



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.721728/2012-85
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1201-004.526 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 09 de dezembro de 2020
Recorrente GAME MANIA 10 COMERCIO DE ELETRÔNICOS E INFORMÁTICA LTDA EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DESCAMINHO.

A simples introdução no território nacional de mercadoria estrangeira sem pagamento dos direitos alfandegários, independentemente de qualquer prática artilosa 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

GAME MANIA 10 COMERCIO DE ELETRÔNICOS E INFORMÁTICA LTDA. EPP, já qualificada nos autos, interpôs recurso voluntário em face do Acórdão 12-66.006, de 30 de maio de 2014, proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em no Rio de Janeiro I/RJ que, 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/BLU n.º 013, de 20/03/2013, com fundamento no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar n.º 123, de 2006 (e-fls. 3043).

3. A exclusão produziu efeitos retroativos a 13/07/2011 e impediu a opção pelo Simples Nacional pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes, conforme disposto no § 1º do art. 29 da Lei Complementar n.º 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.

I) Da Representação para Exclusão do SIMPLES NACIONAL

Originou-se o presente processo de diligência realizada pela DRF/BLUMENAU-SC no **estabelecimento comercial da interessada, em cujo interior foram apreendidas mercadorias estrangeiras expostas à venda, depositadas ou em circulação comercial no País, sem documentação comprobatória de sua regular importação**, configurando esse fato, em tese, crime de contrabando/descaminho.

2. Lavrado o competente Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal (fls. 05/29), **objeto do processo administrativo n.º 13971.721631/2012-72, do qual a interessada tomou ciência em 19/06/2012, foi aplicada a pena de perdimento das mercadorias, em desfavor da interessada.**

3. À vista dos fatos, a Seção de Administração e Controle Aduaneiro – SAANA da DRF/BLUMENAU-SC encaminhou, em 22/06/2012, Representação Fiscal - Exclusão do Simples (fls. 02/04), acompanhada dos respectivos elementos de prova (fls. 32/3038), em face do disposto no art. 23, incisos VI e VII, da IN SRF n.º 608/2006 e no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar n.º 123/2006, c/c art. 76, inciso IV, alíneas “f” e “j”, da Resolução CGSN n.º 94, de 29/11/2011.

II) Do Despacho Decisório e do Ato Declaratório Executivo

4. Em decorrência, a DRF/BLUMENAU-SC proferiu o Despacho Decisório DRF/BLU (fls. 3042) e o Ato Declaratório Executivo n.º 013 (fls. 3043), ambos em 20/03/2013, para determinar a exclusão da interessada do SIMPLES NACIONAL, com fundamento no art. 29, inciso VII, e § 1º, da Lei Complementar n.º 123/2006, por comercializar mercadorias estrangeiras objeto de contrabando ou descaminho, com efeitos a partir da data de abertura da empresa, em 13/07/2011, pelos 3 (três) anos calendário seguintes. (Grifo nosso)

5. Em sede de manifestação o contribuinte alegou, em síntese, que não iludiu o Erário Público, pois perdeu a propriedade dos bens para a União, que as mercadorias comercializadas foram devidamente registradas nos documentos contábeis apresentados, comprovando a sua origem e o recolhimento fiscal dos respectivos impostos. A seguir a narrativa das alegações na r. decisão recorrida:

5.1. a documentação contábil apresentada durante a fiscalização comprovou a origem da mercadoria apreendida, porém, várias notas fiscais foram ignoradas pelos auditores quando da fiscalização (ver Doc. Entradas Irrelevantes);

5.2. importante atentar, que a prática que lhe foi imputada (descaminho) deve ser devidamente apurada e comprovada, uma vez que consiste no verbo jurídico “comercializar”, quando na verdade tal ação não se concretizou, pois, como poderia ter cometido o delito de comercializar mercadorias sem origem, se essas mercadorias foram retidas pela Fiscalização?;

5.3. se as mercadorias que ficaram de posse do Fisco não foram comercializadas, como poderia ter ocorrido o descaminho?

5.4. o delito descrito no art. 334, “caput”, do Código Penal, define o descaminho, em que, a primeira parte, “Importar ou exportar mercadoria proibida”, refere-se ao crime de contrabando, enquanto que a segunda parte, “ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”, ao crime de descaminho, no qual se funda o ADE contestado;

5.5. se já está pacificado que o crime de descaminho equipara-se a um crime tributário e considerando que o tipo penal para o cometimento do crime de descaminho é iludir o pagamento do imposto devido, é importante esclarecer que, tendo ocorrido administrativamente a aplicação da pena de perdimento, em momento algum cometeu qualquer delito, pois não iludiu o pagamento de impostos, haja visto que nem sequer chegou a comercializar tais produtos, em razão da propriedade dos mesmos terem sido repassados à União, com aplicação da pena de perdimento;

5.6. portanto, não cometeu o ilícito penal de descaminho que lhe foi imputado, pois o tipo penal descrito no art. 334 do Código Penal exige para sua consumação a ilusão no pagamento do imposto;

5.7. no caso de decretação de perdimento, tem-se uma espécie de extinção antecipada da potencial obrigação tributária que sequer vem a ser constituída, pois a pena administrativa impede a incidência do tributo ou a ocorrência do fato gerador do imposto aduaneiro, obstando o próprio desembaraço;

5.8. em suma, a manifestante não iludiu o Erário Público, pois perdeu a propriedade dos bens para a União, sendo assim, o Ato Declaratório Executivo não deve prosperar, devendo ser revisto os seus efeitos, pelos seguintes motivos: a) as mercadorias que foram comercializadas foram devidamente registradas nos documentos contábeis apresentados, comprovando a sua origem e o recolhimento fiscal dos respectivos impostos; e b) a manifestante não cometeu o delito previsto no inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, posto que, em razão da pena administrativa de perdimento a ela imposta, não comercializou as mercadorias apreendidas, não se concluindo o descaminho;

5.9. protesta, por fim, pela realização de perícia técnica.

6. A r. decisão recorrida, por unanimidade, manteve a exclusão do Simples Nacional, conforme ementa abaixo transcrita (e-fls. 3065):

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 13/07/2011

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS ESTRANGEIRAS. IMPORTAÇÃO IRREGULAR. EXCLUSÃO DO REGIME.

A comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, implica na exclusão de ofício da pessoa jurídica do regime do SIMPLES NACIONAL, nos termos da legislação vigente.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

7. Cientificado da decisão de primeira instância em 10/06/2014, o contribuinte

interpôs recurso voluntário em 23/06/2014 em que reitera as alegações aviadas em primeira instância (e-fls. 3074).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior, Relator.

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

9. 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 n.º 13971.721631/2012-72.

10. O Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal, objeto do processo administrativo n.º 13971.721631/2012-72 apurou a seguinte infração: "*Mercadoria estrangeira exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País sem documentação comprobatória de sua importação regular*". Em decorrência aplicou-se a pena de perdimento, conforme narrado pela autoridade fiscal na conclusão do auto de infração (e-fls. 24):

Por todo o exposto, a análise dos fatos e a documentação acostada aos autos levam-nos a somente uma conclusão: as mercadorias ora apreendidas são fruto do mais puro e popular "contrabando", ou, mais tecnicamente, trata-se de mercadorias descaminhadas, internalizadas em território nacional de forma fraudulenta e subterrânea, com fins comerciais.

Isto posto, pela ausência de prova da regular importação das mercadorias em apreço, a aplicação da penalidade de perdimento é, portanto, imprescindível ao resguardo dos interesses da União. Em suma: para o Estado, é a única garantia de ter mitigado o dano que lhe foi infligido.

Dessarte, estando tipificado o dano, ao Erário, procedemos à atuação dos contribuintes em epígrafe, com fulcro no art. 689, X, do Decreto n.º 6.759/09 (Decreto-lei n.º 37, de 1966, art. 105, e Decreto-lei n.º 1.455, de 1976, art. 23 e § 1º, com a redação dada pela Lei n.º 10.637, de 2002, art. 59), ficando a parte autuada sujeita à pena de perdimento das mercadorias relacionadas em anexo, de origem e/ou procedência estrangeiras.

"Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei IP 37, de 1966, art.:105; e Decreto-Lei d- 1.455, de 1976, art. 23, caput e §1º, este com a redação dada pela Lei n.º 10.637, de 2002, art. 59):

(...)

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

11. Como se vê, a fiscalização aplicou a pena de perdimento exatamente em razão da ausência de prova da regular importação das mercadorias apreendidas, o que configura o tipo

penal descrito, à época, na segunda parte do art. 334 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 1940¹ – Código Penal:

Contrabando ou descaminho

Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou **iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:**

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

12. Leandro Paulsen², 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 artilosa visando iludir a fiscalização, tipifica o crime de descaminho*”.

13. 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.

¹ Com a vigência da Lei n.º 13.008, de 2014, os crimes de contrabando e descaminho foram dissociados para tipos autônomos. O descaminho prosseguiu previsto no art. 334 do Código Penal e o contrabando passou a ser tipificado no art. 334-A.

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

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)

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)

14. 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 iludir 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)

15. A Lei Complementar n.º 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.

16. *In casu*, a recorrente alega que as mercadorias comercializadas foram devidamente registradas nos documentos contábeis apresentados, os quais comprovariam a origem e o recolhimento dos impostos. Sustenta ainda que não praticou a infração excludente, porquanto não comercializou as mercadorias apreendidas; portanto, não se concluiu o descaminho.

17. 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 direito alfandegários, independentemente de qualquer prática ardilosa visando iludir a fiscalização, tipifica o crime de descaminho.

18. 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 n.º 123, de 2006.

Conclusão

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

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior