



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10925.720312/2013-98
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.031 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de outubro de 2020
Recorrente ZENILDE MARIA BAZZOTTI-ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO.

Na conjugação dos artigos 28, parágrafo único e 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 e artigo 76, IV, “f”, da Resolução nº 94, de 29/11/2011, do Comitê Gestor do Simples Nacional, não podem permanecer no regime simplificado as pessoas jurídicas que comercializem mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

SIMPLES NACIONAL. ATO DE COMERCIALIZAR. CONCEITO

O ato de comercializar uma mercadoria vai muito mais além do que o simples e derradeiro evento de tradição do bem ao consumidor final, posto que envolve várias etapas, com a execução de operações mercantis que compreendem desde a aquisição, o recebimento, o pagamento, sua internação no país, ainda que ilegal, proibida ou irregular, a circulação pelo território brasileiro, a entrada no estabelecimento da pessoa jurídica, seu registro formal ou mesmo nenhum registro em seu estoque, verificação da qualidade, etc., até que se verifique a venda que é espécie, da qual a comercialização é gênero.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. EFEITO DECLARATÓRIO.

Consoante o que dispõe a legislação do Simples Nacional, cabível a exclusão da pessoa jurídica do regime quando incorrer em situação vedada. O ato de exclusão possui natureza declaratória, que atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso ou permanência no regime simplificado desde data pretérita, ou seja, quando da constatação do evento proibitivo, na forma do que dispuser, no caso concreto, a legislação de regência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, **por maioria de votos**, negar provimento ao recurso voluntário, vencido o Relator que dava provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Presidente e Redator Designado

(assinado digitalmente)

Luciano Bernart - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo, Luis Pagano Goncalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Wilson Kazumi Nakayama (suplente convocado), Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário (fls. **57-65** e docs. anexos) interposto em face de Acórdão da DRJ/CGE (fls. **47-51**), por meio do qual o referido órgão julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade (fls. **22-29** e docs. anexos), de forma a manter a exclusão da Contribuinte do Simples Nacional.

I. Ato Declaratório Executivo (ADE) e Manifestação de Inconformidade

2. Em desfavor da Contribuinte foi emitido Ato Declaratório Executivo DRF/JOA-SC n.º 92, de 06 de agosto de 2014. O ADE declarou a exclusão da Contribuinte do Simples Nacional a partir de 1º de setembro de 2011, tendo como motivo o fato da Excluída ter comercializado mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, de acordo com o art. 29, VII da Lei Complementar n.º 123/06. Além da exclusão, a Contribuinte foi impedida de realizar nova opção pelo citado Regime por três anos-calendários seguinte à sua exclusão, de acordo com art. 29, § 1º da Lei Complementar n.º 123/06.

3. A Contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade, na qual alegou, em síntese, o seguinte, conforme a transcrição do relatório do Acórdão da DRJ:

Cientificada em 14/08/2014 (fls. 20), apresentou manifestação de inconformidade em 15/09/2014 (fls. 22-29) alegando, em síntese, o seguinte:

a) que recebeu com surpresa a decisão de exclusão, eis que até o momento desconhecia qualquer notificação sobre a existência do procedimento administrativo referente aos fatos ocorridos em 12/09/2011, quando foram apreendidos 340 maços de cigarros, conforme Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal;

b) não foi notificada do auto de infração referido, estando em branco o campo respectivo, e nem consta qualquer tentativa de notificação, restando ferido o direito ao contraditório e à ampla defesa que o DL n.º 1.455/1976 confere à contribuinte, estando todo o procedimento eivado de vícios, devendo todo o processo fiscal ser declarado nulo e todos os atos subseqüentes;

c) existe processo criminal pendente de julgamento, que tramita perante a 1ª Vara Federal de São Miguel do Oeste, encontrando-se na fase recursal, tendo o juízo de primeiro grau rejeitado a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, tendo o juiz aplicado o princípio da insignificância, conforme entendimento do STJ e TRF da 4ª Região, não podendo a Receita Federal imputar-lhe crime de determinado fato quando nem mesmo a Justiça competente assim o considerou, não havendo de se falar que o crime de contrabando e/ou descaminho é formal e, portanto, já teria sido consumado, pois o que está em discussão é o fato de existir ou não culpabilidade. Desse modo, inexistindo sentença criminal condenatória transitada em julgado, é considerada inocente, pelo que requer a extinção do presente processo, ou, a suspensão deste procedimento até o trânsito em julgado da ação penal acima, sob pena de violação dos princípios do contraditório, ampla defesa e da presunção de inocência previstos na Constituição Federal;

d) pleiteou, ainda, a aplicação do princípio da insignificância aplicáveis nos crimes de contrabando e descaminho, conforme decisão do STJ, REsp 573.398, m rel. Min. Felix Fischer, inclusive crimes tributários quando o débito não ultrapassa a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), consoante decisão do STF citado no HC 121.655 MC/PR, Min. Luiz Fux, j. 19/03/2014;

e) ou, caso contrário, que sejam analisados e aplicados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pois embora o art. 29, inciso VII da LC n.º 123/2006 seja claro ao especificar a exclusão de ofício da empresa que comercializa mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, é totalmente desproporcional e foge da razoabilidade que seja aplicada de forma absoluta a todos os casos, consoante doutrina citada;

f) os fatos ocorreram em setembro de 2011 e somente em agosto de 2014, quase três anos depois, foi notificada da exclusão, sendo que esta demora do Fisco causou-lhe inúmeros prejuízos, pois os efeitos da decisão retroagirão ao mês de setembro de 2011, sendo quase três anos de impostos, multas e demais penalidades pelos quais não deu causa. Tendo o processo ficado parado por quase dois anos não se pode dizer que a ele se aplica o princípio da eficiência, previsto no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, não se admitindo que as conseqüências da mora administrativa sejam atribuídas à contribuinte;

g) discorreu ainda sobre a função social da empresa e requereu a reconsideração da penalidade aplicada;

h) requereu a suspensão da imposição de penalidade constante do Ato Declaratório impugnado.

Por fim, requereu a anulação de todo o processo e dos atos nele praticados, pelos vícios apontados, e sua extinção por não haver sentença criminal condenatória transitada em julgado, sendo considerada inocente, ou, a suspensão deste processo até o trânsito em julgado da Ação penal que tramita na 1ª Vara Federal de São Miguel do Oeste e os demais pedidos acima.

Juntou os documentos de fls. 30 e seguintes.

É o relatório.

II. DRJ e Recurso voluntário

4. A Delegacia da Receita de Julgamento se pronunciou pela Improcedência da Manifestação de Inconformidade, nos seguintes termos da Ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

**ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO.
CONTRABANDO/DESCAMINHO.**

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

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

5. Em suma, o órgão julgador decidiu que não cabe discussão de constitucionalidade em processo administrativo fiscal, de acordo com o art. 26-A do Dec. 70.235/72. Também não haveria cerceamento de defesa, nem violação do contraditório e da

ampla defesa pelo fato de que a Manifestação da Contribuinte teria efeito suspensivo, logo não haveria nenhum prejuízo em sua defesa. Pelo fato dos valores serem inferiores ao valor de execução não impede que lhes sejam aplicados os efeitos previstos em lei, nem é possível aplicar o princípio da insignificância, pois a atividade do fiscal é vinculada. Não haveria decadência pelo fato de ter decorrido três anos entre o fato e a lavratura do ADE. A decisão judicial que não aceitou a denúncia contra o crime tem efeitos criminais e não tributários.

6. Inconformada da decisão da DRJ, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, por meio do qual transcreveu os argumentos apontados na Manifestação de Inconformidade. Ao final requereu a anulação de todo o processo e dos atos nele praticados, pois não foi verificada a intimação da impugnante em nenhum documento; extinção do processo por não haver sentença criminal condenatória transitada em julgado, sendo a Recorrente inocente; suspensão do presente processo até o trânsito em julgado da ação penal n.º 5001583-64.2012.404.7210, em trâmite na 1ª Vara Federal de São Miguel do Oeste, sob pena de violação do contraditório e ampla defesa, bem como da presunção de inocência; aplicação do Princípio da Insignificância; observância da razoabilidade e proporcionalidade; subsidiariamente a irretroatividade da exclusão do Simples Nacional.

7. Não foram apresentadas contrarrazões pela Fazenda Nacional.
8. É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luciano Bernart, Relator.

III. Tempestividade

9. Com base no art. 33 do Decreto 70.235/72 e na constatação da data de intimação da decisão da DRJ (fl. **55 – 31/07/2015**), bem como do protocolo do Recurso Voluntário (fl. **57– 31/08/2015**), conclui-se que este é tempestivo.

IV. Objeto de análise e procedimentos para a exclusão

10. Importante ressaltar que o objeto deste processo se delimita pela análise da exclusão da Recorrente do Simples, por meio do ADE indicado anteriormente. Isto ocorre porque a própria Recorrente o coloca como pedido o cancelamento da sua exclusão, porque o Acórdão da DRJ tem o procedimento da exclusão como objeto, mas também porque os procedimentos de exclusão do Simples Nacional, previstos nos art. 28 e seguintes da Lei Complementar n.º 123/06, podem, na maioria dos casos, tramitar autônoma e independentemente. Esta constatação se faz importante porque a Recorrente alega que houve omissão em procedimentos, que a seu ver, seriam indispensáveis para a emissão do Ato Declaratório Executivo, o que não se constata. A exclusão, prevista pelos arts. 28 e 29 da LC 123/06, não demanda procedimentos preparatórios, tão somente a subsunção, comprovada por meio de conteúdo probatório nos autos. Assim, a lavratura do ADE foi procedida de maneira adequada, pois não há necessidade de procedimento prévio para sua emissão e notificação ao contribuinte.

V. Processo criminal

11. A Recorrente alega que não poderia ser excluída do Simples sem que a ação criminal que tratava dos atos que originaram a exclusão não havia transitado em julgado. Tal ação estaria tramitando na 1ª Vara Federal de São Miguel do Oeste, mas ainda sem trânsito em julgado, inclusive, com decisão favorável à Ré, pelo fato do Juízo de primeiro grau não ter aceitado a denúncia.

12. Efetivamente se entende que uma decisão judicial favorável à Ré poderia fazer diferença no julgamento destes autos de processo administrativo, contudo, ao pesquisar sobre o andamento do processo judicial citado, que trata sobre o crime de contrabando de cigarros, percebeu-se que ele chegou até o STJ, onde tal Corte decidiu pela alteração da decisão de primeiro grau, de forma que esta aceitasse a denúncia contra a Ré. Transcreve-se abaixo parte da decisão do Acórdão do REsp n.º 1.525.181-SC (2015/0083499-3).

A insurgência merece prosperar.

A importação não autorizada de cigarros constitui o crime de contrabando, insuscetível de aplicação do princípio da insignificância.

Nesse sentido, menciono: "a introdução de cigarros em território nacional é sujeita à proibição relativa, sendo que a sua prática, fora dos moldes expressamente previstos em lei, constitui o delito de contrabando e não

descaminho, inviabilizando a incidência do princípio da insignificância" (AgRg no REsp n. 1.399.327/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJe 3/4/2014).

[...]

Assim sendo, em se tratando de crime de contrabando, é incabível a aplicação do princípio da insignificância ao caso em exame, consoante jurisprudência consolidada desta Corte.

À vista do exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, dou provimento ao recurso especial, para, afastada a atipicidade da conduta perpetrada pela ora recorrida, determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem, para que prossiga no julgamento do feito.

13. No retorno dos Autos ao Juízo singular em São Miguel do Oeste, a Ré aceitou o benefício previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, o qual suspendeu o processo desde que houvesse o cumprimento das condições estipuladas. Transcorrido o prazo e cumpridas as condições pela Ré, foi então reconhecida a extinção da punibilidade, conforme se observa dos termos da transcrição de parte da sentença da 1ª Vara Federal de São Miguel do Oeste, a Ação Penal de nº 5001583-64.2012.4.04.7210/SC.

Cuida-se de Ação Penal proposta pelo Ministério Público Federal em face de ZENILDE MARIA BAZZOTTI pela prática, em tese, do delito previsto no artigo 334, parágrafo 1º, alínea "c" do Código Penal Brasileiro, na redação anterior à dada pela lei n. 13.008/2014. Proposto à acusada o benefício previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95, houve aceitação, restando o processo suspenso (evento 25). Decorrido o período de prova, constatou-se o cumprimento integral das condições estipuladas (evento 44).

O Ministério Público Federal se manifestou pela declaração de extinção da punibilidade do acusado (evento 47).

É o relatório.

Extrai-se dos autos que todas as condições impostas a ZENILDE MARIA BAZZOTTI foram devidamente cumpridas, seja o pagamento da prestação pecuniária e das custas processuais, seja o comparecimento bimestral ao juízo.

Não houve, durante o período de prova, revogação do benefício.

As certidões juntadas aos autos revelam a inexistência de antecedentes criminais durante o cumprimento das condições (evento 49).

Diante do exposto, declaro **EXTINTA A PUNIBILIDADE** de ZENILDE MARIA BAZZOTTI, à luz do disposto no art. 89, § 5º, da Lei n.º 9.099/95.

14. Transitada em julgada a sentença, contata-se que não houve análise do mérito da ação, não desconstituindo, portanto, a acusação de contrabando, mas extinguindo a punibilidade. Como o eventual reflexo positivo da ação judicial dependeria de um reconhecimento de que não houve a realização de crime, o que não houve, e não há motivo para não reconhecer sua existência, entende-se que o argumento da Recorrente não deve ser procedente.

VI. Princípios da insignificância, razoabilidade e proporcionalidade

15. Como visto acima, na decisão do STJ, o Ministro entendeu que não seria o caso de aplicação do Princípio da Insignificância pela natureza do crime, por ser entendimento sedimentado daquela Corte. Se assim o é no Judiciário, não há de ser diferente administrativamente. Inclusive por força da aplicação do art. 26-A do Dec. 70.235/72 e da Súmula 2 do CARF, a qual prevê que O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Assim, não há como se anular a exclusão com base nos Princípios indicados.

VII. Demora administrativa e irretroatividade da lei

16. A Recorrente alega que houve demora em sua exclusão, 3 anos, o que lhe prejudicaria muito, pois teria de recolher todos os tributos neste período. Alega, inclusive, a irretroatividade de lei.

17. Quanto ao tempo que levou entre os fatos e a emissão do ADE, tem-se a dizer que não é comum tal demora, tratando-se de uma exceção, contudo, é de se reconhecer também que não há previsão legal que impeça de ser realizado tal ato administrativo neste período. Não havendo proibição neste aspecto, deve o ato ser reconhecido.

18. Quanto à irretroatividade de lei, deve-se ressaltar que não está a se tratar de lei aqui, mas sim do Ato de reconhecimento. A LC 123/06 estava em vigor quando os fatos se sucederam. Por outro lado, trata-se do Ato de Exclusão, o qual, no contexto que se encontra, sempre vai se “retroativo”, no sentido de que a constatação de infrações somente pode ser feita depois que elas ocorrem. Não há como o ato de exclusão ser emitido antes da ocorrência da infração. Assim, depois de constatada a infração, a autoridade declara por meio do ADE que o contribuinte foi excluído do Simples.

VIII. Função social da empresa

19. Sobre a função social da empresa, pode-se dizer que esta é muito importante para o desenvolvimento econômico da República, contudo, não se pode elidir a responsabilidade em virtude de infração, bem como de seus efeitos, em razão de tal argumento. Especialmente porque a lei dispõe sobre a forma de agir.

IX. Critério material da norma de exclusão

20. O enquadramento legal para a exclusão da Recorrente do Simples está disposto no art. 29, inciso VII da LC 123/06, cuja redação é a seguinte:

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

[...]

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

21. Mesmo sabendo que há posições fundamentadas diversas nesta Turma a respeito da materialidade prevista na infração, que é a de “comercializar” mais o complemento, entende-se que o legislador não permitiu que a presunção fosse utilizada. Pois se assim o fosse, o dispositivo conteria outros elementos, permitindo uma interpretação mais ampla ou até subjetiva, como por exemplo, se o dispositivo previsse que a intenção de comercializar mercadorias objeto

de contrabando ou descaminho fosse o motivo para a exclusão. Poderia ainda estabelecer que a exposição de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho à venda caracterizaria a infração, entretanto, não o fez. Por outro lado, o legislador utilizou o termo “comercializar”, o qual se caracteriza como ação, a de fazer a mercadoria circular no comércio.

22. Da análise do Auto de Infração (fl. 4), extrai-se que as mercadorias estavam expostas à venda, contudo, não indicam que houve ou estava havendo comercialização delas, no sentido prático, acima exposto. Assim, por mais que se possa ter certeza de que as mercadorias seriam comercializadas, se parte já não o foi, não se constatou o critério material da conduta prevista pelo art. 29, VII da LC 123/06. Desta forma, entende-se que a exclusão com base neste artigo não se sustenta, devendo ela ser cancelada.

X. Conclusão

23. Diante do exposto, voto no sentido de conhecer o Recurso Voluntário, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, de forma a cancelar a exclusão da Contribuinte do Simples Nacional, pois não foi constatada a materialidade da infração em seus atos.

(assinado digitalmente)

Luciano Bernart

Voto Vencedor

Conselheiro Paulo Mateus Ciccone - Redator designado

O Colegiado, por maioria de votos de seus membros, divergiu do entendimento do I. Relator Luciano Bernart quando deu provimento ao RV da recorrente no sentido de afastar a sua exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL.

Conforme entendimento do I. Conselheiro, *“da análise do Auto de Infração (fl. 4), extrai-se que as mercadorias estavam expostas à venda, contudo, não indicam que houve ou estava havendo comercialização delas, no sentido prático, acima exposto. Assim, por mais que se possa ter certeza de que as mercadorias seriam comercializadas, se parte já não o foi, não se constatou o critério material da conduta prevista pelo art. 29, VII da LC 123/06. Desta forma, entende-se que a exclusão com base neste artigo não se sustenta, devendo ela ser cancelada”*.

Para finalizar assentando que, *“voto no sentido de conhecer o Recurso Voluntário, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, de forma a cancelar a exclusão da Contribuinte do Simples Nacional, pois não foi constatada a materialidade da infração em seus atos”*.

Ainda no dizer do I. Conselheiro, *“mesmo sabendo que há posições fundamentadas diversas nesta Turma a respeito da materialidade prevista na infração, que é a de “comercializar” mais o complemento, entende-se que o legislador não permitiu que a presunção fosse utilizada”*.

Nesse contexto, embora fortemente embasado como sempre ocorre com os votos do I. Conselheiro, com a devida vênia, faço leitura diferente dos temas aqui abordados.

Explico minha posição.

De plano, para que não parem dúvidas, é consabido que o SIMPLES NACIONAL é regime que, além de trazer verdadeiro benefício fiscal aos contribuintes, não deriva de imposição legal, mas de opção da pessoa jurídica que, **se a ele resolver aderir, deve se submeter a todas as regras impostas, dentre estas, não comercializar mercadorias objeto de descaminho ou contrabando.**

Então, em via dupla, se o sistema é altamente compensador para as micro e pequenas empresas, de outro lado exige, para sua assunção e manutenção no regime, que não se pratiquem atos que infrinjam expressos dispositivos legais.

No caso concreto, basicamente o quadro estampado é o seguinte: a contribuinte foi excluída do regime do SIMPLES NACIONAL (LC nº 123/2006) *“em virtude da constatação de que a empresa comercializou mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, conforme disposto no artigo 29, inciso VII, da supracitada lei, observadas as alterações posteriores e de acordo com o disciplinamento constante da Resolução CGSN nº 94 / 2011”* (conforme ADE/JOA-SC nº 92, de 06

de agosto de 2014), gerando efeitos a partir de 1º de setembro de 2011. Além da exclusão, a Contribuinte foi impedida de realizar nova opção pelo citado Regime por três anos-calendários seguinte à sua exclusão, de acordo com art. 29, § 1º da Lei Complementar n.º 123/06.

Sobre o tema, explicitamente dispõe a legislação:

➤ LC n.º 123, de 14 de dezembro de 2006:

Da Exclusão do Simples Nacional

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

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

(...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

Obediente ao comando do artigo 28, supra citado, o Comitê Gestor do Simples Nacional, mediante a Resolução n.º 94, de 29 de novembro de 2011, regulamentou os dispositivos acima, dispondo:

Dos Efeitos da Exclusão de Ofício

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

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

f) comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

Pois bem, como mostram os autos, em ação fiscalizatória realizada pela Secretaria da Fazenda do Estado de Santa Catarina em 12/09/2011 (fls. 7/8), foram encontrados no estabelecimento da contribuinte cigarros de origem estrangeira, abaixo discriminados, internados irregularmente no país, caracterizando crime de contrabando:

TERMO DE INÍCIO E APREENSÃO-CONTRAB./DESCAMINHO

Razão Social:		CPF/CNPJ/IRG			
ZENILDE MARIA BAZZOTTI		80095003/000.1-95			
Endereço:		Cidade/CEP			
RUA MARCELIO DIAS 1480		São M. OESTE SC			
Transportador:		CGC/CPF	Placa		
Renavan	Cidade/Estado	Condutor	CNH		
As 11 horas do dia 12 do mês de Setembro do ano de dois mil e onze, foi iniciado no estabelecimento/ local acima identificado, nos termos dos arts. 115, 117 e 119 do Dec. 22.586/84, os seguintes procedimentos fiscais:					
APREENSÕES DE MERCADORIAS					
Quantidade	Unid	Identificação das Mercadorias	Vr. Unit	Tota l	
60 30	Cart	Cigarros c/20 unidades da marca BILL	1,50		
	Cart	Cigarros c/20 unidades da marca CALVERT	1,50		
	Cart	Cigarros c/20 unidades da marca CLASSIC	1,50		
	Cart	Cigarros c/20 unidades da marca EIGHTH	1,50		
	Cart	Cigarros c/20 unidades da marca EURO	1,50		
	Cart	Cigarros c/20 unidades da marca FOX	1,50		
	Cart	Cigarros c/20 unidades da marca HILLS	1,50		
	150	Cart	Cigarros c/20 unidades da marca HUDSON	1,50	
		Cart	Cigarros c/20 unidades da marca MILL	1,50	
		Cart	Cigarros c/20 unidades da marca PALADIUM	1,50	
50	Cart	Cigarros c/20 unidades da marca PALERMO	1,50		
	Cart	Cigarros c/20 unidades da marca POLO	1,50		
	Cart	Cigarros c/20 unidades da marca PLAZZA	1,50		
	Cart	Cigarros c/20 unidades da marca SAN MARINO	1,50		

Comunicada do fato, a Receita Federal, por sua Unidade em Joaçaba/SC procedeu à lavratura do correspondente AUTO DE INFRAÇÃO E TERMO DE APREENSÃO E GUARDA FISCAL n.º 0920300.00579/11, formalizado no Processo Administrativo n.º 10925.722926/2011-42 (fls. 3/6), tendo referido procedimento tramitado sem defesa por parte da interessada, levando à decretação de “revelia”, conforme Termo de 06/01/2012 (fls. 9).

