infração ocorreu. Tal interpretação não altera em nada a sistemática processual vigente. Isso porque, na hipótese de impugnação do ADE, este só produz efeitos depois de esgotada a discussão administrativa, por força do art. 39 da LC n.º 123, de 2006.

Assim, nada obstará aguardar-se a conclusão do processo criminal para se aplicar a hipótese de exclusão em comento.

### **3.3 Da descaracterização da hipótese de exclusão do Simples**

No caso dos autos, a recorrente traz a notícia de que o proprietário da empresa, acusado pelo crime de descaminho, foi absolvido no processo criminal por requerimento do Ministério Público, que foi acompanhado pela defesa. De acordo com a decisão judicial (fls. 131/133), a única testemunha no momento da ocorrência, o policial Paulo Silveira, esclareceu que com a autorização do dono do estabelecimento se dirigiu a um depósito e encontrou os pacotes de cigarros ao lado de engradados. Ressaltou que outro imóvel tem acesso ao mesmo depósito e que não havia cigarros expostos à venda no estabelecimento. A defesa já havia alegado que o local onde os cigarros foram encontrados é frequentado por populares, uma vez que o comércio fica em frente a uma feira-livre, que ocorre semanalmente no local. Para o juízo criminal, em que pese ser inegável que os cigarros foram encontrados no local, havia dúvida sobre a culpabilidade do acusado, razão pela qual foi absolvido.

Esse fato reforça os argumentos esposados acima, porquanto, por iniciativa da acusação foi reconhecida a ausência de provas que teriam levado à comercialização dos cigarros no interior do estabelecimento comercial.

Não ficando efetivamente provado o fato da comercialização das mercadorias apreendidas, não está caracterizada, no entendimento deste relator, a hipótese do inciso VII do art. 29 da LC n.º 123, de 2006.

## **4. CONCLUSÃO**

Diante do exposto, conheço do recurso e, afasto as preliminares de nulidade do processo para, no mérito, DAR PROVIMENTO ao recurso, reformando-se a decisão recorrida e desconstituindo o ADE impugnado integralmente.

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes