



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10525.720065/2018-47
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9101-006.191 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 13 de julho de 2022
Recorrente S3S TECNOLOGIA EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2018

NÃO CONHECIMENTO DE RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial. Votou pelas conclusões a conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira – Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Lívia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luis Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela contribuinte acima identificada contra o Acórdão nº 1402-005.347, de 21/01/2021, por meio do qual a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF decidiu negar provimento ao recurso voluntário apresentado na fase processual anterior.

O acórdão recorrido contém a ementa e a parte dispositiva descritas abaixo:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2018

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DESCAMINHO.

Comprovada a prática do crime de descaminho, procede-se a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, nos termos do art. 29, VI, ", § 1º da Lei Complementar nº 123/2006 e do art. 76, IV, "f", §2º Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL.

Em 02/03/2021, a contribuinte foi cientificada do acórdão acima referido, e em 16/03/2021, ela interpôs tempestivamente o recurso especial cuja admissibilidade está sendo agora examinada.

No recurso especial, a contribuinte alega que houve divergência de interpretação da legislação tributária quanto às seguintes matérias:

1. DA INEXISTÊNCIA DE PROVAS QUE INDICAM A PRÁTICA DO CRIME DE DESCAMINHO - AQUISIÇÃO DE MERCADORIA NO MERCADO INTERNO É INCOMPATÍVEL COM A ACUSAÇÃO DO CRIME DE DESCAMINHO (Acórdão paradigma nº 1201-003.900); e
2. DA INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO JUDICIAL PELO CRIME DE DESCAMINHO (Acórdão paradigma nº 1302-004.965).

O r. despacho de admissibilidade deu seguimento ao Recurso Especial nos seguintes termos:

Vê-se que o paradigma apresentado (Acórdão nº 1201-003.900) consta do sítio do CARF, e que ele, até a data da interposição do recurso, não foi reformado na matéria que poderia aproveitar à recorrente.

Esse paradigma também serve para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial.

O recorrido e o paradigma trataram de situações semelhantes, ou seja, de ato que excluiu o contribuinte do Simples Nacional em virtude da comercialização de mercadorias que teriam sido objeto de contrabando ou descaminho.

E, realmente, as decisões cotejadas adotaram requisitos/critérios jurídicos diferentes para verificar a configuração da referida hipótese de exclusão do Simples Nacional.

Para o acórdão recorrido, "a exclusão do Simples Nacional, efetuada nos termos do inciso VII, do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, se dá em razão do contribuinte comercializar mercadorias, objeto de contrabando ou descaminho e não porque o contribuinte tenha praticado ele mesmo o crime previsto no art. 334 do Código Penal".

Já o paradigma adota interpretação mais restritiva, no sentido de que a exclusão do Simples depende da comprovação da autoria do descaminho ou contrabando:

(Ementa)

Não tendo a fiscalização comprovado a autoria do ilícito, insubsistente é o ato de exclusão do Simples Nacional fundado na comercialização ou exposição à venda de mercadorias objeto de descaminho ou contrabando

(Voto)

[...]

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 tiveram sido colocadas à venda pelo contribuinte.

Por concordar integralmente com as razões de decidir do TRF4, transcrevo trecho de Acórdão que afastou a exclusão do contribuinte no Simples em caso análogo, justamente por contrariar a lógica do raciocínio fiscal ora empregado:

[...]

A causa jurídica para a decretação da exclusão do regime do SIMPLES nacional, diferentemente do perdimento - em que basta o silêncio do contribuinte -, deve ser a constatação da prática do ilícito de contrabando ou descaminho. [...]

[...]

[...] Ora, deixar de apresentar documentação comprobatória de internalização de bens é conduta materialmente diversa de internalizar irregularmente produtos ou bens. Embora a primeira conduta possa servir de indício da segunda, somente a demonstração da internalização irregular é que poderia justificar a decisão administrativa.

[...]

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.

Conclusão

Pelo exposto, conheço do recurso voluntário e, no mérito, dou-lhe provimento.

(g.n.)

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial para a matéria tratada nesse primeiro tópico.

(...)Vê-se que o paradigma apresentado (Acórdão nº 1302-004.965) consta do sítio do CARF, e que ele, até a data da interposição do recurso, não foi reformado na matéria que poderia aproveitar à recorrente.

Esse paradigma também serve para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial.

O recorrido e o paradigma trataram de situações semelhantes, ou seja, de ato que excluiu o contribuinte do Simples Nacional em virtude da comercialização de mercadorias que teriam sido objeto de contrabando ou descaminho.

E, em relação a esse segundo tópico, as decisões cotejadas também adotaram requisitos/critérios jurídicos diferentes para verificar a configuração da referida hipótese de exclusão do Simples Nacional.

Para o acórdão recorrido, é “irrelevante aguardar eventual condenação judicial pelo crime de descaminho, pois o simples fato de comercializar mercadorias adquiridas sem notas fiscais já é motivo ensejador da exclusão do Simples Nacional”.

Já o paradigma adota interpretação mais restritiva, no sentido de que a exclusão do Simples depende da caracterização da prática de crime de descaminho ou contrabando, e isso somente ocorreria se existisse uma sentença judicial condenatória transitada em julgado.

No caso do paradigma, embora o relator tenha mencionado que tem saído vencido neste tipo de demanda recursal por possuir entendimento diverso da turma julgadora em relação a essa questão sobre a necessidade ou não de uma condenação judicial por prática de crime, a decisão do colegiado ficou integralmente embasada, sem nenhuma ressalva, no voto do relator, que traz os seguintes fundamentos:

[...]

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:

[...]

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:

[...]

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.

[...]

[...] Assim, o art. 29, VII da LC nº 129, de 2006, se aplica aos casos em que, tendo havido condenação por contrabando ou descaminho do agente que comercializava na empresa mercadorias objeto desses crimes, deverá ser excluída do regime com efeitos retroativos ao mês em que a infração ocorreu. Tal interpretação não altera em nada a sistemática processual vigente. Isso porque, na hipótese de impugnação do ADE, este só produz efeitos depois de esgotada a discussão administrativa, por força do art. 39 da LC nº 123, de 2006. Assim, nada obstará aguardar-se a conclusão do processo criminal para se aplicar a hipótese de exclusão em comento.

[...]

Desse modo, proponho que também seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial para a matéria tratada nesse segundo tópico.

No mérito sustenta a Recorrente que se transfere ao Fisco o ônus da prova, no caso de alegação de invalidade ou insuficiência dos documentos apresentados.

O acórdão paradigma vai na linha do que vem sendo defendido pela Recorrente desde sua impugnação: não sendo materialmente comprovada pelo Fisco a importação irregular, e inexistindo sentença penal condenatória, não cabe a exclusão do Simples Nacional por suposta comercialização de mercadorias objeto de descaminho. A figura jurídica do descaminho é condição sine qua non para que haja a exclusão do Simples Nacional.

A necessidade de prova do descaminho por conta da Autoridade Fiscal, nos termos do que foi decidido no acórdão paradigma, não é relativizada por conta de haver os subtipos em questão. É necessária a prova do delito de DESCAMINHO para que haja a válida exclusão do Simples Nacional, delito positivado no caput do art. 334 do CP.

A prática do crime de descaminho não pode ser instaurada e concluída ao bel-prazer do Poder Executivo – como sugere a Receita Federal e as decisões de 1ª e 2ª instancias. Muito pelo contrário! A prática do descaminho requer, no mínimo, uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Atualmente, porém, até onde se sabe, não existe sequer processo penal em andamento.

A existência de sentença penal condenatória transitada em julgado envolvendo o crime de descaminho é pressuposto do ato administrativo que determine a exclusão de contribuinte do Simples Nacional.

Intimada a Interessada apresenta contrarrazões em que sustenta preliminarmente a ausência de similitude fática entre os paradigmas e o acórdão recorrido. No mérito, sustenta que no processo nº 10525.720014/2018-15, a PENA DE PERDIMENTO foi aplicada após encerramento de procedimento de fiscalização aduaneira sobre a pessoa jurídica autuada, por estarem expostas à venda, depositadas ou em circulação comercial no país, sem prova de sua importação regular.

Não havendo a descaracterização da infração de contrabando ou descaminho no processo de autuação, impositiva a exclusão do Simples, por expressa previsão legal, vide artigo 29, VII, da Lcp 123/2006.

Nesse sentido, as evidências colhidas nos autos não deixam qualquer dúvida da comercialização de tais mercadorias de forma irregular:

- (i) a comercialização das mercadorias de origem estrangeira foi comprovada pela nota fiscal de venda ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia;
- (ii) a Recorrente não pôde comprovar a regular aquisição das mercadorias em comento, pois não possuía as notas fiscais de compra. Quando apresentadas, verificou-se que foram emitidas após o recebimento da intimação, em momento posterior à operação de venda, razão pela qual não se mostram idôneas.

Quanto à alegação de necessidade de sentença penal condenatória como condição para promover a exclusão do Simples Nacional, cabe observar que tratam de processos distintos com tramitação independente. Ademais, para efeito de exclusão do contribuinte do regime simplificado, os elementos constantes dos autos foram suficientes para comprovar que a empresa incorreu na situação impeditiva de permanência no Simples Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ALEXANDRE EVARISTO PINTO, Relator.

Recurso especial do Contribuinte - Admissibilidade

Tempestivo o Recurso Especial.

Assim dispõe o RICARF no art. 67 de seu Anexo II acerca do Recurso Especial de divergência:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

§ 2º Para efeito da aplicação do **caput**, entende-se que todas as Turmas e Câmaras dos Conselhos de Contribuintes ou do CARF são distintas das Turmas e Câmaras instituídas a partir do presente Regimento Interno.

§ 3º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso.

§ 4º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que, na apreciação de matéria preliminar, decida pela anulação da decisão de 1ª (primeira) instância por vício na própria decisão, nos termos da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

§ 5º O recurso especial interposto pelo contribuinte somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação, nas peças processuais.

§ 6º Na hipótese de que trata o caput, o recurso deverá demonstrar a divergência arguida indicando até 2 (duas) decisões divergentes por matéria.

§ 7º Na hipótese de apresentação de mais de 2 (dois) paradigmas, serão considerados apenas os 2 (dois) primeiros indicados, descartando-se os demais.

§ 8º A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

§ 9º O recurso deverá ser instruído com a cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas ou com cópia da publicação em que tenha sido divulgado ou, ainda, com a apresentação de cópia de publicação de até 2 (duas) ementas.

§ 10. Quando a cópia do inteiro teor do acórdão ou da ementa for extraída da Internet deve ser impressa diretamente do sítio do CARF ou do Diário Oficial da União.

§ 11. As ementas referidas no § 9º poderão, alternativamente, ser reproduzidas, na sua integralidade, no corpo do recurso, admitindo-se ainda a reprodução parcial da ementa desde que o trecho omitido não altere a interpretação ou o alcance do trecho reproduzido. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

§ 12. Não servirá como paradigma acórdão proferido pelas turmas extraordinárias de julgamento de que trata o art. 23-A, ou que, na data da análise da admissibilidade do recurso especial, contrariar: (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

I - Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

II - decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543- C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil; e (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

III - Súmula ou Resolução do Pleno do CARF, e

IV - decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal que declare inconstitucional tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

§ 13. As alegações e documentos apresentados depois do prazo fixado no caput do art. 68 com vistas a complementar o recurso especial de divergência não serão considerados para fins de verificação de sua admissibilidade.

§ 14. É cabível recurso especial de divergência, previsto no caput, contra decisão que der ou negar provimento a recurso de ofício.

§ 15. Não servirá como paradigma o acórdão que, na data da interposição do recurso, tenha sido reformado na matéria que aproveitaria ao recorrente. (Incluído pela Portaria MF nº 39, de 2016)

[...]

Como já restou assentado pelo Pleno da CSRF¹, *“a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles”*.

E de acordo com as palavras do Ministro Dias Toffoli², *“a similitude fática entre os acórdãos paradigma e paragonado é essencial, posto que, incorrente, estar-se-ia a pretender a uniformização de situações fático-jurídicas distintas, finalidade à qual, obviamente, não se presta esta modalidade recursal”*.

Trazendo essas considerações para a prática, forçoso concluir que a *divergência jurisprudencial* não se estabelece em matéria de prova, e sim em face da aplicação do Direito, mais precisamente quando os Julgadores possam, a partir do cotejo das decisões (recorrido x paradigma(s)), criar a convicção de que a interpretação dada pelo Colegiado que julgou o *paradigma* de fato reformaria o acórdão recorrido.

Em relação à primeira matéria, entendo não comprovada a divergência suscitada. Isto porque no acórdão paradigma, consta que o processo aduaneiro que condenou o contribuinte foi julgado à revelia do contribuinte, enquanto aqui o contribuinte se manifestou no processo aduaneiro e teve seus argumentos e provas devidamente analisados. Assim, parece-me que as situações fáticas são muito distintas para que se confirme o dissídio jurisprudencial suscitado.

Quanto à segunda matéria tampouco entendo estar demonstrada a divergência. Isto porque, diversamente do sustentado pela Recorrente, o voto vencedor proferido no acórdão paradigma n. 1302-004.965 adota razões de fato específicas do caso para provimento do Recurso. Como se verifica na parte inicial do voto, o relator esclarece que:

¹ CSRF. Pleno. Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.

² EMB. DIV. NOS BEM. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 915.341/DF. Sessão de 04/05/2018.

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

Após suas considerações, o relator indica que no caso concreto:

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

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

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

Assim, verifica-se que o resultado do julgamento no processo penal foi fator determinante para o provimento do recurso, não sua necessidade ou desnecessidade independentemente das considerações de lavra do relator contrárias ao entendimento da turma, conforme expressamente indicado. Não é possível, portanto, afirmar restar caracterizado o dissídio jurisprudencial suscitado em relação aos acórdãos.

Ante o exposto, não conheço do Recurso Especial do contribuinte.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

ALEXANDRE EVARISTO PINTO - Relator

Fl. 10 do Acórdão n.º 9101-006.191 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 10525.720065/2018-47