Sequencialmente, foi elaborada pela Seção Aduaneira da DRF/JOAÇABA/SC, a devida Representação Fiscal (fls. 13/14) visando promover a exclusão da contribuinte do regime do SIMPLES NACIONAL pelo cometimento da infração delineada no artigo 29, inciso VII, da LC n.º 123/2006, tendo concluído o autor do procedimento:

“Face ao constatado, propomos a EXCLUSÃO DE OFÍCIO do interessado ora representado, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, com base no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar n.º 123/06, tendo em vista o estado de comercialização em que se encontravam as mercadorias objeto de contrabando ou descaminho”.

Representação que culminou com o ADE de exclusão, agora questionado pela recorrente.

Postos os fatos, ao voto.

Basicamente sustentou a recorrente que todo o procedimento e os atos nele praticados deveriam ser anulados pois não foi verificada a intimação da impugnante em nenhum documento; extinção do processo por não haver sentença criminal condenatória transitada em julgado, sendo a Recorrente inocente; suspensão do presente processo até o trânsito em julgado da ação penal nº 5001583-64.2012.404.7210, em trâmite na 1ª Vara Federal de São Miguel do Oeste, sob pena de violação do contraditório e ampla defesa, bem como da presunção de inocência; aplicação do Princípio da Insignificância; observância da razoabilidade e proporcionalidade; subsidiariamente a irretroatividade da exclusão do Simples Nacional.

Pois bem, em relação às matérias suscitadas em preliminares, o Colegiado, por unanimidade, acolheu o voto do Relator nesta parte e as afastou.

Quanto ao mérito, embora o RV tenha merecido provimento no voto do I. Relator, não foi esse o entendimento dos demais Conselheiros julgadores.

De fato, em que pesem os argumentos aduzidos pela recorrente, penso, em comunhão com a maioria do Colegiado, que razão não lhe cabe.

É inconteste que houve ação fiscalizadora da Secretaria da Fazenda do Estado de Santa Catarina junto ao estabelecimento da recorrente e que culminou com a localização e apreensão de mercadorias (cigarros) objeto de contrabando e que levou, na sequência, a que a Receita Federal, devidamente cientificada do procedimento, adotasse as medidas que a legislação impõe nestes casos, ou seja, a lavratura do correspondente AUTO DE INFRAÇÃO E TERMO DE APREENSÃO E GUARDA FISCAL nº 0920300.00579/11, formalizado no Processo Administrativo nº 10925.722926/2011-42 (fls. 3/6), tendo referido procedimento tramitado sem defesa por parte da interessada e finalizado com a decretação de “revelia”, conforme Termo de 06/01/2012 (fls. 9).

Na esteira dessa decisão, a mesma DRF/JOAÇABA/SC promoveu a exclusão da recorrente do SIMPLES NACIONAL em razão de comercialização de produtos objeto de contrabando, procedimento que implica na proibição de permanência da contribuinte no regime simplificado. A respeito, há expressa norma legislativa em plena vigência (art. 29, VII, da LC nº 123/2006), descabendo contra ela indispor-se.

De outro lado, para que não parem dúvidas, tenho convicção firmada sobre o assunto, já expressa em outros votos proferidos neste Colegiado no sentido de que, para fins de exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL, em casos como o que aqui se aprecia, com clareza solar estampa-se o cenário impeditivo previsto no inciso VII, do artigo 29, do dispositivo legal acima referido, ou seja, *“comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho”*.

E isso mais se robustece quando se sabe que, como diz clássico brocardo jurídico, *“ius non est textus sed contextus”*¹, de modo que, dos operadores do direito, se exige, mais que a simples aplicação do frio texto da lei, que perscrutem, investiguem, analisem e se

¹ em vernáculo, “o direito não é o texto, mas o contexto”

debruçam sobre os casos que lhes são trazidos para apreciação de forma a haver a interação devida entre a norma substantiva e a situação fática que deu origem ao procedimento.

Nesse tom, embora a leitura isolada e esparsa do texto legal possa direcionar no sentido de que, se a mercadoria foi apreendida, não será comercializada e, assim, não seria infringida a norma substantiva inserta no inciso VII, do artigo 29, da LC n.º 123/2006 (“**comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho**”), vejo que a fotografia que se descortina por trás desta aparente realidade é outra.

Assim, o largo espectro que se abre para a apreciação do julgador vai muito além do entendimento de que não bastaria a posse, guarda ou comprovação do contrabando, mas, exigir-se-ia a comprovada “*oferta das mercadorias ao público consumidor, para que seja possível enquadramento da norma aplicada*”.

Ao contrário, como já dito atrás, o direito não se funda apenas na forma, mas se compõe igualmente de indícios que podem levar ao verdadeiro estágio dos fatos. Em outras palavras, nem sempre aquilo que se exterioriza concretamente reflete a verdade que se esconde atrás do tapume que tenta vedá-la.

Então, entender que só “a venda” da mercadoria objeto de contrabando é que carimbaria a infração, posto que somente neste momento estaria ocorrendo a “comercialização” é afrontar os mais elementares conceitos do Direito Comercial e os preceitos em que se fundam os atos comerciais.

Como sabido, o ato comercial, a atividade mercantil, o exercício da mercancia (que é o ato, processo ou efeito de mercenciar), compõem-se de vários estágios, sendo a “venda” **apenas um deles**, que se alinha a outros, como o pedido contratado, a aquisição do produto, a forma da entrega, a tradição do bem, as condições do negócio, etc.

Nas palavras de Rogério Tadeu Romano, professor universitário e Procurador Regional da República aposentado, em artigo publicado na rede mundial de computadores em janeiro/2019, “*em regra, sempre que um comerciante executa um ato relativo à sua profissão, está praticando um ato de comércio subjetivo, como é o caso da compra e venda de mercadorias*” (destaque acrescido).

Carvalho de Mendonça² ao analisar o Código Comercial de 1.850 (embora hoje revogado em parte pelo Código Civil de 2002, mas com conceitos plenamente atuais), disserta que se considera mercancia “*a compra e venda ou troca para vender a grosso ou a retalho, as operações de câmbio, banco e corretagem, empresas de fábrica, de comissões, de depósito etc*”. (negritou-se).

² Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 1938

Para Dilson Dória³, “na **compra para revenda** e ulterior revenda temos uma troca de mercadorias e títulos de crédito e imóveis contra bens econômicos, geralmente contra dinheiro. Nas operações bancárias, temos uma troca mediata de direito presente contra dinheiro futuro, ou dinheiro contra dinheiro a crédito”. (ibidem).

Na mesma linha, a imprescindível lição de Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico (Vol.1, São Paulo: Saraiva. 1998, p. 656), para quem “*comercializar é 1. colocar algo no comércio; 2. criar objeto com possibilidade de ser explorado comercialmente, de ser vendido, fabricado ou exposto, de modo que possa render dinheiro*”.

Em suma, o conceito do termo ‘comercializar’ abrange não só o produto efetivamente vendido ao consumidor, mas também aquele produto criado com essa finalidade ou adquirido para esse fim.

Linha assumida pelo Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva (Ed. Forense – 17ª edição - 2000) ao definir que a expressão comércio, “*juridicamente, significa ou compreende a soma de atos mercantis, isto é, de atos executados com a intenção de cumprir a mediação, característica de sua finalidade, entre o produtor e o consumidor ...*”.

De outro lado, com o advento da Lei 13.008/2014, foi modificada a redação do Código Penal em que se definiam, em um único dispositivo, os crimes de descaminho e contrabando (ar. 334), passando o segundo a ter tipificação específica no art. 334-A, *verbis*:

Contrabando

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando;

II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente;

III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação;

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;

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)

³ Dilson Dória, Curso de Direito Comercial

§ 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.

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

Embora seja instrumento jurídico direcionado à área penal, é evidente que os “conceitos” trazidos no artigo acima reproduzidos direcionam para o mesmo entendimento esposado neste voto, ou seja, “comercializar” não é só “vender”, antes, este ato é apenas uma fração daquele, diga-se, é espécie da qual a primeira é gênero.

Claríssima a redação do § 1º, IV e V e § 2º do retro dispositivo e que, inelutavelmente, leva a este entendimento:

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

(...)

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;

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.

Essência que se extrai da própria etimologia do termo “comercialização”, ou seja, ação e efeito de comercializar que implica não apenas em colocar à venda um produto, **mas, antes, dar-lhe as condições e os meios de distribuição necessários para a sua venda**, o que indica, por óbvio, que ANTECEDENTEMENTE a esse ato final (venda) ocorreram inúmeros procedimentos que possibilitaram a entrada da mercadoria no estabelecimento do mercador e criaram a possibilidade de sua oferta ao público consumidor.

Em dizer bem claro, desde a entrada irregular no país de um produto proibido (contrabando), sua circulação pelo território brasileiro, sua estocagem no estabelecimento ou mesmo na residência do comerciante (§ 2º, do art. 334-A, do CP) e até sua operação derradeira com a tradição do bem ao comprador, TODAS essas operações, *per si* ou em conjunto, são atos inerentes à “comercialização”, por isso, sujeitos aos impositivos legais, INCLUSIVE, no que interessa, à proibição de permanência no regime do SIMPLES NACIONAL de contribuintes que os pratiquem, consoante disposição expressa do artigo 29, VII, da LC nº 123/2006, posto restar inequívoco nos autos que os produtos foram encontrados no estabelecimento da recorrente.

Em síntese, **o fato incontroverso** é que a Fiscalização localizou e apreendeu, **no estabelecimento da contribuinte**, mercadorias objeto de contrabando (cigarros) e que tinham finalidade comercial, situação que afronta o disposto no artigo 29, VII, da LC nº

123/2006, impondo a exclusão da pessoa jurídica do regime simplificado do SIMPLES NACIONAL, como ocorreu.

Contra essa inequívocidade estampada nos autos, a recorrente não conseguiu contrapor argumentos sólidos e provas suficientes.

Em síntese, eles (produtos objeto de contrabando) lá estavam e, dentro do conceito aqui trazido, destinavam-se a “comercialização”, por isso sujeitos à norma impositiva e excludente do dispositivo retro:

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 respeito do tema, é remansosa a jurisprudência administrativa do CARF neste sentido:

CIGARRO DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA, SEM DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DA IMPORTAÇÃO REGULAR.

Caracteriza infração às medidas de controle fiscal a posse e circulação de fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de procedência estrangeira, sem documentação comprobatória da importação regular, sendo irrelevante, para tipificar a infração, a propriedade da mercadoria.

OPÇÃO. CAUSA IMPEDITIVA LEGAL.

A legislação expressamente não admite o recolhimento dos tributos na forma do Simples Nacional pela microempresa ou empresa de pequeno porte que comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. (Ac. 1801-001.353 – Rel. Carmen Ferreira Saraiva- sessão de 06/03/2013).

Ementa: Assunto: Simples Nacional Ano-calendário:2009 EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando constatada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. (Inteligência do artigo 29, inciso, VII da Lei Complementar nº 123/2006) (Ac. 1802-002.008 – Rel. Ester Marques Lins de Souza - sessão de 17/02/2014)



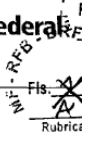
SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. CONTRABANDO E DESCAMINHO.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando restar configurada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

(Ac.1002000.386 – Rel. Breno do Carmo Moreira Vieira - Turma Extraordinária/2ª Turma – Sessão de 12 de setembro de 2018)

Destaque-se, por pertinente, não haver qualquer contestação em relação à apreensão e quantidade dos cigarros, ou seja, fato inconteste.

Igualmente comprovado que, em relação à apreensão formalizada no Processo n.º 10925.720795/2012-40, a contribuinte ficou inteiramente silente, transcorrendo o prazo para apresentação de defesa “*in albis*” com a decretação de revelia (fls. 9):

	Ministério da Fazenda		Receita Federal
PROCESSO Nº 10925-722.926/2011-42		 Rubrica	
INTERESSADA/O ZENILDE MARIA BAZZOTTI ME		CNPJ/CPF 80.095.003/0001-95	

TERMO DE REVELIA

Transcorrido o prazo regulamentar e não tendo o interessado impugnado a apreensão da mercadoria, cuja exigência consta neste processo, ou apresentado prova de haver interposto ação judicial para suspender ou anular o presente ato, lavro, nesta data, este termo para os devidos efeitos.

Joaçaba, SC, 06 de janeiro de 2012.

Com isso, a ação fiscal se consolidou e os fatos restaram comprovados.

Então, em face do que foi exposto neste voto e o que mais consta nos autos, restando **inequívoco que o ato de adquirir a mercadoria de procedência estrangeira faz parte dos chamados atos mercantis** e, comprovado que produtos objeto de contrabando (proibidos) foram encontrados DENTRO do estabelecimento da recorrente, entendo correto o procedimento da DRF/JOAÇABA/SC, expresso no Ato Declaratório Executivo DRF/JOA-SC n.º 92, de 06 de agosto de 2014, que excluiu a recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL (LC n.º 123/2006) “*em virtude da constatação de que a empresa comercializou mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, conforme disposto no artigo 29, inciso VII, da supracitada lei, observadas as alterações posteriores e de acordo com o disciplinamento constante da Resolução CGSN n.º 94 / 2011*”, observando-se que, nos termos do artigo 2.º, do ADE acima referido, “*os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir da data indicada acima (*), ficando impedida de realizar nova opção por esse regime pelos 3 (três) anos-calendário seguintes*”.

(*) 01/09/2011

CONCLUSÃO

Assim, voto por negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a decisão recorrida e ratificando a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL a partir de 1º de setembro de 2011, conforme expresso no artigo 2º do ato excludente.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone