



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12719.720209/2015-71
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-014.361 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 19 de setembro de 2023
Recorrente NEUZA APARECIDA ALBINO BAUMGART
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. ANÁLISE. EXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTO PRÓPRIO. DECISÃO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NO PROCESSO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

Há procedimento próprio para a apuração da origem e natureza das infrações ligadas à comercialização de mercadorias advindas do exterior. Imaginar que, no curso do processo de exclusão do SIMPLES NACIONAL, fosse possível discutir novamente fatos apurados dentro de procedimento específico, com rito normativamente previsto, representaria não apenas a indevida reabertura de questão definitivamente julgada em âmbito administrativo, mas a própria usurpação de competência e desvirtuamento do modelo, eleito pelo legislador federal, para a apuração dos ilícitos aduaneiros. Considerando a precisa “divisão de trabalhos” estabelecida pelo legislador, injustificável a confusão de procedimentos com escopos bem definidos. No curso do processo de exclusão, inadmissível, pois, a reanálise de fatos e provas do processo de perdimento de mercadoria que lhe deu origem, cabendo apenas a análise de questões sobressalentes, relacionadas às normas de exclusão do SIMPLES NACIONAL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso especial interposto pelo Contribuinte, e, no mérito, por unanimidade de votos, em negar-lhe provimento.

Liziane Angelotti Meira – Presidente em exercício
(documento assinado digitalmente)

Vinícius Guimarães - Relator
(documento assinado digitalmente)

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rosaldo Trevisan, Tatiana Josefovicz Belisario (suplente convocada), Vinicius Guimaraes, Semíramis de Oliveira Duro, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Oswaldo Goncalves de Castro Neto, Cynthia Elena de Campos (suplente convocada), Liziane Angelotti Meira (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 9303-014.361 - CSRF/3ª Turma
Processo n.º 12719.720209/2015-71

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência, interposto pelo sujeito passivo, contra a decisão consubstanciada no Acórdão n.º. 1402-005.032:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. DELIMITAÇÃO DO OBJETO. ADE. DISCUSSÃO DE QUESTÕES ANTERIORES. IMPOSSIBILIDADE.

Não pode o contribuinte trazer à discussão de processo que discute o Ato Declaratório Executivo, questões, ainda que relacionadas ao ADE, que deveriam ter sido discutidas em momento anterior, mas por opção ou omissão deixou de fazê-lo.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO.

Na conjugação dos artigos 28, parágrafo único e 29, inciso VII, da Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006 e artigo 76, IV, “f”, da Resolução n.º 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.

Em seu Recurso Especial, o sujeito passivo suscita divergência interpretativa quanto à questão de saber se a **pena de perdimento de mercadorias** – aplicada em outro processo administrativo em que se verificou a revelia - **seria suficiente para ensejar a exclusão do regime simplificado de tributação** (SIMPLES NACIONAL) ou se, para tal exclusão, caberia à autoridade fiscal a prova da prática do ilícito previsto no art. 29, inciso VII da Lei Complementar n.º 123/2006 - comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. Aponta, como paradigma, o **Acórdão n.º. 1201-003.900**.

Em exame de admissibilidade, o despacho exarado pelo Presidente da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF deu seguimento ao recurso, trazendo as seguintes considerações:

Em suma, no acórdão recorrido o entendimento do Relator foi de que o contribuinte teve oportunidade de discutir a imputação de “contrabando/descaminho” no processo relativo ao auto de infração, e que não o tendo feito naquele processo, não caberia contestação neste feito, pois isto constituiria dupla oportunidade de defesa sobre o mesmo fato, desequilíbrio entre as partes processuais e risco de decisões administrativas antagônicas. O voto vencedor não discorda do Relator nesses pontos, e manifesta que pela ausência de constatação no processo relativo ao auto de infração, “a ação fiscal se consolidou e os fatos restaram comprovados”.

Fixado o entendimento da decisão recorrida, passa-se ao exame do paradigma.

“(…) a aplicação da pena de perdimento de bens em razão da não impugnação do contribuinte ao Auto de Infração de Apreensão de Mercadorias não se confunde com a impugnação ao ato de exclusão do Simples motivado no ato de comercializar mercadorias objeto de crime de descaminho. *Uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa.*

Lá, na perda de perdimento, a infração é aduaneira, mais ampla e impõe ao contribuinte o ônus de comprovar a regular importação de mercadorias por ele colocadas à venda ou mantidas em sua posse. Aqui, no crime de descaminho/contrabando para fins de exclusão do Simples, o ônus de motivar a tipificação é do fisco, que deve comprovar a materialidade de que o contribuinte de fato tenha importado ou adquirido mercadoria importada irregularmente e, mais ainda, que essas mercadorias tivera sido colocada à venda pelo contribuinte.

(…)

De fato, a exclusão do Simples com fundamento no art. 29, VII, da LC 123/06, exige mais do que a existência de Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias estrangeiras irregulares, devendo ainda, sob pena de ilegitimidade do ato, motivar e comprovar o ilícito em si (ou seja, o próprio descaminho ou contrabando), o que não ocorreu nesse caso concreto.

Lembre-se, nesse ponto, que o contribuinte é MEI que apresentou notas fiscais de aquisição no mercado interno, tendo postado as mercadorias para pessoa física, fato este que quando menos coloca em xeque sua participação na importação propriamente dita.

Enfim, da análise dos autos, entendo que não restou demonstrado que a Recorrente realmente tenha comercializado mercadoria objeto de crime de descaminho ou contrabando por ela cometido. ”

(grifos acrescidos)

Tanto no presente processo como no caso paradigma, os contribuintes contestam sua exclusão do regime simplificado de tributação. Em ambos casos a exclusão deu-se com base no art. 29, inciso VII, da LC 123/2006, pela comercialização de mercadorias objeto de contrabando/descaminho, por sua vez constatada em procedimento fiscal com auto de infração de perdimento, contra o qual o contribuinte não opôs defesa.

Ainda que o paradigma tenha acatado argumentos específicos daquele processo e sem paralelo neste caso - contribuinte MEI e notas fiscais de aquisição das mercadorias no mercado interno, elementos que a juízo do paradigma poriam “em xeque sua participação na importação propriamente dita” - é certo que o paradigma também manifestou entendimento no sentido de que a revelia no processo de auto de infração não afasta a necessidade de a Administração Tributária provar, especificamente para fins de exclusão do SIMPLES, que o contribuinte praticou o ilícito de contrabando/descaminho.

De outro lado, como visto, o acórdão recorrido fundamenta-se unicamente no entendimento de que a revelia do contribuinte no processo relativo ao auto de infração impede o posterior questionamento da imputação fiscal.

A divergência que justifica o reexame de matéria em via especial é aquela constatada entre decisões colegiadas que, apreciando situações semelhantes, divergem na interpretação do mesmo conjunto normativo, e de tal modo que, caso a interpretação do Colegiado paradigma fosse adotada pelo Colegiado recorrido, a decisão aproveitaria ao Recorrente.

Intimada, a Fazenda Nacional apresentou contrarrazões, sustentando, em síntese, que deve ser negado provimento ao recurso especial.

Fl. 4 do Acórdão n.º 9303-014.361 - CSRF/3ª Turma
Processo nº 12719.720209/2015-71

Voto

Conselheiro Vinícius Guimarães, Relator.

Do conhecimento

O recurso deve ser conhecido, nos termos do despacho de admissibilidade.

Do mérito

Em resumo, a controvérsia gira em torno de saber se a procedência das mercadorias, objeto de pena de perdimento em outro processo administrativo, no qual se configurou a revelia da recorrente, pode ser demonstrada no presente processo, para fins de invalidar o ato de exclusão do SIMPLES NACIONAL.

Sobre tal questão, o voto vencido – prevalecente neste ponto - do aresto recorrido se manifestou da seguinte maneira (destaquei partes):

IV. Comprovação da procedência das mercadorias e momento processual

10. A Recorrente apresentou documentação que comprovaria a procedência dos produtos apreendidos às fls. 63 e 64, conjuntamente com a Manifestação de Inconformidade. Alega que, ainda que não tenha apresentado no momento anterior e logo posterior à lavratura do Auto de Infração com a apreensão de mercadorias, teria o direito de fazê-lo agora, na defesa da exclusão do Simples Nacional.

11. Não se entende que tal alegação deva ter procedência. Isto porque o objeto do presente processo está em analisar a exclusão da Recorrente do Simples, que se deu com base no art. 29, inciso VII da Lei Complementar (LC) nº 123/06, o qual dispõe sobre a comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho. Quando da lavratura do Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias (AIAM) (fl. 5-7), **a Recorrente teve a oportunidade apresentar sua Impugnação contra tal ato administrativo, de forma a questionar a constatação administrativa de descaminho, no caso a importação irregular de mercadoria de origem estrangeira. Reabrir a possibilidade de discussão agora seria conceder duas vezes direito de defesa sobre o mesmo fato, fazendo com que haja desequilíbrio entre as partes processuais.** Ademais, a reabertura de possibilidade de defesa neste processo sobre tema que deveria ter sido debatido em outro momento e outro processo traz a perigosa possibilidade de fazer gerar duas decisões administrativas, mas antagônicas. Suponha-se que a Recorrente tivesse se defendido da lavratura do AIAM e que sua pretensão tivesse transitado em julgado como improcedente, mas que por algum motivo o julgamento neste processo fosse procedente, então se teria uma afronta à coisa julgada administrativa, consequentemente à segurança jurídica.

12. Diferentemente ocorre com a análise do restante do art. 29, como se dá abaixo, pois, uma vez constatada administrativamente que houve contrabando ou descaminho, então se parte para o restante da análise do texto legislativo e dos fatos, de forma a identificar se a exclusão do Simples se justifica ou não.

Como se vê, o acórdão recorrido parte do pressuposto de que a comprovação da procedência das mercadorias circunscreve-se ao processo que cuidou da pena de perdimento, não cabendo questionamentos, no presente processo, sobre o mérito daquele outro.

A recorrente diverge de tal entendimento. Sustenta que não houve comprovação da ocorrência de ilícito – qual seja, a comercialização de mercadorias objeto de contrabando e descaminho –, no âmbito do processo de exclusão do SIMPLES NACIONAL. Salienta que trouxe documentos, por ocasião da manifestação de inconformidade, que comprovariam a regularidade da importação de mercadorias. Assinala que não houve, no processo de perdimento, investigação profunda, que os elementos ali coligidos não permitem conclusão segura sobre contrabando ou descaminho das mercadorias. Aduz que o ato de exclusão deve ser cancelado.

Diversamente do que entende a recorrente, penso que a discussão acerca da procedência das mercadorias está restrita ao processo administrativo n.º 12719.720207/2015-81, o qual teve como escopo a específica apuração de comercialização de bens objeto de descaminho ou contrabando: caberia à recorrente, no processo próprio, apresentar provas da origem das mercadorias.

Entendo que o presente processo, que tem como objeto restrito a análise dos requisitos para exclusão do SIMPLES NACIONAL, não se estende ao campo de análise do outro processo administrativo de apuração de contrabando e descaminho, levado à cabo pela **autoridade aduaneira**, em rito próprio e com competência delimitada em diversos instrumentos normativos, entre os quais, podemos citar os dispositivos a seguir transcritos, extraídos do Regulamento Aduaneiro:

(...)

Art. 774. As infrações a que se aplique a pena de perdimento serão apuradas mediante processo fiscal, cuja peça inicial será o auto de infração acompanhado de termo de apreensão e, se for o caso, de termo de guarda fiscal (Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, art. 27, caput).

§ 1o Feita a intimação, pessoal ou por edital, a não-apresentação de impugnação no prazo de vinte dias implica revelia (Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, art. 27, § 1º).

§ 2o Considera-se feita a intimação e iniciada a contagem do prazo para impugnação quinze dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado.

§ 3o A revelia do autuado, declarada pela autoridade preparadora, implica o envio do processo à autoridade competente, para imediata aplicação da pena de perdimento, ficando a mercadoria correspondente disponível para destinação, nos termos dos arts. 803 a 806.

(...)

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 no 10.637, de 2002, art. 59):

(...)

IX - estrangeira, encontrada ao abandono, desacompanhada de prova do pagamento dos tributos aduaneiros;

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

(...)

XX - importada ao desamparo de licença de importação ou documento de efeito equivalente, quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa, na forma da legislação específica;

Como se vê, há procedimento próprio para a apuração da origem e natureza das infrações ligadas à comercialização de mercadorias advindas do exterior. Imaginar que, no presente processo, pudéssemos discutir novamente fatos apurados dentro de procedimento específico, com rito próprio normativamente previsto, representaria não apenas a indevida reabertura de questão definitivamente julgada em âmbito administrativo, mas, ainda, a própria usurpação de competência e desvirtuamento do modelo, eleito na legislação federal, para a apuração dos ilícitos aduaneiros, em especial para a verificação da procedência de mercadorias expostas à venda, depositadas ou em circulação comercial no país.

Há, portanto, por um lado, procedimento específico, com rito próprio e competência delimitada, para a apuração de eventuais ilícitos administrativos na esfera do comércio exterior, em especial, de contrabando e descaminho, e, por outro lado, procedimento administrativo próprio de exclusão do SIMPLES NACIONAL, que em nada se confunde com o primeiro, mas que dele pode decorrer, quando da ocorrência da hipótese prevista no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123.

Veja-se, nesse aspecto, que o processo de exclusão do SIMPLES é instaurado pela representação da autoridade aduaneira responsável pelo procedimento de verificação de procedência das mercadorias estrangeiras comercializadas, tendo como fundamento expresse, em seu ato normativo de exclusão, as conclusões fáticas alcançadas no processo de perdimento. Eis o trecho pertinente do ato de exclusão:

por ter sido constatada, em procedimento fiscal realizado em 16/04/2015, a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, incorrendo na situação excludente prevista no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006.

Observe-se que há uma precisa “divisão de trabalhos”, revelando-se, ao meu ver, injustificável a confusão de procedimentos precisamente definidos pela legislação federal. Assim, no curso do presente processo, revela-se inadmissível a reanálise de fatos já definitivamente assentados no âmbito do processo administrativo próprio: no presente processo, não há que se discutir o mérito do processo que lhe deu fundamento, mas apenas eventuais questões específicas que sejam relacionadas estritamente às normas de exclusão do SIMPLES NACIONAL.

Ainda como razões de decidir no presente voto, transcrevo as considerações do Conselheiro Fernando Brasil, em declaração de voto, por ocasião do **Acórdão nº. 9101-005.536**, de 15/07/2021:

(...)

Entretanto, quanto ao mérito, peço vênia para discordar do bem fundamentado voto. Conforme relatado, nos presentes autos discute-se a exclusão do contribuinte do Simples Nacional em razão da comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho.

Para o ilustre Conselheiro Relator, “não houve qualquer prova, cabal e definitiva, que a Contribuinte praticou a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho”.

Ocorre que o Ato Declaratório Executivo de exclusão do contribuinte do Simples Nacional foi emitido em razão do que ficou consolidado no processo administrativo nº 13971.724384/2014-28, no qual, após lavratura de Auto de Infração com apreensão mercadorias, o contribuinte, devidamente intimado, foi considerado revel. Em razão da definitividade do Auto de Infração lavrado, assim como da aplicação da pena de perdimento das mercadorias apreendidas, a Representação Fiscal para Fins Penais de que trata o processo nº 13971.722091/2015-97 foi encaminhada ao Ministério Público Federal, comunicando ao Parquet a “ocorrência de fatos que, em tese, configuram crime de Descaminho, definido pelo art. 334 do Código Penal”.

Considerando-se que o inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/20061 elenca como razão suficiente para exclusão do Simples Nacional o ato de “comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho”, não se exigindo condenação ou qualquer outras consequências para que a exclusão seja realizada, entendo que a matéria encontra-se definitivamente decidida no âmbito administrativo, não mais cabendo sua rediscussão nos presentes autos.

Admitir-se a análise dos fatos tratados em outro processo administrativo, com a devida vênia, abre a possibilidade, em tese, de termos decisões conflitantes sobre os mesmos fatos. Explico.

No caso concreto, o contribuinte não se defendeu no processo relativo ao Auto de Infração e em que foi aplicada a pena perdimento de bens apreendidos, mas poderia tê-lo feito.

A possibilidade de análise das provas ou circunstâncias que redundaram nas penalidades aplicadas no processo principal (com decisão definitiva no âmbito administrativo) ser analisada em processo decorrente possibilita, em tese, que, sobre

os mesmos fatos, hajam decisões conflitantes no âmbito administrativo, não passíveis de uniformização de entendimento, o que, com as escusas devidas aos que pensam em sentido contrário, demonstra a incorreção do procedimento adotado. Por essas razões, encaminhei, em primeira votação, por conhecer e negar provimento ao Recurso Especial.

Vencido nessa primeira rodada de votos, na sequência, encaminhei meu voto por CONHECER do Recurso Especial, e, no mérito, por DAR-LHE provimento parcial com retorno dos autos à turma a quo para exame das provas apresentadas pelo contribuinte quanto à suposta inocorrência de venda de mercadorias objeto de descaminho.

Por fim, ainda como razões suplementares de decidir, adoto os fundamentos a seguir transcritos, extraídos do voto vencedor do aresto recorrido:

(...)

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) “por ter sido constatada, em procedimento fiscal realizado em 16/04/2015, a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, incorrendo na situação excludente prevista no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006” (conforme ADE/FNS-SC nº 119, de 29 de julho de 2016), gerando efeitos a partir de 1º de abril de 2015. 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 nº 123/06.

Sobre o tema, explicitamente dispõe a legislação:

LC nº 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 nº 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 nº 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, **mediante ação fiscalizatória realizada pela Equipe de Fiscalização Aduaneira da Inspeção da Receita Federal em Florianópolis/SC, em cumprimento à Ordem de Vigilância e Repressão - OVR nº 19/2015-01, constatou-se, no estabelecimento da recorrente, a existência de**

mercadorias de origem ou procedência estrangeira que não se apresentavam acompanhadas de documento fiscal, as quais “foram objeto de retenção, conforme Termo de Lacração de Volumes - TLAVO nº OVR 19/2015-01 por conterem indícios de infração punível com pena de perdimento - mercadoria estrangeira exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no país, se não for feita prova de sua importação regular (art. 105, inciso X, do DL 37/66, regulamentado pelo artigo 689, inciso X, do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 6.759/2009 e art. 23, inciso IV, e parágrafo único do DL 1455/76)”.

Referidas mercadorias foram arroladas no Auto de Infração com Apreensão de Mercadorias nº XR01250, de 21/12/2015 (fls. 5/7):

(...)

Referido procedimento foi formalizado no Processo nº 12719.720207/2015-81, que tramitou sem defesa por parte da interessada, levando à decretação de “revelia”, conforme Termo (fls. 20), com pena de “perdimento” (Despacho Decisório – ibidem).

Sequencialmente, foi elaborada a devida Representação Fiscal (fls. 3/4) visando promover a exclusão da contribuinte do regime do SIMPLES NACIONAL pelo cometimento da infração delineada no artigo 29, inciso VII, da LC nº 123/2006, tendo concluído o autor do procedimento:

“Face ao constatado, propomos a EXCLUSÃO DE OFÍCIO do sujeito passivo aqui 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 nº 123/06, tendo em vista que o sujeito passivo efetuou a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. Conforme disposto no art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123/06, no art. 6º, inciso VI, da Resolução CGSN nº 15/2007 e no art. 10 da Resolução CGSN nº 20/2007, a exclusão aqui proposta deve surtir efeito a partir de 16/04/2015”.

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

Postos os fatos, ao voto.

(...)

Deixando de lado os temas já enfrentados e repelidos pelo Relator e com quem concordo neste aspecto, enfrento a parte em que o recurso foi provido pelo voto vencido, ou seja, seu entendimento de que “da análise do Auto de Infração e do Termo de Lacração de Volumes (fl. 9), extrai-se que as “mercadorias estavam expostas à venda ou depositadas no estabelecimento”, 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”.

Em que pesem os argumentos aduzidos pela recorrente e, nesse particular, acolhidos pelo I. Relator, penso, em comunhão com a maioria do Colegiado, que razão não lhe cabe.

É incontestável que houve ação fiscalizadora da Receita Federal junto ao estabelecimento da contribuinte e que culminou com a localização e apreensão de mercadorias objeto de contrabando/descaminho e que levou, na sequência, à lavratura do correspondente AUTO DE INFRAÇÃO COM APREENSÃO DE MERCADORIA nº XR012500920300.00579/11, formalizado no Processo Administrativo nº 10925.722926/2011-42 (fls. 5/7), tendo referido procedimento tramitado sem defesa por parte da interessada e finalizado com a decretação de “revelia”, conforme Termo (fls. 20).

Na esteira dessa decisão, a DRF/FLORIANÓPOLIS/SC promoveu a exclusão da recorrente do SIMPLES NACIONAL em razão de comercialização de produtos objeto de contrabando/descaminho, 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”.

(...)

Então, entender que só “a venda” da mercadoria objeto de contrabando/descaminho 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 mercanciar), 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.

(...)

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.

(...)

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 rotulado como contrabando/descaminho, 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/descaminho, conforme rol elaborado pelo Fisco (fls. 6/7) e já reproduzido neste voto 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 inequivocidade estampada nos autos, a recorrente não conseguiu contrapor argumentos sólidos e provas suficientes.

Em síntese, eles (produtos objeto de contrabando/descaminho) lá estavam e, dentro do conceito aqui trazido, destinavam-se a “comercialização”, por isso sujeitos a 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:

(...)

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

Igualmente comprovado que, em relação à apreensão formalizada no Processo Administrativo nº 10925.722926/2011-42, a contribuinte quedou-se inteiramente silente, transcorrendo o prazo para apresentação de defesa “in albis” com a decretação de revelia (fls. 20):

(...)

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/descaminho foram encontrados DENTRO do estabelecimento da recorrente, entendendo correto o procedimento da DRF/FLORIANÓPOLIS/SC, expresso no Ato Declaratório Executivo DRF/FNS-SC nº 119, de 29 de julho de 2016, que excluiu a recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL (LC nº 123/2006) “por ter sido constatada, em procedimento fiscal realizado em 16/04/2015, a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, incorrendo na situação excludente prevista no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006”, observando-se que, nos termos do artigo 2º, do ADE acima referido, “os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 01/04/2015, como determina o parágrafo 1º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, ficando a pessoa jurídica impedida de ser optante do Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário seguintes (2016, 2017 e 2018)”.

Saliente-se que a apreciação do recurso especial restringe-se à questão acerca da possibilidade de revisar, por assim dizer, as conclusões alcançadas no processo de perdimento, ou, em outras palavras, a matéria acerca de eventual preclusão probatória acerca da procedência das mercadorias analisadas naquele processo. Veja-se que a discussão acerca da configuração ou não de comercialização, travada nos excertos acima, não são objeto da presente análise, uma vez que não foi suscitada divergência jurisprudencial quanto a tal matéria.

Conclusão

Diante do acima exposto, voto por negar provimento ao Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo.

(documento assinado digitalmente)

Vinícius Guimarães