



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10525.720176/2019-34
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-006.107 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de dezembro de 2021
Recorrente ARCHILLA & ARCHILLA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2019

PROCESSO ADMINISTRATIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES, PROCESSO ADMINISTRATIVO DE PERDA DE MERCADORIA E PROCESSO PENAL. AUTONOMIA

O processo criminal por contrabando e descaminho, o processo administrativo de perda de mercadoria e o processo administrativo de exclusão do Simples são autônomos, salvo quando o processo criminal aponta a inexistência do fato ilícito ou a negativa da autoria, levando à absolvição do réu no processo criminal (o que não é o caso). O crime de descaminho foi apurado definitivamente em processo administrativo fiscal próprio, no qual o contribuinte além de confesso não contestou a reincidência da infração. Não compete a esta TO reapurar ou afastar a constatação do crime cometido pelo contribuinte.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DESCAMINHO. PREVISÃO EXPRESSA.

Não havendo como, no presente processo administrativo, rediscutir a ocorrência do crime de descaminho, não há como este Conselho afastar a aplicação de hipótese expressa de exclusão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro Lucas Issa Halah (relator) que lhe dava provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Daniel Ribeiro Silva.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah – Relator

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva – Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Cláudio de Andrade Camerano, Itamar Artur Magalhaes Alves Ruga, Daniel Ribeiro Silva, Andre Luis Ulrich Pinto, Andre Severo Chaves e Lucas Issa Halah.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão da DRJ que manteve a exclusão da Recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), levada a efeito por meio do Ato Declaratório Executivo BENFIS/SRRF09 No 55 de 13 de ABRIL de 2020, o qual foi elaborado a partir do Despacho Decisório SIMPLES/BENFIS/SRRF 9ª RF Nº 1024/2020 (fls. 85/86) que, por sua vez, teve como origem a Representação para Exclusão do Simples Nacional de fls. 02/03. A exclusão foi fundamentada no artigo 2º, inciso I, parágrafo 6º, no artigo 28, parágrafo único, **no artigo 29, incisos I, V e VII, parágrafos 1º, 3º, 5º, 6º**, no artigo 33, parágrafo 4º da Lei Complementar nº 123/2006.

Conforme o Despacho Decisório de fls. 86/88, o contribuinte foi autuado por *“colocar em circulação comercial ou comercializar mercadoria estrangeira desacompanhada de documentação comprobatória de sua regular importação ou aquisição no mercado interno, conforme consta no Auto de Infração lavrado em 27/09/2019 (e-processo nº10525.720141/2019-03).”*

Tal auto de infração decorreu da apreensão de 1 aparelho celular na transportadora, que tinha como destinatário a pessoa física do Sr. Luis Fábio Faccin. Intimado o remetente, teria asseverado *“que adquiriu o produto, sem nota fiscal, de terceiro, que por sua vez o adquiriu através de importação do Paraguai.”* A autuação resultou na aplicação da pena de perdimento.

O Despacho Decisório ainda consignou que a atividade econômica principal do contribuinte seria o *“Comércio atacadista de máquinas e equipamentos para uso comercial, partes e peças”* e que havia mais 08 processos administrativos fiscais de Auto de Infração e Apreensão de Mercadorias, a seguir indicados:

nº 15165.720372/2012-92 (Kit multimídia e Monitor de vídeo para veículo), nº 19615.720523/2019-94 (smartphones), nº 10494.720624/2019-12 (celulares), nº 11020.737805/2019-17 (celulares), nº 13005.726524/2019-44 (smartphone), nº 19615.720674/2019-42 (9 smartphones), nº 10611.720242/2019-05 (18 smartphones), nº 10494.720737/2019-18 (3 celulares).

Concluiu, assim, caber a exclusão de ofício impedindo a opção por 3 anos, com base no artigo 29 da LC 123/06 por considerar constatada a comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho com prática reiterada da conduta:

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

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Cabe ressaltar que, no auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal nº 1010400-100053/2019, o contribuinte foi revel (termo de revelia de fl. 06) e o relatório consigna o seguinte:

‘Em resposta, informou que a mercadoria foi adquirida de terceiros sem nota fiscal e admitiu ter ciência de que o produto foi adquirido de terceiro que importa do Paraguai. Por fim, justifica sua conduta alegando que “Com a atual situação do mercado, adquirir produtos de terceiros que importam do Paraguai foi a saída que encontramos para ter uma competitividade de mercado (...)’.

Intimado do Ato Declaratório Executivo de Exclusão (ADE), o contribuinte argumentou que a exclusão afronta a proporcionalidade e razoabilidade, e que a exclusão teria sido fundamentada pela apreensão de um único aparelho de celular de preço aproximado de R\$ 800,00, e que o STJ e o STF têm entendimento vinculante firmado no sentido de que aos crimes de contrabando e descaminho aplica-se o princípio da insignificância quando o débito não excede R\$ 20.000,00, devendo-se concluir pela atipicidade material da conduta e consequente manutenção do contribuinte no Simples Nacional.

O Acórdão Recorrido, por sua vez, manteve a exclusão afirmando que nestes atos não se discutiria a imposição de pena relativa a suposto crime de contrabando ou descaminho em tese cometido. Asseverou que o objeto destes autos seria a constatação da existência de mercadoria estrangeira sem comprovação do ingresso regular no país.

Cientificado em 13/11/2020, o contribuinte protocolou seu Recurso Voluntário nestes autos em 22/12/2020, afirmando que protocolou o recurso tempestivamente, em 08/12/2021, mas que por engano o protocolou nos autos do processo nº 10507.720527/2020-69. No mérito, reiterou as razões de sua impugnação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Lucas Issa Halah, Relator.

1 - Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF).

Sobre o argumento do contribuinte de que o indeferimento da opção pelo Simples Nacional por débito de tão baixa monta seria incompatível com o princípio constitucional da proporcionalidade, **muito embora nada obste a interpretação conforme dos dispositivos legais**, não cabe a este Órgão de Julgamento administrativo negar vigência à lei ante a alegação de sua inconstitucionalidade, nos termos dos arts. 45, VI e 62, do Anexo II do RICARF, sendo o CARF incompetente para este mister, nos termos da Súmula/CARF de nº 2.

“Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Por isso, deixo de conhecer o recurso voluntário relativamente à alegação de inconstitucionalidade.

Quanto à tempestividade, observo que muito embora o contribuinte tenha protocolizado seu Recurso Voluntário nestes autos apenas em 22/12/2020, portanto após o prazo recursal, logrou êxito em demonstrar que seu recurso foi por equívoco protocolizado nos autos de outro processo ainda em 08/12/2020, de maneira que supero este simples erro formal para reconhecer a tempestividade do Recurso.

O Recurso também atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço parcialmente.

2 - Mérito

2.1 INDEPENDÊNCIA RELATIVA ENTRE AS ESFERAS CRIMINAL, ADUANEIRA E TRIBUTÁRIA

Antes de entrar no mérito da causa e assim avaliar a presença ou ausência dos pressupostos de aplicação do art. 29, inciso VII da LC nº 123/06, deve-se avaliar a possibilidade

de, no processo administrativo que discute a exclusão do Simples, se reavaliar questões *a priori* pacificadas no processo administrativo que concluiu pela aplicação da pena de perdimento.

A esse respeito, partilho do entendimento esposado pelo Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli no Acórdão 9101-005.478 – CSRF / 1ª Turma, de 13 de maio de 2021, e pelo Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque no Acórdão nº 1201-003.899, de 16 de julho de 2020, ambos no sentido de que se tratam de instâncias autônomas e independentes.

Vale a pena frisar que, no Acórdão nº 1201-003.899, de 16 de julho de 2020, julgou-se por unanimidade de votos haver evidências suficientes de que o contribuinte teria introduzido no território nacional mercadoria estrangeira com destinação comercial, razão pela qual se confirmou a exclusão do Simples. Entretanto, **essa conclusão foi tomada a partir de uma reanálise dos elementos fáticos e jurídicos envolvidos no caso e análise das provas e alegações trazidas no processo de exclusão, afastando portanto a justificativa adotada pela DRJ de que a confirmação da aplicação da pena de perdimento impediria a reavaliação do caso no processo administrativo de exclusão do Simples.**

O Racional já é antecipado de maneira clara e sucinta pelo Relator, com os seguintes dizeres:

“Vale dizer, não basta o fisco apreender e aplicar a pena de perdimento a bens encontrados no estabelecimento do contribuinte para proceder com a exclusão do Simples no ‘modo piloto automático’. **Deve a fiscalização, isto sim, cumprir com o ônus de comprovar que o contribuinte comercializou ou pretendeu comercializar mercadorias objeto de crime de descaminho**, situação esta que é diferente da causa do Auto de Infração de Apreensão de Mercadorias.” (grifo nosso)

Justamente para desenvolver os fundamentos dessa desvinculação, o Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque apresentou a declaração de voto que também transcrevo e adoto:

“Acompanhei o voto condutor da presente decisão, no qual não vejo o que reparar. Todavia, **solicitei a oportunidade de registrar o meu voto no presente acórdão para enfatizar um ponto o qual entendo ser de grande relevância, que é a autonomia do processo administrativo tributário em relação a outros processos que orbitam o cenário fático em tela.**

Verifico que a exclusão do Simples em tela tem origem no fato de a fiscalização aduaneira em zona secundária ter apreendido mercadorias estrangeiras sem comprovante de regular importação sendo comercializadas. Na tomada de decisão realizada pela Administração Tributária, o fato de o contribuinte ter sido revel no correspondente processo de perdimento das mercadorias foi fundamental. O relator já pontuou que a referida revelia, tomada isoladamente, não é fundamento suficiente e é esse o ponto que gostaria de desenvolver.

Entendo que o processo criminal por contrabando e descaminho, o processo administrativo de perda de mercadoria e o processo administrativo de exclusão do Simples são autônomos, salvo quando o processo criminal aponta a inexistência

do fato ilícito ou a negativa da autoria, levando à absolvição do réu no processo criminal e, por reflexo, nos referidos processos administrativos, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no MS 23.188, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal tem reiterado a independência das instâncias penal e administrativa afirmando que aquela só repercute nesta quando conclui pela inexistência do fato ou pela negativa de sua autoria. (MMSS 21.708, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 18.05.01, 22.438, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.02.98, 22.477, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14.11.97, 21.293, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 28.11.97). Segurança denegada.

No que diz respeito especificamente ao **processo administrativo de exclusão do Simples**, é de se salientar que **a conduta que dá ensejo à exclusão é ‘comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho’** (art. 29, VII, da Lei Complementar nº 123/06), ou seja, **não se exige a prática do ‘crime’** que também é caracterizado pela mesma conduta (artigos 334 e 334-A do Código Penal Brasileiro) e **não se exige a apreensão e perda da mercadoria por parte da Administração Aduaneira**, também motivada pela mesma conduta.

Ainda que a conduta seja determinante para o crime, não se deve confundir os dois, pois a conduta é apenas um elemento do crime. O mesmo se diz da infração administrativa que resulta em dano ao erário. Assim, **não é lícita a vinculação do processo de exclusão do Simples a outro processo, seja criminal ou aduaneiro, sem embargo de as evidências colhidas em algum desses processos poderem instruir o processo de exclusão do Simples.** Assim, **a revelia do comerciante no processo de perdimento da mercadoria não afasta a necessidade de a Administração Tributária comprovar a conduta que dá ensejo à exclusão do Simples** e não afasta a necessidade de a autoridade julgadora de primeira instância apreciar a impugnação, abordando os argumentos da defesa.

Estas são as considerações que gostaria de registrar.

Na espécie, há evidências suficientes para se concluir que o contribuinte introduziu no território nacional, como bagagem, mercadoria estrangeira com destinação comercial, o que caracteriza a conduta de descaminho, pois o importador, ao agir assim, contornou uma série de exigências relativas aos controles aduaneiro e sanitário. Assim, é forçosa a exclusão do contribuinte do regime do Simples.”

As considerações acima transcritas são precisas, porque a Lei Complementar nº 123/2006, no inciso VII do seu art. 29, **não prevê como causa de exclusão do contribuinte a lavratura e manutenção de Auto de Infração com apreensão de mercadorias, com a aplicação de pena de perdimento. O legislador explicitou ser necessária a prova de que o contribuinte comercialize mercadorias fruto dos crimes de contrabando ou descaminho, e essa prova deve ser apreciada pelo órgão administrativo competente para o julgamento do processo de exclusão do Simples.**

Não há identidade, confusão nem fungibilidade entre tais ocorrências, juridicamente distintas em sua natureza e efeitos. Tratam-se de normas diferentes, que estabelecem consequências diversas a partir de pressupostos diversos, ainda que ambas dentro da esfera de competência da Receita Federal do Brasil.

A identificação dessa distinção tem efeitos práticos relevantes, pois se é identificada no estabelecimento comercial do contribuinte a presença de bem fruto de descaminho, mas que não é destinado à comercialização (e.g. um freezer ou um fogão utilizados por um restaurante para armazenar e preparar os alimentos fornecidos a seus clientes, ou um celular usado pelo estabelecimento para comunicar-se com seus clientes) tal hipótese pode permitir concluir-se que o bem em questão foi oriundo de crime de descaminho, mas não a exclusão do Simples, dado que tais mercadorias não estão postas à comercialização pelo contribuinte.

Também é relevante mencionar que as preocupações envolvidas na legislação aduaneira e no processo administrativo correspondente são distintas daquelas envolvidas no processo de exclusão do Simples, o que acarreta consequentemente diferenças nas formas de valorar os fatos e as provas.

Por fim, nunca é demais rememorar a gritante distinção entre as regras que regem o processo administrativo de natureza aduaneira, voltado à aplicação de pena de perdimento (com julgamento proferido em instância única por juízo singular do Delegado da Receita Federal do Brasil competente) e o processo administrativo fiscal de exclusão do Simples (regido pelo Decreto 70.235 e decidido com a garantia do duplo grau de jurisdição, sendo ambas as instâncias colegiadas e a segunda instância paritária)

Por tais razões, concluo que o processo aduaneiro no qual se decidiu pela aplicação da pena de perdimento é uma fonte importante, mas suas conclusões não são vinculantes nos autos ora sob questão.

2.2 VERIFICAÇÃO DA HIPÓTESE DE EXCLUSÃO

Delineamos no tópico antecedente a independência entre as esferas penal, aduaneira e tributária.

Essa independência, contudo, não significa que a autoridade fiscal deva desconsiderar se houve ou não (no seu entender) a prática de crime de descaminho ou contrabando, até porque não é a comercialização de qualquer mercadoria que enseja a hipótese de exclusão do artigo 29 inciso VII da LC 123/60, mas apenas aquelas objeto de contrabando ou descaminho, tipos penais delineados nos arts. 334 e 334-A do Código Penal vigente que abarcam uma série de condutas e práticas para a sua materialização, cujos requisitos devem ser avaliados pela autoridade fiscal para fundamentar a ocorrência da hipótese de exclusão.

Evidentemente que a autoridade fiscal não irá proferir decisão penal acerca da ocorrência dos crimes em questão, mas, na medida em que a LC 123/06 elenca na hipótese de exclusão os tipos penais em questão, deve a autoridade fiscal avaliar sua ocorrência em tese. No caso, verifica-se que esta incumbência foi de fato assumida pela autoridade fiscal, que fundamentou a exclusão não somente na comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, como também na reincidência da prática. Vejamos o seguinte trecho do Despacho Decisório:

“8. Diante do exposto, conclui-se que a Pessoa Jurídica **ARCHILLA** incorreu nas situações de irregularidade a seguir expostas:

. **Comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho**, conforme o inciso VII, §§ 1º, 3º e 5º do Art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006;

. **Reincidência na prática da infração mencionada**, conforme o arquivo COMPROT, de acordo com o inciso V, §§ 1º, 3º e 5º do Art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006.”

Assumida essa incumbência pela autoridade fiscal e questionada sua conclusão pelo contribuinte, cabe ao CARF decidir e avaliar se restou demonstrada, para efeitos fiscais, a colocação no comércio de bens objeto de crime de contrabando ou descaminho.

No caso, entendo que a destinação comercial encontra-se comprovada e confessada pelo contribuinte, conforme relatou-se no Auto de Infração, cujo teor não foi questionado pelo contribuinte no processo tendente à aplicação da pena de perdimento e nem mesmo ao defender-se da exclusão nestes autos.

Entretanto, partindo do entendimento de que a mercadoria posta no comércio deve ser objeto de contrabando ou descaminho, entendo que a subsunção dos fatos à norma deve ser feita seguindo-se o entendimento jurisprudencial vigente sobre referida matéria penal, notadamente quando vinculante nos termos do Art. 62, § 1º, b do RICARF.

Sobre a matéria, o STF tem posicionamento historicamente consolidado no sentido de que aplica-se o princípio da insignificância aos crimes de descaminho que envolva débito tributário de até R\$ 20.000,00, nos termos do art. 20 da Lei nº 10.522/2002 com valores estabelecidos pelas Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda.

O STJ, por sua vez, já o admitia para valores de até 10 mil reais, em julgamento tomado sob a sistemática dos Recursos Repetitivos no tema de nº 157, a partir do REsp n. 1.112.748/TO. A tese foi revista no REsp 1709029/MG (também pela sistemática dos Recursos Repetitivos), para adequar o posicionamento do STJ ao do STF.

Eis a tese firmada pelo STJ no tema 157 em sua redação revista:

“Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.”

Considerando que a aplicação do **princípio da insignificância afeta a tipicidade material da conduta**, que passa, a partir de sua constatação, a ser considerada materialmente atípica, caso verificado que a conduta não gera autuação de importe superior a R\$ 20.000,00, não haveria crime praticado pelo sujeito passivo, o que desqualifica a conduta eleita pela LC 123/06 para motivar a exclusão do Simples Nacional.

Esta análise, no entender deste Conselheiro, deve ser feita pelo CARF — já que a ocorrência do crime está na raiz do fundamento (legal e material) adotado para a emissão do Despacho Decisório e do ADE de exclusão — e, ao fazê-la e avaliar se houve demonstração dos

pressupostos para a caracterização do tipo penal, deve-se respeitar os precedentes vinculantes dos tribunais superiores, nos termos do dispositivo do RICARF já mencionado acima.

Estabelecida essa premissa, verifico que o Despacho Decisório não entrou nesse mérito. O Despacho Decisório apontou como causa da exclusão o Auto de Infração e Termo de Apreensão de Mercadorias e Guarda Fiscal constante no processo administrativo nº 10525.720141/2019-03, que trata da apreensão de um único telefone celular de valor arbitrado de R\$ 703,55 e tributos não pagos estimados em R\$ 351,78, gerando débito tributário em quantia muito inferior ao limite de R\$ 20.000,00 a partir do qual se reconhece a atipicidade material da conduta, conforme firmado no Tema nº 157 dos Recursos Repetitivos.

Por sua vez, o Acórdão Recorrido limitou-se a fundamentar a manutenção da Exclusão na aplicação da pena de perdimento.

Dessa maneira, este Relator entende ausente a configuração da prática do crime de descaminho, o que afasta a hipótese de exclusão.

Não olvidamos que o Despacho Decisório apontou a reincidência do contribuinte como argumento de reforço da exclusão, mencionando a existência de outros processos administrativos sobre o mesmo tema, o que pode ter duas consequências.

A primeira delas, é a permissão da exclusão a partir do artigo 29, V da LC 123/06, que trata da constatação da prática reiterada de infração do disposto nesta Lei Complementar.

A segunda, é que a reincidência vêm sendo reconhecida pela jurisprudência dos tribunais superiores como apta a afastar a aplicação do princípio da insignificância a depender dos elementos de cada caso concreto.

Entendo, neste ponto, que a alegada reincidência não restou suficientemente demonstrada. Não há nos autos nenhum elemento que permita minimamente a verificação do teor dos processos administrativos mencionados pelo Despacho Decisório

Entretanto, no caso em questão estão ausentes elementos concretos que minimamente permitam confirmar a reincidência aventada, já que não foram trazidos a estes autos quaisquer elementos relativos aos demais processos administrativos apontados pelo Despacho Decisório capazes de permitir uma análise minimamente segura acerca de seu teor, o que impede neste momento processual qualquer aprofundamento a seu respeito sob pena de se complementar o trabalho fiscal insuficiente, provocando inclusive o cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Assim, dentro dos limites impostos ao CARF de reavaliar o ato de exclusão à luz à luz do contraditório estabelecido, entendo improcedente o ato de exclusão por reconhecer a ausência da tipicidade material da conduta apontada como pressuposto da exclusão, em virtude da aplicação do princípio da insignificância nos termos do entendimento firmado pelo STJ ao firmar o Tema nº 157 dos Recursos Repetitivos.

Portanto, conheço em parte do Recurso Voluntário, para, na parcela conhecida, dar-lhe provimento integral julgando improcedente a exclusão do Simples Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah

Voto Vencedor

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, Relator.

Com a devida vênia ao voto proferido pelo nobre colega Relator dele divirjo integralmente.

Inicialmente, cumpre destacar que a apuração do crime de descaminho precede de processo administrativo fiscal próprio e autônomo com toda garantia ao contraditório e ampla defesa.

Isto se faz necessário especialmente para se apurar de forma detalhada a sua configuração, especialmente por se tratar de crime material no qual faz-se necessária a comprovação do resultado para sua configuração.

O descaminho ao meu ver é crime material por prever um resultado que ocorre de forma destacada da conduta, da qual decorre por nexo de causalidade, resultado este necessário à sua consumação.

Compete à autoridade administrativa a apuração desse resultado (redução ou supressão do pagamento de imposto devido na importação ou exportação), mediante processo administrativo-fiscal, garantida a defesa ao contribuinte, o que restará corporificado com a decisão definitiva de constituição do crédito tributário ou de pena perdimento, na mesma esfera administrativa.

Trata-se de condição (elemento normativo) para a tipificação formal do crime de descaminho e, por isso, sua análise precede, e não se confunde, com a da lesividade ao bem jurídico protegido (tipicidade material).

Ressalte-se ainda que o crime de descaminho possui consequências que perpassam tanto o âmbito penal quanto ao âmbito tributário, isto porque o tributo e a multa aplicável serão devidas ao mesmo passo que as sanções penais também.

Tal distinção é importante vez que não estamos aqui a tratar do processo administrativo fiscal que apurou o crime de descaminho mas sim, do processo administrativo que trata da exclusão do simples (consequência tributária).

Tal fato é essencial na medida em que se no processo administrativo fiscal próprio chegou-se à conclusão de que o tipo penal se concretizou, não assiste competência a esta Turma ordinária de rever a decisão administrativa definitiva.

Fato semelhante ocorreria em um caso de lançamento de crédito tributário decorrente de omissão de receitas tributáveis definitivamente julgado na esfera administrativa.

Isto porque a confirmação da omissão pode ter consequências na extrapolação do limite de receitas para o Simples Nacional e acarretar na exclusão do regime através de processo próprio, não poderia esta TO reapreciar questões relativas à omissão de receitas (apurada em processo administrativo próprio).

Entendo que pensar de forma diversa seria subverter toda a lógica do sistema que presume a boa-fé e inocência do contribuinte, além do que feriria princípios como os da eficiência e razoabilidade. Ainda, tornaria o processo administrativo infundável.

Pois bem, no caso concreto, auto de infração específico constatou o crime de descaminho garantindo ao contribuinte o direito à ampla defesa e ao contraditório (direito que optou por não exercer e manteve-se revel).

Apurado o fato e questionado o contribuinte a resposta que apresenta é que:

Em resposta, informou que a mercadoria foi adquirida de terceiros sem nota fiscal e admitiu ter ciência de que o produto foi adquirido de terceiro que importa do Paraguai. Por fim, **justifica sua conduta alegando que “Com a atual situação do mercado, adquirir produtos de terceiros que importam do Paraguai foi a saída que encontramos para ter uma competitividade de mercado (...)”**.

Em outras palavras, o contribuinte apesar de revel na defesa não nega o crime na constatação dos fatos, pelo contrário, o confessa!

Outrossim, em uma análise superficial promovida pelo voto condutor poder-se-ia à primeira vista comover-se com o fato de se tratar de um único produto de valor insignificante. Entretanto, da análise detida dos fatos é possível verificar que, além de réu confesso o contribuinte é reincidente conforme se apura do despacho decisório de exclusão do Simples:

6. Ainda, verificou-se a existência de mais 08 processos administrativos fiscais de Auto de Infração e Apreensão de mercadorias: nº 15165.720372/2012-92 (Kit multimídia e Monitor de vídeo para veículo), nº 19615.720523/2019-94 (smartphones), nº 10494.720624/2019-12 (celulares), nº 11020.737805/2019-17 (celulares), nº 13005.726524/2019-44 (smartphone), nº 19615.720674/2019-42 (9 smartphones), nº 10611.720242/2019-05 (18 smartphones), nº 10494.720737/2019-18 (3 celulares).

Veja que, em que pese a autoridade fiscal não tenha promovido a juntada de cópia dos referidos autos de infração à presente representação, a autoridade fiscal possui fé pública e tais fatos foram arguidos e não contestados pelo contribuinte, o qual, repito, confessou a ocorrência do crime material. A falta de juntada dos demais autos de infração sequer foi alegada pela parte e portanto não podemos presumir qualquer cerceamento ao direito de defesa sem a comprovação do seu efetivo prejuízo, ainda mais quando o contribuinte confessa o crime.

Não compete a este conselho, portanto, promover a defesa do contribuinte mas sim julgar conforme os fatos que se apresentam e dentro do âmbito de sua competência.

No presente caso, o que temos é um réu confesso e reincidente que teve a oportunidade de se defender contra o auto de infração que apurou o crime de descaminho e optou por não fazê-lo. Desta feita, a configuração do crime resta-se definitiva no âmbito administrativo e não mais pode ser questionada por esta Turma.

Por sua vez, a legislação do Simples Nacional é clara e expressa na medida em que dispõe como hipótese de exclusão:

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

(...)

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

Esta TO também não possui competência de alterar a lei e está adstrita à sua aplicação.

Eventual aplicação do princípio da insignificância deveria ter sido arguida pela parte em sua defesa no âmbito do processo administrativo que apurou a ocorrência do referido crime. Por sua vez, poderá ser discutida no âmbito da execução judicial das penas de caráter penal.

Mas, necessário ressaltar que eventual aplicação do princípio da insignificância não afasta a ocorrência do crime, não se trata de salvo conduto à conduta delitiva. Trata-se, em verdade, de análise relativa ao custo da aplicação da pena e do interesse estatal, sopesando princípios de direitos constitucionais e penais.

Isto, no entanto, não afasta o fato de que a infração efetivamente ocorreu, ainda mais quando se trata de um crime material onde o resultado é necessário para sua configuração.

E estes foram os fatos que me levaram a divergir integralmente do bem articulado voto do relator.

Primeiro porque não é competência desta TO rever decisão definitiva adotada em auto de infração próprio em que se apura o crime de descaminho. Segundo porque o contribuinte é confesso e reincidente. Terceiro porque o texto legal é expresso e determina a exclusão do contribuinte do Simples Nacional não cabendo a esta TO agir como legislador positivo. Quarto porque eventual aplicação do princípio da insignificância apenas teria efeito nas sanções penais decorrentes do ato delitivo.

Ainda, necessário ressaltar que o Simples Nacional é um programa diferenciado de tributação voltado a assegurar a igualdade material aos contribuintes hipossuficientes. Isto

significa dizer que o contribuinte valeu-se de um programa diferenciado de tributação e mesmo assim cometeu crime tributário de descaminho e, simplesmente alega o princípio da necessidade para manter competitividade.

Entretanto, o que ele quer foi promover a concorrência desleal com seus concorrentes que atuam de forma legal e legítima, e tal medida deve ser duramente punida, especialmente por isso que existe previsão expressa do legislador nesse sentido, não cabendo a esta TO passar pro cima de texto expresso da legislação.

Face ao exposto, oriento meu voto por negar provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva