



Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 10925.720312/2013-98
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-013.359 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 22 de setembro de 2022
Recorrente ZENILDE MARIA BAZZOTTI - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso do Contribuinte.

(Assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira – Presidente

(Assinado digitalmente)

Jorge Olmiro Lock Freire – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Rosaldo Trevisan, Tatiana Midori Migiyama, Jorge Olmiro Lock Freire, Valcir Gassen, Vinicius Guimaraes, Erika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Ceconello, Liziane Angelotti Meira, Ana Cecilia Lustosa da Cruz e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pelo contribuinte (fls. 93/103) em face do Acórdão nº 1402-005.031 (fls. 70/88), de 14/10/2020, o qual restou assim ementado:

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**

peças 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.

O despacho de fls. admitiu parcialmente o apelo especial do contribuinte em relação às matérias (2) “**interpretação divergente da LC nº 123, 2006, art. 29, VII – sentença penal condenatória**” e (3) “**ausência de notificação do auto de infração – cerceamento de defesa – nulidade absoluta do procedimento administrativo**”.

Em relação à matéria do item 2 acima, entende a recorrente que por ter sido extinta sua punibilidade no processo penal 5001583-64.2012.404.7270, sem que houvesse qualquer condenação, não poderia ser considerada sua conduta como infração ao art. 29, VII, da LC 129/2006, pois, a seu juízo, tal norma somente poderia ser aplicada se houvesse sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Acresce que o referido dispositivo legal utilizado para excluir do SIMPLES trata de “comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho” e não de mera “apreensão de mercadorias”.

Já quanto à matéria do item 3, aduz que não foi notificada do auto de infração, tendo sido apenas notificada quando da apreensão das mercadorias (cigarros de procedência estrangeira sem prova de sua regular importação) do Termo de Início e Apreensão-Contrabando/Descaminho. Em função desse fato, entende que lhe foi cerceado seu direito de defesa, pois não teria sido cientificada do auto de infração, seja pessoalmente, seja por edital, nos termos do art. 27, do Decreto-lei 1.455/76. Diante desse fato, pede que “todo o processo fiscal seja declarado nulo e todos atos subsequentes”, bem assim, portanto, o Ato Declaratório Executivo DRF/JOA-SC nº 92, de 14/08/2014, que a excluiu do SIMPLES NACIONAL.

Em contrarrazões (fls. 144/152), a Fazenda Nacional requer que seja negado provimento ao recurso do contribuinte.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jorge Olmiro Lock Freire - Relator

Conheço do recurso nos termos em que processado.

I - FATOS

Conforme consta dos 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.

ESTADO DE SANTA CATARINA
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
CECOP - Conselho Estadual de Combate à Pirataria - 8ª Regional Chapecó/SC

TERMO DE INÍCIO E APREENSÃO CONTRABUSCANDO

Razão Social: **ZENILDE MARIA BARZOTTI** CPE/CNPJ/RG: **8.0045003/0001-95**
Endereço: **RUA MARCELO DIAS 1480** Cidade/UF: **Chapecó/SC**
Transportador: **CECOP** CGC/CPF: **000.000.000/0001-95**

Ronavan: **12** Cidade/Estado: **Chapecó/SC** Condutor: **CECOP** CNH: **12**

As **12** 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. 26.586/96, os seguintes procedimentos fiscais:

Quantidade	Unid.	Identificação das Mercadorias	Vr. Unit	Tota l
50	Cart	Cigarros c/20 unidades da marca BILL	1,50	
130	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 EIGHT	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	
	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	
	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 PLAZA	1,50	
	Cart	Cigarros c/20 unidades da marca SAN MARINO	1,50	

As mercadorias acima mantidas em estoque sem documentação fiscal para fins de comercialização será encaminhada a unidade da Receita Federal p/ instauração de processos, de acordo com o artigo 453 do RIPI/2002, dispondo o interessado de 24 horas para apresentar os documentos que comprovem a regularidade da mercadoria, sob pena de perdimento destas, nos termos do art. 618 inciso X do Regulamento Aduaneiro, Dec. 4.543/02.

TERMO DE LACRAÇÃO DE VOLUMES

Declaro que presenciei a lacração de **130** volumes numerados de **1** a **130** identificados como Box nº **130** produtos de **130** unidades da mercadoria acima discriminada, no Depósito de Mercadorias da Receita Federal de Chapecó/SC.

No caso de não comparecimento a fiscalização procederá o ofício a abertura dos volumes para as providências legais pertinentes, nos termos do artigo 96 da Lei nº 10.296 de 26/12/96, que se tratando de mercadorias estrangeiras e pirateadas acarretará em pena de perdimento conforme artigo 618 inciso X do Regulamento Aduaneiro, Dec. 4.543/02.

TERMO DE ARBITRAMENTO DE VALORES DAS MERCADORIAS

A determinação dos preços das mercadorias foi efetuada com base em operações semelhantes realizadas por outros contribuintes, que no cigarro aplica-se o preço da Classe I, com código 2402.20.00 da TIPI, preço econômico sobre a tabela de venda a varejo, e os demais produtos sobre preços semelhantes de mercado, podendo os preços determinados serem contestados, em redenção administrativa, em cumprimento ao disposto no artigo 18 da Lei Estadual 10.297 de 26/12/96.

Aos **12** dias do mês de Setembro do ano de dois mil e onze, concluímos o procedimento de apreensão das mercadorias acima e o presente termo encaminhamos à aplicação da multa correspondente ao ICMS conforme disposto na Lei 10.297 de 26/12/1996. E, para constar, lavramos o presente Termo, conforme o disposto no artigo 117 do Regulamento de Normas Gerais do Direito Tributário do Estado de Santa Catarina, aprovado pelo Decreto nº 22.886 de 27/05/84, art. 2º, inciso I, alínea "a" e do CONVÊNIO ICMS 159 de 13/12/02 entre a SRF e as Secretarias da Fazenda dos Estados, que vai assinado pelos abaixo e o infrator que declara ter recebido uma via do presente Termo.

Contribuinte Responsável: **Zenilde M. Barzotti** CPE/CNPJ/RG: **8.0045003/0001-95**
Assinatura: **Zenilde M. Barzotti** Matr.: **148.838-4** Assinatura: **148.838-4**
Autoridade Fiscal: **Alduino Celere** Matr.: **142.620-6** Assinatura: **142.620-6**
Autoridade Policial: **Alacir A. Gresselt** Matr.: **926714-4** Assinatura: **926714-4**
Agente Recebedor/SRF: **Sd. PM Márcio R. Bento** Matr.: **926714-4** Assinatura: **926714-4**

Vê-se que a Sra. Zenilde, proprietária do estabelecimento e ora apelante, tomou ciência pessoal dessa apreensão feita pelo Fisco estadual de Santa Catarina.

Abaixo das mercadorias discriminadas no termo acima transcrito, consta o seguinte: "As mercadorias acima mantidas em estoque sem documentação fiscal para fins de comercialização será encaminhada a unidade da Receita Federal p/instauração de processos de acordo com o artigo 453 do RIPI/2002, dispondo o interessado de 24 horas para apresentar os documentos que comprovem a regularidade da mercadoria, sob pena de perdimento destas, nos termos do art.618, inciso X do Regulamento Aduaneiro, Dec. 4.543/02".

Comunicada do fato, a Receita Federal, por intermédio de 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).

Na sequência, 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 disposta 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".

Essa representação culminou com o ADE de exclusão, ora contestado.

Esses são, em síntese, os fatos.

II - DECIDO

CERCEAMENTO DIREITO DE DEFESA

Inconteste que houve ação fiscalizatória da Secretaria da Fazenda do Estado de Santa Catarina junto ao estabelecimento da recorrente, o qual culminou com a localização e apreensão de mercadorias (cigarros) objeto de contrabando. Tal fato levou, na sequência, que a Receita Federal, devidamente cientificada do procedimento, adotasse as medidas que a legislação impõe nesses 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).

E, gize-se, que no Termo de Apreensão do Fisco de SC, como suso transcrito, foi dada ciência pessoal à ora recorrente para que em 24 horas apresentasse à RFB documentação que comprovasse sua regular importação sob pena de ter declarado o perdimento de sua mercadoria (art. 618, X, do RA/2002¹) por configurar dano ao Erário.

Na esteira do referido auto de infração, 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. Veja-se seu teor:

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

(...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

Ora, sendo incontestável que a mercadoria apreendida era de procedência estrangeira, e tendo a recorrente sido intimada pessoalmente pelo Fisco/SC a fazer prova, em 24 horas, frente à RFB de sua documentação, não identifico que eventual vício no auto de infração e termo de apreensão e guarda, tenha causado qualquer prejuízo à defesa da recorrente. A revelia foi decretada porque em 24 horas a recorrente não se pronunciou em relação ao Termo do Fisco de SC.

Ademais, quando da impugnação ao ADE, teve a recorrente outra oportunidade de fazer prova de sua regular importação, mas, novamente, não o fez.

Com efeito, a meu sentir, resta evidente que não houve cerceio ao direito de defesa da recorrente.

SENTENÇA PENAL

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,

¹ Art. 618. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-lei no 37, de 1966, art. 105, e Decreto-lei no 1.455, de 1976, art. 23 e § 1º, com a redação dada pela Lei no 10.637, de 2002, art. 59): (Redação dada pelo Decreto nº 4.765, de 24.6.2003)

...

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

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

No tocante à ação judicial e a presunção de inocência, é necessário distinguir a decisão criminal em 1ª instância judicial e sua repercussão na esfera administrativa.

Sem embargo, pelos termos da decisão judicial (fls. 36-38), a contribuinte obteve provimento favorável rejeitando a denúncia penal oferecida pelo Ministério Público Federal com fulcro no princípio da insignificância, mas apenas para fins da persecução criminal, e não tributária, como é o caso aqui tratado na esfera administrativa.

Nesse sentido, o Juiz Federal bem acentuou em sua decisão:

Nesse contexto, registro que já está firmemente assentado na jurisprudência brasileira, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que em se tratando de delitos contra a ordem tributária a persecução penal não mais se justifica, diante da subsidiariedade do direito penal, quando nem mesmo subsista o interesse da Fazenda Pública em cobrar judicialmente os valores sonegados pela conduta, em tese, delituosa.

(...)

Ressalto, ainda, conforme já apontado acima, que o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a baixa periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, fatores estes que se mostram presentes na hipótese em análise.

Concluindo, pelas razões acima verifica-se claramente que tais postulados adotados pela Justiça levaram em consideração única e exclusivamente a persecução penal, não se estendendo à instância administrativa. Tal só ocorreria se a decisão criminal declarasse que o fato imponível não ocorreu, o que não é o caso.

Dessarte, é de ser mantida a r. decisão.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso do contribuinte.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Jorge Olmiro Lock Freire