



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12719.721134/2015-45
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-004.528 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de dezembro de 2020
Recorrente JMP INFORMÁTICA LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DESCAMINHO.

A simples introdução no território nacional de mercadoria estrangeira sem pagamento dos direitos alfandegários, independentemente de qualquer prática ardilosa visando iludir a fiscalização, tipifica o crime de descaminho. Uma vez comprovado que tais mercadorias estavam expostas à venda, depositadas ou em circulação comercial no país, deve ser mantida a exclusão do Simples Nacional nos termos do art. 29, VII, §1º da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Gisele Barra Bossa, Allan Marcel Warwar Teixeira, Alexandre Evaristo Pinto, Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, André Severo Chaves (suplente convocado) e Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente).

Relatório

JMP INFORMÁTICA LTDA. - EPP, já qualificada nos autos, interpôs recurso voluntário em face do Acórdão 11-54.740, de 08 de fevereiro de 2017, proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Recife/PE, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade.

2. Trata-se de exclusão do Simples Nacional em razão de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, conforme Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/FNS nº 195, de 16/09/2016, com fundamento no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006 (e-fls. 3043).
3. A exclusão produziu efeitos retroativos a 01/07/2015 e impediu a opção pelo Simples Nacional pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes, conforme disposto no § 1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006.
4. Por bem descrever e resumir os fatos, transcrevo parcialmente o Relatório do acórdão recorrido, complementando-o ao final com o necessário.

A autoridade aduaneira da Inspetoria da Receita Federal do Brasil de Florianópolis (IRF/FNS) lavrou representação fiscal para fins de exclusão da empresa do Simples Nacional, pelo motivo já citado, com base no Auto de Infração com apreensão de mercadorias. Vejamos a imagem da descrição dos fatos constantes do citado auto (fls. 5 e 6):

DESCRIÇÃO DOS FATOS

Apreensão de mercadoria(s) de procedência estrangeira relacionada(s) no presente Auto de Infração, de propriedade da autuada, JMP INFORMATICA LTDA ME, no(a) URUSSANGA, de URUSSANGA, SC, às 09:00, do dia 24/07/2015, **desprovida(s) de documentação comprobatória de sua introdução regular no país, quando depositadas e expostas à venda no estabelecimento fiscalizado**, de acordo com as informações constantes do Termo de Lacração de Volumes nº 34/2015-00.

Em face da suposta irregularidade aduaneira, foi(ram) retida(s) e devidamente encaminhada(s) para o Depósito de Mercadorias Apreendidas da IRF/NS para as providências cabíveis.

Em 18/08/2015, no Centro Operacional de Repressão - COR da Inspetoria da Receita Federal em Florianópolis-SC, a Equipe de Repressão Aduaneira - ERA iniciou os trabalhos de Deslacrção dos volumes retidos, simultaneamente com a identificação e conferência das mercadorias que foram objeto do Termo de Lacração de Volumes - 34/15-00.

No dia e hora marcada, o Intimado não compareceu ao Centro Operacional de Repressão – COR e após a verificação da integridade dos lacres e dos volumes, servidores desta Equipe de Repressão Aduaneira – ERA abriram os volumes, na presença de duas testemunhas.

O intimado não apresentou documentos relativos à importação, compra ou circulação das mercadorias que pudessem comprovar a regularidade fiscal das mercadorias importadas para o Brasil. (Grifo nosso)

[...]

RELAÇÃO DE MERCADORIAS

Descrição/Marca/Modelo/Nº Série	NCM	Quantidade	Un	Vlr	Unitário	Total em R\$
				US\$	R\$ (*)	
VIDEO GAME MICROSOFT X-BOX [...]	95041010	1	UN	400,00	1.390,44	1.390,44
Total itens: 1		Total US\$ (*): 400,00		Total R\$		1.390,44

* preços de referência, unitários, em dólares americanos à taxa de câmbio do dia 18/08/2015: 3,4761

[...]

A fiscalização aduaneira lavrou termo de revelia e pena de perdimento (fl. 14), uma vez que a empresa não apresentou impugnação contra os termos do auto de infração e apreensão de mercadorias. Também encaminhou à DRF/FNS a devida representação fiscal para fins de exclusão do Simples Nacional. (Grifo nosso)

5. Em sede de manifestação o contribuinte alegou, em síntese, não haver prova de que teria comercializado mercadoria objeto de contrabando ou descaminho. A seguir a narrativa das alegações na r. decisão recorrida:

- a) mantém em boa ordem e guarda os documentos fiscais que amparam as suas operações comerciais, sempre emitindo as notas e cupons fiscais quando devido e também exigindo e guardando as notas fiscais das mercadorias apreendidas;
- b) rebuscando seus arquivos encontrou dezesseis notas fiscais de compra de consoles do videogame XBOX 360, de 07/10/2009 a 30/3/2015, perfazendo um total de 28 consoles de videogame, idênticos ao que a autoridade fiscal apreendeu. E complementa: "com efeito, diante desta realidade, não se pode falar que o único aparelho apreendido pela autoridade fiscal não tem comprovação de sua regularidade no país, como comprovam as notas fiscais que ora se anexam ..";
- c) a atividade principal da empresa não é o comércio de videogames, mas sim o comércio de equipamento de informática. A venda desses consoles sempre foram esporádicas. O equipamento apreendido estava obsoleto. Ainda restou dois equipamentos encalhados em estoque. **Por este motivo não se preocupou em comparecer à Florianópolis para comprovar, tendo em vista a distância entre a citada cidade e Urussanga;**
- d) **não há prova de que o contribuinte tenha comercializado mercadoria objeto de contrabando ou descaminho.** O fato de ter se sujeitado à pena de perdimento, tal conduta não induz necessariamente à comercialização de mercadorias contrabandeadas ou por descaminho. E ficou clara a existência de provas de comercialização regular, em razão das notas fiscais anexadas à contestação;
- e) traz decisões do TRF, para reforçar seus argumentos. (Grifo nosso)

6. A r. decisão recorrida, por unanimidade, manteve a exclusão do Simples Nacional, conforme ementa abaixo transcrita (e-fls. 54):

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. COMÉRCIO DE MERCADORIAS OBJETO DE DESCAMINHO OU CONTRABANDO.

A constatação do exercício de atividade relativa a comércio de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho enseja exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir do mês em que incorridas, impedindo nova opção pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

7. Cientificado da decisão de primeira instância em 17/02/2017, o contribuinte interpôs recurso voluntário em 20/03/2017 em que reitera as alegações aviadas em primeira instância e acrescenta o que segue (e-fls. 62 e seg.):

- i) suscita a tese de dissociação da pena de perdimento da exclusão do Simples Nacional, e defende que a mera apreensão de mercadoria com a decretação da pena de perdimento não pode culminar na exclusão do Simples Nacional;
- ii) é necessário que o Fisco demonstre com provas contundentes que o contribuinte comercializou mercadorias objeto de contrabando ou descaminho para que possa realizar a exclusão do Simples Nacional, o que não existe nestes autos; nesse sentido, o acórdão recorrido seria nulo por não enfrentar tal tese;

iii) a apreensão da mercadoria partiu de mera presunção da comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho e a pena de perdimento foi aplicada em razão da falta de manifestação da recorrente;

iv) não contestou a apreensão da mercadoria à época porque, sabendo da pena de perdimento que ocorreria, preferiu perder o equipamento, pois não valeria a pena arcar com custos de deslocamento em face de mercadoria obsoleta e de baixo valor comercial;

v) por fim, requer a anulação do acórdão recorrido e o cancelamento do Ato Declaratório Executivo nº 195, de 2016.

8. É o relatório.

Voto

Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior, Relator.

9. O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade; portanto, dele conheço. Passo à análise.

10. Cinge-se a controvérsia a verificar a higidez da exclusão do Simples Nacional em decorrência da comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho, conforme apurado nos autos do processo nº 12719.720425/2015-16.

11. Conforme Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal, objeto do processo administrativo nº 12719.720425/2015-16, a autoridade administrativa apreendeu mercadoria de procedência estrangeira de propriedade da recorrente desprovida de documentação comprobatória de sua introdução regular no país, quando depositadas e expostas à venda no estabelecimento fiscalizado.

12. Intimado a comparecer em dia e hora marcada para verificação da integridade dos lacres e volumes referentes ao material apreendido, o contribuinte declinou-se ao argumento de que o custo do deslocamento não compensaria, haja vista tratar-se mercadoria obsoleta e de baixo valor comercial.

13. Por conseguinte, a fiscalização aduaneira lavrou termo de revelia e pena de perdimento (e-fls. 14), uma vez que a empresa não impugnou o auto de infração e apreensão de mercadorias, e lavrou representação fiscal para fins de exclusão do Simples Nacional.

14. Como se vê, a fiscalização aplicou a pena de perdimento exatamente em razão da ausência de prova da regular importação da mercadoria expostas à venda, depositadas ou em circulação comercial no País, o que configura o tipo penal descrito no art. 334 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 – Código Penal, com redação dada pela Lei nº 13.008, de 26/06/2014:

Descaminho

Art. 334 **Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria** (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

Pena - reclusão, de um a quatro anos. (Grifo nosso)

15. Leandro Paulsen¹, nas palavras de Cezar Bittencourt e Vânia Barbosa, ao tratar do descaminho, dispõe que “iludir traduz a ideia de enganar, mascarar a realidade, simular, dissimular, enfim, o agente se vale de expediente para dar impressão, na espécie, de não praticar conduta tributável”. Nesse sentido, **“A simples introdução no território nacional de mercadorias estrangeira sem pagamento dos direitos alfandegários, independentemente de qualquer prática ardilosa visando iludir a fiscalização, tipifica o crime de descaminho”**.

16. Nessa mesma trilha caminha a jurisprudência do STJ. A partir do julgamento do HC 218.961/SP, de 2013, essa Corte passou a considerar também desnecessária a apuração administrativa do montante de tributo que deixou de ser recolhido com o crime de descaminho em razão da sua natureza formal, o qual se configura com o simples ato de iludir o pagamento do imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Veja-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. [...] DESCAMINHO. CRIME FORMAL. DESNECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, ENSEJASSE A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. **O crime de descaminho se perfaz com o ato de iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Não é necessária, assim, a apuração administrativo-fiscal do montante que deixou de ser recolhido para a configuração do delito. Trata-se, portanto, de crime formal, e não material, razão pela qual o resultado da conduta delituosa relacionada ao quantum do imposto devido não integra o tipo legal.** Precedente da Quinta Turma do STJ e do STF.

3. A norma penal do art. 334 do Código Penal - elencada sob o Título XI: "Dos Crimes Contra a Administração Pública" - visa proteger, em primeiro plano, a integridade do sistema de controle de entrada e saída de mercadorias do país, como importante instrumento de política econômica. O agente que ilude esse controle aduaneiro para importar mercadorias, sem o pagamento dos impostos devidos - estes fixados, afinal, para regular e equilibrar o sistema econômico-financeiro do país - comete o crime de descaminho, independentemente da apuração administrativo-fiscal do valor do imposto sonegado.

4. O bem jurídico protegido pela norma em tela é mais do que o mero valor do imposto. Engloba a própria estabilidade das atividades comerciais dentro do país, refletindo na balança comercial entre o Brasil e outros países. O produto inserido no mercado brasileiro, fruto de descaminho, além de lesar o fisco, enseja o comércio ilegal, concorrendo, de forma desleal, com os produzidos no país, gerando uma série de prejuízos para a atividade empresarial brasileira.

5. Em suma: a configuração do crime de descaminho, por ser formal, independe da apuração administrativo-fiscal do valor do imposto iludido, embora este possa orientar a aplicação do princípio da insignificância quando se tratar de conduta isolada.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 218.961/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 25/10/2013)

¹ PAULSEN, Leandro. Crimes federais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 357.

AGRAVO REGIMENTAL. [...] DESCAMINHO. DELITO FORMAL. DESNECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PARA QUE SEJA INICIADA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

[...]

2. **A partir do julgamento do HC n. 218.961/SP, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que o delito de descaminho é formal, se configurando com o simples ato de iludir o pagamento do imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Precedentes do STJ e do STF.**

3. O bem jurídico tutelado pelo artigo 334 do Estatuto Repressivo ultrapassa o valor do imposto iludido ou sonegado, pois, além de lesar o Fisco, atinge a estabilidade das atividades comerciais dentro do país, dá ensejo ao comércio ilegal e à concorrência desleal, gerando uma série de prejuízos para a atividade empresarial brasileira.

4. Assim, o descaminho não pode ser equiparado aos crimes materiais contra a ordem tributária, o que revela a desnecessidade de constituição definitiva do crédito tributário para que seja alvo de persecução penal. (AgRg no HC 373.705/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016) (Grifo nosso)

17. No mesmo sentido são os precedentes do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Substitutivo de recurso ordinário. Admissibilidade. Precedentes da Segunda Turma. Crime de descaminho (CP, art. 334). Pretendida extinção da punibilidade da paciente em razão de decretação administrativa da perda dos bens provenientes do ilícito penal. Questão não submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça. Supressão de Instância não admitida configurada. Não conhecimento da impetração nesse particular. Precedentes. Ausência de constituição definitiva do crédito tributário. **Prescindibilidade. Crime formal que se considera consumado independentemente do resultado.** Precedentes. Atipicidade da conduta não caracterizada. Conhecimento parcial da ordem. Ordem denegada.

[...]

3. **A ausência de constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa não conduz à atipicidade da conduta de descaminho. Precedentes.**

4. Conhecimento parcial do habeas corpus. Ordem denegada. (HC 122268, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO E USO DE DOCUMENTO FALSO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE. [...].

1. **“A consumação do delito de descaminho e a posterior abertura de processo-crime não estão a depender da constituição administrativa do débito fiscal. Primeiro, porque o delito de descaminho é rigorosamente formal, de modo a prescindir da ocorrência do resultado naturalístico. Segundo, porque a conduta materializadora desse crime é ‘iludir’ o Estado quanto ao pagamento do imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. E iludir não significa outra coisa senão fraudar, burlar, escamotear”** (HC 99.740, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 1º.02.11). No mesmo sentido: HC 120.783, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 11.04.14.

2. *In casu*, o recorrente atuava como coordenador de um esquema criminoso dedicado a introduzir no Brasil, ilegalmente, mercadorias vindas do Uruguai, através da fronteira do estado do Rio Grande do Sul com aquele país, tendo sido condenado a 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de descaminho (art. 334 do CP), e a 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de uso de documento falso (art. 304 do CP), por

introduzir no território nacional mercadorias de procedência uruguaia (fotocopiadoras, projetores multimídia, câmaras de vídeo, refis de tonner para fotocopiadoras, peças para veículos, uma motocicleta e hélice de helicóptero), utilizando-se de documentos falsos para ilidir o pagamento dos respectivos tributos. (...) 6. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (RHC 119960, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 30-05-2014 PUBLIC 02-06-2014) (Grifo nosso)

18. A Lei Complementar nº 123, de 2006, por sua vez, dispõe em seu art. 29, inciso VII, que a pessoa jurídica que comercializa mercadorias objeto de descaminho deve ser excluída do Simples Nacional a partir do próprio mês em que incorrida a conduta e fica impedida de optar por esse regime pelos próximos três anos. Veja-se:

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

[...]

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.

19. *In casu*, a recorrente alega que o Fisco não provou que o contribuinte comercializou mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. Nesse sentido, o acórdão recorrido seria nulo por não enfrentar tal tese.

20. Sem razão a recorrente. Afinal, o simples fato de expor mercadoria à venda é suficiente para caracterizar comercialização. A fiscalização constatou no estabelecimento da recorrente *mercadoria estrangeira exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País sem documentação comprobatória de sua importação regular*. Por conseguinte, conforme visto acima, a simples introdução no território nacional de mercadorias estrangeira sem pagamento dos direitos alfandegários, independentemente de qualquer prática ardilosa visando iludir a fiscalização, tipifica o crime de descaminho.

21. Nestes termos, uma vez comprovado que as mercadorias estavam expostas à venda sem documentação comprobatória de sua importação regular deve ser mantida a exclusão do Simples Nacional, nos termos do art. 29, VII, §1º da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Conclusão

22. Ante o exposto, conheço do recurso voluntário e, no mérito, nego-lhe provimento.
É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior