



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10920.720807/2016-18
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.795 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2020
Recorrente ANDERSON ADELSON CORREIA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/02/2016

SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. EXCLUSÃO. INDEPENDÊNCIA DO PROCESSO PENAL.

As instâncias civil, penal e administrativa são independentes, sem que haja interferência recíproca entre seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria.

Caracterizada, definitivamente, no âmbito administrativo a comercialização das mercadorias irregularmente introduzidas no território nacional, é possível se realizar a exclusão do infrator do Simples Nacional, independentemente do trâmite do processo penal.

SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. CAUSA DE EXCLUSÃO DE OFÍCIO.

As microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes do Simples Nacional que comercializarem mercadorias objeto de contrabando ou descaminho serão excluídas de ofício do referido Regime.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os conselheiros Cleucio Santos Nunes (relator) e Gustavo Guimarães da Fonseca (que votou pelas conclusões do relator), que davam provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes - Relator

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Redator designado

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 6ª Turma da DRJ/POA, 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 Auto de Infração e Termo de Apreensão de fls. 12, em uma fiscalização realizada no dia 24/2/2016, em diversas empresas que realizam o comércio de pescados na região, fiscais do Ministério da Agricultura e da Secretaria Municipal de Agricultura do Município de Barra Velha – SC, acompanhados de policiais militares, encontram dentro de um furgão estacionado no local, grande quantidade de camarões oriundos da Argentina. Segundo o Auto de Infração, o veículo era conduzido por Anderson Adelson Correia e os camarões vindos da Argentina que têm sua importação proibida desde 2013. Em vista disto o condutor do veículo teria cometido os crimes dos art. 334 e 334-A do Código Penal, o que resultou em sua prisão em flagrante, apreensões da mercadoria e do veículo. Por se tratar de produto perecível, os pescados foram encaminhados para uma fábrica de rações animais e o veículo conduzido para local próprio. Por fim, foi lavrado auto de infração contra a empresa, ora recorrente, eis que o condutor do veículo era seu sócio.

Conforme o Parecer para Exclusão do Simples Nacional de fls. 2, a recorrente teria sido punida com a pena de perdimento de mercadoria apreendida pela RFB, o que poderia levar à caracterização de comércio de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho, hipótese que enseja a exclusão da optante do regime simplificado.

Em razão disso, foi lavrada a Representação Fiscal de fls. 15, de teor semelhante ao do Parecer, enquadrando a hipótese de exclusão no disposto no art. 29, VII da LC nº 123, de 2006, ou seja, a comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho. Com fundamento nestas manifestações foi expedido o Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples Nacional, reproduzido abaixo:

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/FNS Nº 94, DE 17 DE MAIO DE 2017.

Declara a exclusão de ofício do Simples Nacional O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM FLORIANÓPOLIS – SC –, no uso das atribuições que lhe confere o inciso II do artigo 302 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, publicado no DOU

em 17 de maio de 2012, e considerando o constante do processo n.º 10920.720807/2016-18, declara:

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, ANDERSON ADELSON CORREIA - ME, CNPJ 21.248.258/0001-81, por ter sido constatada, em procedimento da fiscal realizado em 24/02/2016, a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, incorrendo na situação excludente prevista no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar n.º 123/2006.

Art. 2º – Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 01/02/2016, como determina o parágrafo 1º do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123/2006, ficando a pessoa jurídica impedida de ser optante do Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário seguintes (2017, 2018 e 2019).

Art. 3º - A pessoa jurídica poderá apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência deste Ato Declaratório Executivo (ADE), impugnação dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, conforme disposto no art. 39 da Lei Complementar n.º 123/2006, e nos termos do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972.

Parágrafo Único - Não havendo apresentação de impugnação no prazo de que trata este artigo, a exclusão tornar-se-á definitiva.

SAULO FIGUEIREDO PEREIRA Delegado Delegacia da

A empresa apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 26/30, alegando, basicamente, que o ato de exclusão não poderia subsistir por uma razão muito simples: a pessoa jurídica excluída nunca realizou importação de produto objeto de apreensão. Acrescentou que as mercadorias apreendidas sujeitaram o seu sócio Anderson Adelson a responder processo penal, no qual, até a data da impugnação, não havia condenação transitada em julgado. Informou também que o veículo apreendido foi devolvido à empresa proprietária por ordem da justiça.

A DRJ julgou improcedente a manifestação, sustentando, em síntese, que o Auto de Infração foi lavrado contra a pessoa jurídica da recorrente e que no processo instaurado a partir deste ato, deveria a empresa ter se defendido e comprovado não ter realizado os fatos imputados contra ela. O presente processo, por sua vez, cuida tão somente do ato de exclusão tendo “precluído” os fatos alegados na defesa.

A recorrente interpôs o recurso voluntário de fls.159/63, praticamente reiterando os argumentos da impugnação, especialmente o fato de que a empresa não realizou importações, razão pela qual não poderia ser excluída do Simples Nacional pelas práticas de comercialização de mercadorias, objeto de contrabando ou descaminho. No mais fez considerações sobre a importância de ser mantida no sistema simplificado em razão da crise econômica nacional.

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

Fl. 4 do Acórdão n.º 1302-004.795 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 10920.720807/2016-18

Voto Vencido

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 11/12/2017, conforme cópia do AR anexo às fls. 56.

O recurso voluntário foi protocolizado em 02/01/2018 (fls. 59), 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. MÉRITO

2.1 Da falta de prova da comercialização da mercadoria

A questão central do presente processo, conforme o relatório, é saber se a empresa recorrente comercializou a mercadoria apreendida, considerada como objeto de descaminho ou contrabando, crimes previstos respectivamente nos arts. 334 e 334-A do Código Penal. Uma vez comprovada tal conduta, fica juridicamente caracterizado o motivo da exclusão de ofício do Simples Nacional com fundamento no art. 29, VII da LC n.º 123, de 2006.

Em síntese, o ADE questionado se funda no relato constante do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, de fls. 12. Para ser fiel ao texto do documento, reproduzo-o abaixo em sua integralidade:

Processo Administrativo n.º 10920-720.782/2016-44 - AITAGFM n.º 0920200/720782/2016.

Trata o presente auto de infração da propositura da pena de perdimento de mercadorias de procedência estrangeira exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País, desamparadas de documentação comprobatória de regular introdução no território nacional.

No dia 24 de fevereiro de 2016, servidores do Ministério da Agricultura, Secretaria Estadual de Agricultura e Secretaria Municipal de Agricultura do município de Barra Velha/SC, acompanhados de uma equipe de Policiais Militares, atendendo demanda do Ministério Público Estadual, realizaram fiscalização em diversas empresas que comercializam pescados na região de Barra Velha/SC. Quando da fiscalização em uma dessas empresas, identificaram no estacionamento da mesma, o veículo tipo furgão FIAT/DUCATO CARGO, placas MLT 2106, que era conduzido por ANDERSON

ADELSON CORREIA, sendo encontrado no interior do veículo grande quantidade de CAMARÕES de origem ARGENTINA, cuja importação está PROIBIDA desde o ano de 2013, por regulamentação do Ministério da Agricultura. Diante aos fatos, o autor do ilícito, veículo e mercadorias foram retidos e conduzidos até a Delegacia de Polícia Federal em Joinville/SC, onde foi lavrado o Auto de Prisão em Flagrante e instaurado o IPL 0073/2016-4.

Posteriormente, por se tratar de produto perecível, os CAMARÕES foram encaminhados à empresa Nicoluzzi Industria e Comercio de Rações Ltda para o devido processamento e uso na produção de ração animal, conforme Ofício 0491/2016 – DPF/JVE/SC. Já o veículo apreendido e os documentos referentes à apreensão foram encaminhado ao Depósito de Mercadorias Apreendidas da Delegacia da Receita Federal em Joinville (SC), para execução dos procedimentos de identificação bem como a lavratura dos autos de infração pertinentes.

Pelo exposto, depreende-se a ocorrência, “em tese”, de crime praticado pelo detentor das mercadorias, ANDERSON ADELSON CORREIA, enquadrado no(s) art(s). 334 e/ou 334-A do Decreto-Lei n.º 2.848/1940, o Código Penal. Em vista disto, lavra-se o presente Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias de n.º 0920200/720782/2016, parte integrante e inseparável do processo administrativo n.º 10920- 720.782/2016-44, com a propositura da aplicação da pena de perdimento às mercadorias (CAMARÕES) irregulares.

Ressalta-se que o referido AITAGFM é lavrado em nome da pessoa jurídica ANDERSON ADELSON CORREIA-ME, inscrita no CNPJ sob o n.º 21.248.258/0001-81, pelo fato de o Sr. ANDERSON ADELSON CORREIA, autor do ilícito, ser o TITULAR da referida pessoa jurídica, bem como o nítido caráter comercial das mercadorias (camarões) irregulares.

Para surtir os devidos efeitos legais, lavra-se o presente AITAGFM em duas vias de igual teor e forma, do qual o contribuinte receberá cópia via correio e será cientificado pessoalmente ou via edital publicado no sítio da Secretaria da Receita Federal do Brasil, endereço eletrônico
<http://www.receita.fazenda.gov.br/Aplicacoes/ATBHE/editais.app/consultaEditais.aspx>.

INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES.

Não foi apurado crédito tributário, pois no caso concreto, em face da legislação aplicável, é cabível apenas a pena de perdimento da mercadoria importada irregularmente, nos termos do artigo 65 da Lei n.º 10.833/2003. Portanto, o valor estimado das mercadorias descaminhadas sujeitas à aplicação da pena de perdimento, constante do presente auto de infração é de R\$ 20.627,61 . Portanto, o montante estimado do Imposto de Importação e do Imposto sobre Produtos Industrializados vinculado à importação é de R\$ 10.313,80 .

Foi também lavrada a devida representação fiscal para fins penais, em conformidade com o disposto no artigo 83 da Lei n.º 9.430/1996, no artigo 1º, inciso II, do Decreto n.º 2.730/1998 e no artigo 1º da Portaria SRF n.º 2439/2010, formalizada no Processo Administrativo n.º 10920-720.783/2016-99.

Todos os CAMARÕES apreendidos, objeto do presente auto de infração são de origem ou procedência estrangeira.

Os valores atribuídos para os CAMARÕES apreendidos, bem como a classificação fiscal adotada, têm efeito apenas para este processo administrativo de propositura de perdimento.

ENQUADRAMENTO LEGAL.

Arts. 2º e 3º e §1º do Decreto-Lei n.º 399/68 regulamentado pelo art. 693 c/c 689, inciso X do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto n.º 6.759/09; arts. 94, 95, 96, inciso II, 111, 113 do Decreto-Lei n.º 37/66, e arts. 23, inciso IV, § 1º, 25 e 27 do Decreto-Lei n.º 1.455/76, regulamentados pelos arts. 673, 674, 675, inciso II, 686, 687, 701 e 774 do Decreto n.º 6.759/09.

Art. 105, inciso X, do Decreto-Lei n.º 37/66 e arts. 23, inciso IV e parágrafo primeiro, e 24 do Decreto-Lei n.º 1.455/76 (alterado pela Lei n.º 10.637/2002), regulamentado pelo art. 689, inciso X, do Decreto n.º 6.759/09; arts. 94, 95, 96, inciso II, 111, 113 do Decreto-Lei n.º 37/66, e arts. 23, 25 e 27 do Decreto-Lei n.º 1.455/76, regulamentados pelos arts. 673, 674, 675, inciso II, 686, 687, 690, 692, 701 e 774 do Decreto n.º 6.759/09, o Regulamento Aduaneiro.

TERMO DE GUARDA.

As mercadorias apreendidas ficarão sob guarda fiscal em nome e ordem do Ministro da Fazenda, como medida acautelatória dos interesses da Fazenda Nacional, nos termos do art. 25 do Decreto-Lei n.º 1.455/76.

INTIMAÇÃO.

Fica o atuado ciente de que, de conformidade com o art. 27 parágrafo 1º, do Decreto-lei n.º 1.455/76, é facultado impugnar o presente procedimento, no prazo de 20 (vinte dias) da ciência desta intimação, findo o qual será caracterizada REVELIA.

Como se percebe, especialmente na parte grifada do Auto de Infração e Apreensão, os fiscais do Ministério da Agricultura e da Secretaria de Agricultura do Município, realizavam fiscalização “em diversas empresas que comercializam pescados na região de Barra Velha/SC”, a pedido do Ministério Público do Estado. No decorrer dessa fiscalização, esclarece o Auto:

[...] em uma dessas empresas, identificaram no estacionamento da mesma, o veículo tipo furgão FIAT/DUCATO CARGO, placas MLT 2106, que era conduzido por ANDERSON ADELSON CORREIA, sendo encontrado no interior do veículo grande quantidade de CAMARÕES de origem ARGENTINA, cuja importação está PROIBIDA desde o ano de 2013

Este é ponto nevrálgico de toda a controvérsia. Afinal, é necessário ficar provado se a empresa a que se refere o Auto é a recorrente ou se trata de qualquer outra empresa, já que em momento algum o documento esclarece quais as empresas estavam efetivamente sendo fiscalizadas.

Note-se que a empresa recorrente está localizada no município de Itajaí e a apreensão ocorreu em Barra Velha. Não há nos autos nenhuma prova que indique que as apreensões feitas pela fiscalização se deram no estabelecimento da recorrente. Ao contrário, a prova que existe sobre a apreensão da mercadoria é o Auto em questão que, por sua vez, esclarece que os camarões foram apreendidos no interior de um veículo conduzido por Anderson Adelson Correia, que vem a ser o proprietário da empresa recorrente.

Ocorre que, de acordo com o inciso VII do art. 29 da LC n.º 123, de 2006, a hipótese legal que levou à exclusão da recorrente do sistema do Simples Nacional é bem clara e objetiva. Veja-se:

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

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

A infração legal (ou o tipo normativo) que conduz à exclusão nesse caso é a ação de “comercializar” mercadoria “objeto de contrabando ou descaminho”. Daí porque, para que se possa excluir uma empresa com fundamento neste dispositivo legal, é ônus da administração tributária provar que o contribuinte realizou a “comercialização” do tipo de mercadoria mencionado.

Não se pode presumir que, pelo fato do proprietário ter sido flagrado com mercadoria, em princípio de procedência proibida, que a sua empresa era quem estivesse comercializado os produtos. A presunção cai por terra quando se verifica em todos os documentos dos autos – e especialmente no auto de infração – que a recorrente se situa em uma cidade e a apreensão se deu em outra.

Registre-se que as fichas cadastrais da empresa de fls. 05 e 08 não informam se a empresa teria filiais, o que poderia ensejar a dúvida se a apreensão se deu na filial de Barra Velha. Tais fichas levam a se acreditar que a empresa tem um único estabelecimento situado em Itajaí, não sendo estabelecida no local onde os fatos ocorrem.

Assim, por um aspecto geográfico é impossível afirmar-se com precisão que a recorrente estaria comercializando mercadoria objeto de descaminho ou de contrabando. Por esse motivo, primeiramente, não deve subsistir o ADE impugnado.

2.2 Da ausência de prova dos crimes de descaminho ou contrabando

Em reforço ao que foi alegado no item anterior, 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 13.008, de 26.6.2014)

Contrabando

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

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

I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando; (Incluído pela Lei nº 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 nº 13.008, de 26.6.2014)

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

Para a consumação da infração prevista no art. 29, VII da LC nº 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 com quem a mercadoria objeto de suposto contrabando foi apreendida. Foi a apreensão da mercadoria com o proprietário, inclusive em local diverso do seu estabelecimento comercial, que permitiu a conclusão por parte da fiscalização de que a empresa estaria “comercializando” mercadoria objeto de contrabando ou descaminho. Ora, assim como para a administração fiscal houve confusão entre a pessoa física e a pessoa jurídica para concluir que era o caso de exclusão da empresa do Simples Nacional, igual raciocínio deve ser aplicado sobre a consumação dos crimes, à luz da jurisprudência do STF e do STJ. Note-se, que em razão da confusão feita pela fiscalização entre a pessoa física e pessoa jurídica, o que levou ao ato de exclusão, a interpretação lógica a que se chega é: se não houve o trânsito em julgado da condenação do proprietário da empresa nos crimes a ele imputados, não poderia sua empresa ser excluída do Simples, se a hipótese da exclusão depende da certeza de que o empresário foi condenado por tais crimes e a empresa teria comercializado as mercadorias frutos desta condenação.

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 nº 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 nº 129, de 2006, se aplica aos casos em que, tendo havido condenação definitiva nos crimes de descaminho ou de contrabando, a empresa que, efetivamente, foi flagrada comercializando tais mercadorias, quando foram apreendidas, se optante do Simples Nacional, 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 nº 123, de 2006. Assim, nada obstará aguardar-se a conclusão do processo criminal para se aplicar a hipótese de exclusão em comento.

No caso dos autos, entretanto, ainda que a sentença penal condenatória viesse ao processo, seria necessário transpor o óbice anterior, qual seja, a prova da comercialização do produto vedado no estabelecimento comercial, o que também não está nos autos.

Por fim, não se aplica o argumento adotado pela DRJ de que está preclusa a defesa da recorrente sobre a ocorrência ou não de importação dos pescados pela empresa. Não é possível dissociar o Auto de Infração e de Apreensão como causas da exclusão da contribuinte.

Dito de outro modo, a causa do ADE é dependente do que relatam as autoridades ao realizarem a apreensão da mercadoria.

Nesse sentido, vale o registro de que o ponto controvertido remanescente no processo é se houve ou não a comercialização da mercadoria apreendida. Isso, entretanto, não está provado nos autos, maculando o ADE de ilegalidade.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço do recurso e, no mérito, voto por DAR PROVIMENTO, reformando-se a decisão recorrida e anulando-se o ADE impugnado integralmente.

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes

Voto Vencedor

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Redator designado

Em que pese o bem fundamentado voto proferido pelo Conselheiro Relator, com o usual brilho que caracteriza as suas manifestações, entendi necessário dele divergir, no que fui acompanhado pela maioria dos demais integrantes do Colegiado. Passo a detalhar as razões para a divergência.

Como já esclarecido, os presentes autos tratam da exclusão da Recorrente do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), a partir de 1º de fevereiro de 2016, por incorrer na situação prevista no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006 (“comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho”).

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.

Conforme Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias de fls. 12/14, a situação que motivou a exclusão da Recorrente foi assim descrita:

No dia 24 de fevereiro de 2016, servidores do Ministério da Agricultura, Secretaria Estadual de Agricultura e Secretaria Municipal de Agricultura do município de Barra Velha/SC, acompanhados de uma equipe de Policiais Militares, atendendo demanda do

Ministério Público Estadual, realizaram fiscalização em diversas empresas que comercializam pescados na região de Barra Velha/SC. Quando da fiscalização em uma dessas empresas, identificaram no estacionamento da mesma, o veículo tipo furgão FIAT/DUCATO CARGO, placas MLT 2106, que era conduzido por ANDERSON ADELSON CORREIA, sendo encontrado no interior do veículo grande quantidade de CAMARÕES de origem ARGENTINA, cuja importação está PROIBIDA desde o ano de 2013, por regulamentação do Ministério da Agricultura. Diante aos fatos, o autor do ilícito, veículo e mercadorias foram retidos e conduzidos até a Delegacia de Polícia Federal em Joinville/SC, onde foi lavrado o Auto de Prisão em Flagrante e instaurado o IPL 0073/2016-4. (Destacou-se)

Há dois principais pontos de divergência em relação aos fundamentos adotados pelo Conselheiro Relator: a relação entre a exclusão do Simples Nacional e a ação penal relativa aos crimes de contrabando e descaminho; e a caracterização da comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho por parte da Recorrente.

1 DA DESVINCULAÇÃO ENTRE A INSTÂNCIA PENAL E A ADMINISTRATIVA

Em relação ao primeiro ponto, para o Conselheiro Relator, a consumação da hipótese de exclusão do Simples Nacional prevista no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, somente ocorre com decisão judicial com trânsito em julgado relativa à condenação pelos crimes de contrabando ou descaminho. A conclusão é:

Note-se, que em razão da confusão feita pela fiscalização entre a pessoa física e pessoa jurídica, o que levou ao ato de exclusão, a interpretação lógica a que se chega é: se não houve o trânsito em julgado da condenação do proprietário da empresa nos crimes a ele imputados, não poderia sua empresa ser excluída do Simples, se a hipótese da exclusão depende da certeza de que o empresário foi condenado por tais crimes e a empresa teria comercializado as mercadorias frutos desta condenação.

Com a devida vênia, considero que esta não seja a melhor hermenêutica.

A par de constituírem tipos penais, o contrabando e o descaminho, respectivamente, a introdução no território nacional (ou a retirada do referido espaço) de mercadorias proibidas e a introdução no território nacional de mercadorias sem o pagamento dos tributos aplicáveis também constituem infrações administrativas aduaneiras, conforme art. 94 do Decreto-Lei nº 37, de 1966. Assim, compete à autoridade aduaneira, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, a constatação das referidas práticas, a imposição da penalidade cabível (inclusive o perdimento das mercadorias) e a representação fiscal para fins penais ao Ministério Público para a apuração da ocorrência dos crimes correlatos.

A partir do instante em que, administrativamente, configura-se a introdução irregular da mercadoria no território nacional (seja pelo descaminho seja pelo contrabando, como no caso concreto), é possível a aplicação da norma de exclusão do Simples Nacional, independentemente da apuração a ser realizada na esfera criminal.

O próprio Conselheiro Relator aponta a incoerência da interpretação que vincula a exclusão à prévia condenação penal, justificando, porém, o seu entendimento:

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

Não considero que se deve dar interpretação diversa aos termos “contrabando” e “descaminho”. Apenas, não se deve exigir que exista condenação pelos crimes correlatos, para que, só então, possa ser realizada a exclusão do Simples Nacional da pessoa jurídica que comercializa as mercadorias relacionadas às referidas práticas.

A data a partir da qual se consideram os efeitos da exclusão do Simples Nacional na hipótese tratada no presente processo é mais uma razão para se afastar a interpretação proposta pelo Relator. Ora, não faria sentido algum a previsão de que os referidos efeitos se dariam “a partir do próprio mês em que incorridas” as práticas, se fosse necessário aguardar todo o trâmite do processo criminal, com todas as instâncias e garantias cabíveis, algo que, notoriamente, levaria muitos anos. Muito mais coerente é que a condição para a configuração da situação de exclusão ocorra com a irrecorribilidade da decisão administrativa (até porque a matéria é decidida em instância única, conforme art. 27, §4º, do Decreto-Lei nº 1.455, de 1976).

A independência entre as instâncias civil, penal e administrativa é pacífica, inclusive, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com a ressalva apenas dos reflexos nas demais esferas da decisão definitiva no processo criminal que embasa a absolvição na inexistência de fato ou na negativa de autoria. Neste sentido

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL MILITAR E PENAL MILITAR. CRIME DE TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE OU SUBSTÂNCIA DE EFEITO SIMILAR. ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. INDEPENDÊNCIA RELATIVA DAS INSTÂNCIAS CIVIL PENAL E ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS ADUZIDOS NA PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As instâncias civil, penal e administrativa são independentes, sem que haja interferência recíproca entre seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria. Precedentes: MS 34.420-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 19/05/2017; RMS 26951-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18/11/2015; e ARE 841.612-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 28/11/2014. (Ag. Reg. no Habeas Corpus 148.391/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, Data Julgam. 23/02/2018, DJE 15/03/2018)

A par disso, a jurisprudência do CARF é unânime em acolher a independência entre o processo de exclusão do Simples Nacional e o processo criminal de apuração dos crimes

de contrabando e descaminho. A título de ilustração, dois recentes julgados em que tal posição foi referendada:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DESCAMINHO.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á na hipótese de a empresa comercial varejista manter em seu estoque ou expostas à venda para comercialização mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. (Acórdão n.º 1301-004.717, de 11 de agosto de 2020, Relator Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, decisão unânime)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2008

SIMPLES NACIONAL. SITUAÇÃO IMPEDITIVA. CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

É vedado o ingresso ou a permanência no Simples Nacional de Contribuintes que promovem a mercancia de objeto fruto de contrabando ou descaminho. (Acórdão n.º 1402-004.021, de 14 de agosto de 2019, Relator Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves, decisão unânime)

No caso em apreço, a Recorrente não conseguiu afastar a acusação da autoridade administrativa, formulada no âmbito do processo administrativo n.º 10920.720782/2016-44, resultando no perdimento das mercadorias apreendidas, conforme Ato Declaratório Executivo de fls. 9/10. Como se observa naqueles autos, e relatado na decisão de primeira instância, a Recorrente não apresentou, tempestivamente, Impugnação ao Auto de Infração, de modo que foi decretada a sua revelia. Deste modo, definitivamente caracterizada, no âmbito administrativo a introdução irregular das mercadorias em território nacional, não sendo possível a rediscussão de tal matéria no presente processo.

Não há que se falar em aguardar o trânsito em julgado de sentença condenatória, para a adoção das providências relacionadas com a exclusão da Recorrente do Simples Nacional

2 DA COMPROVAÇÃO DA HIPÓTESE DE EXCLUSÃO

De outra parte, peço vênia ao Relator, ainda, para divergir de sua posição quanto à caracterização da comercialização das mercadorias irregularmente introduzidas no território nacional.

Como já transcrito, o Auto de Infração de fls. 12/14 aponta que as mercadorias (433,90Kg de camarão) foram apreendidas dentro de veículo localizado no estacionamento da Recorrente e conduzido pelo seu responsável.

O Relator entende que a descrição contida no Auto de Infração não permite a certeza de que a mercadoria foi apreendida nas dependências da Recorrente, já que a fiscalização se realizava “em diversas empresas que comercializam pescados na região de Barra Velha/SC”, a Recorrente se localiza no Município de Itajaí e a apreensão foi efetuada em Barra Velha.

Considero se tratar, apenas, de um mal-entendido quanto à compreensão do documento de apreensão. Como transcrito, **a fiscalização** foi realizada em “em diversas empresas que comercializam pescados na região de Barra Velha/SC”. Ora, a Recorrente se localiza em Itajaí, Município situado há cerca de 40 (quarenta) quilômetros de Barra Velha. Plenamente compatível, portanto, que a Recorrente estivesse dentre as empresas fiscalizadas. O Auto de Infração fala em “região” e não no Município. Além disso, a literalidade do Auto de Infração não deixa dúvidas de que o veículo que continha as mercadorias apreendidas estava no estacionamento da Recorrente (“Quando da fiscalização em uma dessas empresas, identificaram no estacionamento da mesma”).

A localização do veículo, o fato de este ser dirigido pelo responsável pela pessoa jurídica e a quantidade de mercadorias caracterizam a comercialização por parte da Recorrente. Veja-se que tanto o Código Penal quanto o Regulamento Aduaneiro não limitam às mercadorias expostas à venda no estabelecimento a caracterização do intuito comercial:

Decreto-Lei n.º 2.848, de 1940

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)

(...)

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) (Destacou-se)

Decreto n.º 6.759, de 2009

Art.689.Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei n.º 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, art. 23, caput e §1º, este com a redação dada pela Lei n.º 10.637, de 2002, art. 59):

(...)

X-estrangeira, **exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País,** se não for feita prova de sua importação regular; (Destacou-se)

Afastada, portanto, a premissa assumida pelo Relator, há que se considerar caracterizada a prática prevista no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar n.º 123, de 2006, e correta a exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

3 DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo