



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

APTE : SIMONE BORBA LEMOS

ADV/PROC : ISABELLE SUELLEN BRÍGIDA DE OLIVEIRA BEZERRA (PE025261)

APTE : HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA

ADV/PROC : LÍDIO SOUTO MAIOR (PE018481) E OUTRO

APDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ORIGEM : 13ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO (PRIVATIVA EM MATÉRIA PENAL E COMPETENTE P/ EXECUÇÕES PENAIS)

JUIZ FEDERAL LUIZ BISPO DA SILVA NETO

RELATOR: DES. FEDERAL CONVOCADO EMILIANO ZAPATA LEITÃO

RELATÓRIO

Trata-se de apelações criminais interpostas pela Defesa dos acusados HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA (fls.282/289) e SIMONE BORBA LEMOS (fls.295/316) contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 13ª Vara/PE (Recife) – fls.209/219, que julgou procedente a acusação formulada na denúncia para condená-los pela prática do crime previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8137/90 c/c Art. 71 do Código Penal, à pena, para ambos os réus, de 10(dez) meses de detenção, em regime aberto, e 20 dias-multa, tendo sido a pena de detenção substituída por uma restritiva de direitos (prestação de serviços à entidade pública).

Consoante a denúncia, os acusados ANÍSIO DE MORAES, HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA e SIMONE BORBA LEMOS, na condição de representantes legais da empresa CALADO E MORAES PEÇAS AUTOMOTIVAS LTDA – ME, deixaram de recolher, no prazo legal, valor de tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeitos passivos de obrigações e que deveriam recolher aos cofres públicos.

Foi proposta pelo MPF a suspensão condicional do processo (fls.10/10v), não tendo sido aceita pelos acusados HUGO CALADO E SIMONE BORBA (termo de audiência – fls.43), e, em relação ao acusado ANÍSIO DE MORAES, o feito foi desmembrado, em virtude da não localização do réu (despacho de fls.161).

As defesas dos acusados pugnam pela reforma da sentença.

HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA alega:



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira



ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

I – ocorrência de prescrição retroativa pela pena em concreta (fatos praticados entre 2008 e 2010 e sentença prolatada em 2016);

II – inépcia da denúncia por não ter especificado o período no qual foram perpetrados os crimes imputados;

III – possibilidade de depositar em juízo o montante referente ao ano-base de 2008 a fim de que seja extinta a punibilidade pelo pagamento integral do débito tributário;

IV – não observância do disposto no artigo 16 da Lei nº 8.137/90, vez que inexistiu redução da pena pela coautoria e confissão do réu;

V – nulidade da sentença por não ter concedido o *sursis* (CP, Art. 77);

VI – exacerbação da pena de multa, dosada em não consonância com a situação econômica do apelante.

SIMONE BORBA LEMOS, por sua vez, sustenta:

I – ausência de dolo na sua conduta, o que enseja a absolvição da acusada (CPP, Art. 386, V);

II – não possuir poderes de gestão na administração da empresa, pois era apenas subordinada ao acusado ANÍSIO DE MORAES;

III – exclusão da culpabilidade, vez que a ausência do pagamento dos tributos ocorreu por falta de recursos e dificuldades financeiras atravessadas pela empresa;

IV – equívoco na dosimetria da pena, uma vez que as circunstâncias judiciais foram valoradas contra a evidência dos autos e sem a devida individualização;

V- exagero na aplicação da fração da causa de aumento especial – continuidade delitiva;

VI - exacerbação da pena de multa, que dever ser reduzida ao mínimo legal.

Contrarrazões pela acusação, que requer a manutenção integral da sentença (fls.319/330).



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira



ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

Parecer ofertado pelo PRR-5ª Região (fls.333/340), que opinou:

I – pelo provimento do recurso interposto pelo réu HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA no sentido de ser reconhecida a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição pela pena em concreto, restando prejudicados os demais argumentos trazido na apelação.

II – pelo não provimento do recurso interposto por SIMONE BORBA LEMOS, devendo a sentença ser mantida em todos os seus termos.

É o que havia de relevante para relatar.

Foi determinada a inclusão do feito em pauta para julgamento, sem a remessa dos autos à Revisão Regimental, em virtude de a pena cominada ter sido a de detenção.



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

APTE : SIMONE BORBA LEMOS

ADV/PROC : ISABELLE SUELLEN BRÍGIDA DE OLIVEIRA BEZERRA (PE025261)

APTE : HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA

ADV/PROC : LÍDIO SOUTO MAIOR (PE018481) E OUTRO

APDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ORIGEM : 13ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO (PRIVATIVA EM MATÉRIA PENAL E COMPETENTE P/ EXECUÇÕES PENAIS)

JUIZ FEDERAL LUIZ BISPO DA SILVA NETO

RELATOR: DES. FEDERAL CONVOCADO EMILIANO ZAPATA LEITÃO

VOTO

I – APELAÇÃO DO RÉU HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA.

Devem ser acolhidos os argumentos trazidos no Parecer Ministerial (fls.335/336), no que se refere ao reconhecimento da prescrição retroativa pela pena em concreto em relação ao acusado HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA.

De fato, o acusado HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA foi condenado à pena de 10(dez) meses de detenção, não tendo a acusação recorrido da sentença.

Os fatos ocorreram no ano de 2008 (consumação do delito) e o recebimento da denúncia em 22/06/2015, impondo-se a ressalva de que não seria hipótese de aplicação da Lei nº 12.234 de 05 de maio de 2010, que revogou o § 2º do Artigo 110 do Código Penal dando nova redação ao seu § 1º, no que tange à prescrição, em face de os fatos em exame terem ocorridos no ano de 2008, e por serem seus efeitos manifestamente prejudiciais ao réu, incidindo na vedação de retroatividade de lei desfavorável.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Prescrição Retroativa. Lei nº 12.243/2010. Inaplicabilidade à espécie. Delito praticado em data anterior a vigência do referido diploma legal. A prescrição é instituto de direito material, logo qualquer alteração que restrinja âmbito de abrangência desta benesse, a fim de agravar a situação do réu, não poderá retroagir para alcançar-lhe, tendo em vista o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.” (STJ. HC 211.001/DF, Rel. Ministro Vasco Della Giustina



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

(Desembargador convocado do TJ/RS), Sexta Turma, julgado em 14/02/2012, DJe: 21/03/2012).

Ou seja, no caso concreto o termo *a quo* da contagem do prazo prescricional inicia-se a partir data dos fatos, em razão do previa o artigo 110, § 1º, do CP, antes das alterações promovidas pela Lei nº 12.234/2010, que não podem incidir no caso desta ação penal ante o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa ao réu.

Tratando-se de sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, o instituto da prescrição regula-se pela pena aplicada, a teor da redação vigente, à época dos fatos noticiados, do Artigo 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal, que dispõe:

“Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.”

Por sua vez, o Artigo 109 do mesmo Diploma Legal, na redação vigente à época da consumação do crime, estabelece o seguinte:

“Art.109 – A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§1º e 2º do art.110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominado ao crime, verificando-se:

(...)

VI- em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.”

Considerando o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e a pena em concreto aplicada 10 (dez) meses de detenção, e observado entre a data do fato delituoso (ano de 2008) e o recebimento da



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

denúncia (22/06/2015) – fls.16/19, excede o prazo legal de 02 anos (CP, Art. 109, VI, na redação vigente à época dos fatos), dando ensejo ao reconhecimento da prescrição.

Ocorrendo a prescrição, impõe-se a decretação da extinção da punibilidade, conforme dispõe o Artigo 107, IV, do Código Penal.

Aplicam-se, ainda, no caso ora em exame, os comandos dos artigos 114 do Código Penal, pois quando a multa for cumulativamente aplicada, o prazo de prescrição, quer da pretensão punitiva, quer da pretensão executória, coincidirá com o prazo de prescrição da pena privativa de liberdade (CP, Art.114, II, 2ª Parte), bem como do artigo 118 do mesmo diploma legal (em relação as penas restritivas de direitos), que seguem a sorte da principal, prescrevendo com as mais graves (privativas de liberdade).

Por consequência, em face do reconhecimento da extinção da punibilidade em favor do acusado, com fulcro no Artigo 107, IV, do Código Penal, pela incidência da prescrição da pretensão punitiva, resta prejudicada a análise do mérito do recurso do acusado, uma vez que a prescrição impede que sejam consideradas quaisquer outras questões do processo. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu: “Configurada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, não há como o órgão revisor apreciar matéria relativa à incompetência do juízo condenatório ou à inocência dos réus: *qui non potest condemnare, non potest absolvere*” (in STF, Recurso Criminal – Relator Célso Borja – RT 638/337)

É também o que orienta o enunciado da Súmula 241 do Extinto Tribunal Federal de Recursos, *in verbis*: “A Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal”

Ante o exposto, Dou provimento à apelação do réu HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA para declarar extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa pela pena em concreto, julgando prejudicados os demais argumentos trazidos na apelação do referido réu.

II – APELAÇÃO DA RÉ SIMONE BORBA LEMOS.



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

Conforme o que se apurou, no âmbito da Receita Federal do Brasil, na Representação Fiscal para Fins Penais nº 10480-728078/2013-13, a acusada SIMONE BORBA LEMOS teria deixado de recolher, na condição de responsável pela administração da empresa CALADO E MORAES SERVIÇOS E PEÇAS AUTOMOTIVAS LTDA – ME, valores referentes ao Imposto de Renda Retido na Fonte, no importe de R\$ 47.307,62.

A sentença apelada condenou a apelante pela prática do crime previsto no Artigo 2º, II, da Lei nº 8137/90, que dispõe:

“Art.1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório mediante as seguintes condutas (...)
[...]

Art.2º. Constitui crime da mesma natureza:

I – (...)

II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.

(...)

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Quanto à comprovação da autoria e materialidade delitivas, a sentença apelada trouxe os seguintes fundamentos (fls.212):

“(...)as provas da materialidade e autoria delitivas se encontram demonstradas na Representação Fiscal para Fins Penais (fls. 11/12 em apenso); no Auto de Infração (fls. 17/20 e fls. 26 em apenso); nas declarações de ANÍSIO DE MORAES (fls. 50/51 em apenso), de HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA (fls. 35/36 em apenso) e de SIMONE BORBA LEMOS (fls. 55/57 em apenso); no instrumento do contrato social da empresa e sua posterior alteração (fls. 21/25 do apenso); nas declarações das testemunha e informante ouvidos em juízo (fls. 171); bem como nos interrogatórios dos próprios acusados.

Nesse sentido, cumpre destacar as declarações da testemunha SUELY DA COSTA CARVALHO (DVD de fls. 171), que laborou na empresa entre 2011 e 2014, tendo afirmado que, de fato, na época de sua admissão, HUGO era sócio da aludida



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

pessoa jurídica, bem como que SIMONE realizava pagamentos aos fornecedores e também de tributos, tendo, portanto, autonomia em suas atividades.

Na fase policial, a própria SIMONE admitiu ter, na prática, o controle financeiro da empresa a partir de 2010 (fls. 55/57 do apenso), o que foi confirmado no depoimento dos outros réus (fls. 50/51 e fls. 35/36 do apenso).

E em sede judicial, a aludida ré só veio a confirmar o que havia dito no inquérito policial (DVD de fls. 171), ou seja, que em 2008 os sócios eram mesmo ANÍSIO e HUGO, tendo SIMONE ingressado na administração apenas em 2010, quando afetivamente passou a administrar as questões financeiras, inclusive o pagamento de tributos. Esclareceu ainda que fora ela quem tomara a iniciativa de realizar o parcelamento do crédito - o que torna ainda mais evidente o fato de ter poder de mando quanto às condutas ora narradas -, tendo deixado de pagar em face de aventada falta de dinheiro.

HUGO, por seu turno, em sede judicial (DVD de fls. 171), declarou que em 2008 estava mesmo à frente das questões financeiras da empresa e que deixou de pagar Imposto de Renda Retido na Fonte. No mais, aduziu que em 2012 já não participava da administração, o que cabia a SIMONE desde 2010.

Em suma, das provas carreadas, inclusive dos interrogatórios dos próprios acusados, restou evidenciado que HUGO foi o autor das condutas ora tratadas entre 2008 e 2010, enquanto SIMONE fora a autora entre 2010 e 2012.

Em resumo, tanto a autoria quanto a materialidade delitiva restaram demonstradas, não tendo a defesa trazido provas que as afastassem.

Desta forma, indubitável que os réus, de modo consciente e voluntário, cometeram o delito previsto no art. 2º, II, da Lei n.º 8.137/90.

Por fim, mas ainda no esteio da tipicidade, cumpre verificar que os delitos foram cometidos em continuidade delitiva (art. 71 do CPB), já que perpetrados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo de execução e outras similares, sendo que HUGO fora o autor das condutas entre 2008 e 2010, enquanto SIMONE fora a autora entre 2010 e 2012.(...)"

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que o tipo penal descrito no art. 1º, inciso I, da Lei n.º 8.137/90, prescinde de dolo específico. Confira-se o julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INC. I, DA LEI 8.137/90. CONTRARIEDADE AO ART. 5º, INCS. LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E À SÚMULA VINCULANTE 24/STF. SÚMULA 518/STJ. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 619 E 620 DO CPP. SÚMULA 284/STF. ART. 18, I, PRIMEIRA PARTE, DO CP. DOLO EVENTUAL. ART. 29 DO CP. SÚMULA 7/STJ. CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA. ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. CONTADOR. CULPABILIDADE VALORADA NEGATIVAMENTE. PENA-



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

I - O réu, como contador da sociedade empresária, era o responsável pela declaração de imposto de renda da empresa e por assinar recibos de notas fiscais. Ainda, segundo registrado pelo Tribunal a quo, foi o responsável pelo preenchimento da declaração de renda com dados falsos, o que ocasionou supressão de crédito tributário no valor R\$ 2.360.757,85 (dois milhões, trezentos e sessenta mil, setecentos e cinquenta e sete reais e oitenta e cinco centavos).

II - Inconcebível o exame da alegada violação ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência reservada pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal, bem como à Súmula Vinculante 24/STF, por óbice na Súmula 518/STJ.

III - Recurso especial que indica contrariedade aos arts. 619 e 620 do CPP sem, contudo, especificar a tese que deixou de ser analisada no acórdão recorrido, é deficiente em sua fundamentação. Súmula 284/STF. Precedentes.

IV - A sonegação fiscal, conduta imputada ao agravante, caracteriza-se por meio de qualquer comportamento doloso, omissivo ou comissivo, praticado com o desígnio de reduzir total ou parcialmente a prestação tributária. O agente do crime de sonegação não é a pessoa jurídica, mas a pessoa física, como o diretor, gerente ou representante de pessoa jurídica, com poder de gestão, ou mesmo o contador que prepara os documentos fiscais, como na espécie.

O fato de a dívida tributária ter se consolidado em nome da sociedade empresária, por ser ela a responsável tributária, não ilide a responsabilidade penal pela fraude fiscal perpetrada pelo recorrente.

V - A regra da correlação entre a acusação e a sentença requer verificar identidade entre o objeto da imputação e o conteúdo da sentença; ou seja, o acusado deve ser julgado pelos fatos que constam da denúncia ou queixa, não por fato diverso. Na linha que decidiu o r. acórdão regional, o fato de



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

ter o julgador, com base no acervo probatório colacionado aos autos, concluído pela absolvição de corréu em nada modificou os fatos imputados ao recorrente.

VI - O tipo penal do artigo 1º, inciso I, da Lei 8.137/90 prescinde de dolo específico sendo suficiente, para sua caracterização, a presença do dolo genérico consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, do valor devido aos cofres públicos. Infirmar as conclusões do eg. Tribunal Regional Federal, em especial a de que o recorrente teria inserido informações falsa em documento fiscal objetivando suprimir tributos devidos pela sociedade empresária de que era contador, bem como discutir a natureza do dolo, demandaria o reexame de fatos e provas o que é vedado pela Súmula 07/STJ.

VII - Em relação à culpabilidade, o Tribunal de origem concluiu merecer maior censura o fato de um contador, atuante há 35 anos no mercado, praticar crime tributário, que gerou prejuízo de R\$ 2.360.757,85 (dois milhões, trezentos e sessenta mil, setecentos e cinquenta e sete reais e oitenta centavos) aos cofres públicos, de sorte que entendo ter sido apresentado fundamento idôneo para exasperar a pena-base com os referidos vetores, haja vista que extrapolou o comum à espécie delitiva e, ainda, considerando as peculiaridades do caso concreto. Além do que, a dosimetria da pena só pode ser reexaminada em recurso especial quando se verificar, de plano, a ocorrência de erro ou desconformidade, em flagrante violação do art. 59 do Código Penal, o que não se constata na hipótese dos autos. Precedentes.

Agravo não provido.

(STJ - AgRg no REsp 1552955/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 27/11/2017)

No caso concreto, a condenação foi em face do Artigo 2º, inciso II, que traz o elemento subjetivo específico no próprio inciso: “deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”.



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira



ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

Na verdade, ambas as regras se destinam à proteção do mesmo bem jurídico - a arrecadação ou a ordem tributária, entendida como o interesse do Estado na arrecadação dos tributos, para a consecução de seus fins (STJ, CC 96497 – Terceira Seção, Ministro Arnaldo Lima, 23-03-2009)

No artigo 1º, exige-se o resultado material específico, qual seja, a sonegação fiscal. Logo, o artigo 2º apenas teria lugar, como crime autônomo, se houvesse a mera tentativa de sonegar o tributo. O objetivo de suprimir ou reduzir o tributo devido, no primeiro dispositivo, enquadra-se como dolo genérico e, no segundo, como dolo específico.

A omissão de recolher valor do tributo, sem dúvida, inviabiliza ou, pelo menos, dificulta a cobrança dos tributos pelo Fisco.

No que se refere ao argumento de exclusão da culpabilidade, vez que a ausência do pagamento dos tributos ocorreu por falta de recursos e dificuldades financeiras atravessadas pela empresa, não merece prosperar tendo em vista que sequer foram comprovadas e que desnatura a atualidade inerente ao estado de necessidade, além de, por ser ônus da defesa, em nenhum momento da persecução penal foi arguida pela apelante a ocorrência de referida excludente.

Resta, portanto, o enfrentamento no que tange à dosimetria da pena.

Sustenta a apelante ter havido equívoco na dosimetria da pena, uma vez que as circunstâncias judiciais foram valoradas contra a evidência dos autos e sem a devida individualização; que houve exagero na aplicação da fração da causa de aumento especial – continuidade delitiva e exacerbação da pena de multa, que dever ser reduzida ao mínimo legal.

A sentença recorrida valorou negativamente tão somente o comportamento da vítima, fixando a pena-base (em 08 meses) um pouco acima do mínimo previsto (06 meses), vez que o art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, prevê pena de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos de detenção, e multa.

A sentença apelada demonstrou que o comportamento da vítima em nada pode ser entendida como provocador da conduta ilícita da apelante, tendo sido sopesada negativamente em seu desfavor.



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira



ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

Nesse ponto, dirirjo da sentença.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o comportamento da vítima é uma circunstância neutra ou favorável quando da fixação da primeira fase da dosimetria da pena (**STJ – Resp 897734/PR**) e, nesse enfoque, “ao individualizar a pena, não se acolhe a elevação da pena-base ao argumento de que as vítimas não contribuíram para a ação delitiva e não poderiam prevê-la, visto que, por certo, não iriam colaborar para o ato criminoso, não se justificando, assim, a valoração negativa dessa circunstância judicial” (**STJ – HC 277853-AL**).

Desse modo, reduzo a pena-base para o mínimo legal, ante a ausência de qualquer circunstância judicial desfavorável à acusada, fixando no patamar de 06 meses de detenção.

Não se vislumbrou a existência de circunstância agravante, tampouco de atenuante e de causa de diminuição de pena.

No que se refere à causa especial de aumento da pena - ocorrência da continuidade delitiva (art. 71), diante do período de sucessiva sonegação, com várias condutas praticadas reiteradamente ao longo de um ano por cada um dos réus – fls.18 do IPL (HUGO em 2008) ; SIMONE em 2012), foi cabível um aumento mediano - fixado em 1/4 (um quarto).

Quanto à fração aplicada na sentença em face da causa especial de aumento da continuidade delitiva, que foi fixada em $\frac{1}{4}$ (um quarto), quando a norma prevê a possibilidade de aumento entre $\frac{1}{6}$ a $\frac{2}{3}$, vê-se (fls.18 do IPL) a conduta da apelante foi perpetrada durante o ano de 2012, por 08 vezes, sendo o critério a ser levado em conta para dosar o aumento (de $\frac{1}{6}$ a $\frac{2}{3}$) o número de infrações praticadas, não se mostrando viável a fixação no patamar mínimo, como pretende a defesa.

Nesse sentido, é o que orienta o Superior Tribunal de Justiça: “Em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de $\frac{1}{6}$ pela prática de 2 infrações; $\frac{1}{5}$, para 3 infrações, $\frac{1}{4}$, para 4 infrações, $\frac{1}{3}$ para 5 infrações, $\frac{1}{2}$ para 6 infrações e $\frac{2}{3}$ para 7 ou mais infrações” (**HC 258.328-ES**, RELATOR MINISTRO ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, 6ª TURMA,



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira



ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

24/02/2015; **HC 273.262-SP**, RELATOR MINISTRO GURGEL DE FARIA, 5ª TURMA, 06/11/2014; **HC195872-RJ**, 5ª TURMA, RELATOR NEWTON TRISOTTO, 21/05/2015).

Como destacado acima, o número de repetições perpetradas no ano de 2012 pela acusada foi de 8 (oito) vezes, o que poderia a sentença ter majorado mais ainda a pena-base, mas não o fez, não podendo, nesta fase da apelação, ser agravada sob pena de *reformatio in pejus*.

Nesses termos, a pena final deve ser fixada como definitiva em **07 meses e 15 dias de detenção** (pena-base= 06 meses + ¼ (45 dias= 01 mês e 15dias – continuidade delitiva), mantido o regime aberto.

Guardada a devida proporcionalidade, em face da redução da pena privativa de liberdade para o seu mínimo legal, a pena de multa deve ser reduzida ao mínimo previsto – 10 dias-multa (limites de 10 a 360 - art. 49 do CPB), à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente no tempo do fato delituoso (§ 1º do art. 49 do CPB).

No que tange ao pleito da Defensoria Pública da União, deduzido às fls.311/314, atinente à condenação da acusada em honorários advocatícios, não tem cabimento a sua apreciação, em sede de recurso de apelação, manejada pela própria Defensoria Pública da União, porque resultaria em inevitável agravamento do julgado recorrido, até mesmo porque a acusada sequer foi intimada ou teve ciência do pedido de condenação de honorários e pagamento à sua própria Representante Judicial neste feito criminal.

Nesses termos, desacolhe-se o pedido da Defensoria Pública da União de pagamento pela ré de honorários advocatícios àquela instituição, mantendo a sentença apelada nos seus demais termos.

Mantida a sentença recorrida em relação à acusada **SIMONE BORBA LEMOS** nos seus demais termos.

Ante o exposto:



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

I - **Dou provimento** à apelação do réu HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA para declarar extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa pela pena em concreto, julgando prejudicados os demais argumentos trazidos na apelação do referido réu;

II – **Dou parcial provimento** à apelação da ré SIMONE BORBA LEMOS para reduzir a pena-base para o mínimo legal (06 meses de detenção), mantida a causa especial de aumento pela continuidade delitiva na fração de $\frac{1}{4}$ (um quarto) e **tornar definitiva a pena em 07 meses e 15 dias de detenção, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa** à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente no tempo do fato delituoso e indeferir o pleito de condenação da ré ao pagamento de honorários à Defensoria Pública da União, mantida a sentença nos seus demais termos.

É como voto.

Recife, 25/01/2018

Des. Federal **EMILIANO ZAPATA LEITÃO**
Relator convocado



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

APTE : SIMONE BORBA LEMOS

ADV/PROC : ISABELLE SUELLEN BRÍGIDA DE OLIVEIRA BEZERRA (PE025261)

APTE : HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA

ADV/PROC : LÍDIO SOUTO MAIOR (PE018481) E OUTRO

APDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATOR: DES. FEDERAL CONVOCADO EMILIANO ZAPATA LEITÃO

ORIGEM : 13ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO (PRIVATIVA EM MATÉRIA PENAL E COMPETENTE P/ EXECUÇÕES PENAIIS)

JUIZ FEDERAL LUIZ BISPO DA SILVA NETO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI Nº 8.137/90. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RELAÇÃO AO RÉU APELANTE. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS CONFIRMADAS EM RELAÇÃO À ACUSADA. DOLO. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. ÔNUS DA DEFESA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CORREÇÃO. PATAMAR MÍNIMO LEGAL. PENA DE MULTA. PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO. CONDENAÇÃO DA ACUSADA EM VERBA HONORÁRIA À DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. NÃO CABIMENTO.

1-Sentença apelada que condenou os acusados, ora apelantes, pelo cometimento do delito previsto no Artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, à pena de 10 meses de detenção, em regime aberto, e 20 dias-multa.

Apelação do réu HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA:

2-Acusado condenado à pena de 10(dez) meses de detenção, não tendo a acusação recorrido da sentença.

3-Os fatos ocorreram no ano de 2008 (consumação do delito) e o recebimento da denúncia em 22/06/2015, impondo-se a ressalva de que não seria hipótese de aplicação da Lei nº 12.234 de 05 de maio de 2010, que revogou o § 2º do Artigo



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

110 do Código Penal dando nova redação ao seu § 1º, no que tange à prescrição, em face de os fatos em exame terem ocorridos no ano de 2008, e por serem seus efeitos manifestamente prejudiciais ao réu, incidindo na vedação de retroatividade de lei desfavorável.

4-Transitada em julgado a sentença condenatória para a acusação e a pena em concreto aplicada 10 (dez) meses de detenção, e observado entre a data do fato delituoso (ano de 2008) e o recebimento da denúncia (22/06/2015) – fls.16/19, excede o prazo legal de 02 anos (CP, Art. 109, VI, na redação vigente à época dos fatos), dando ensejo ao reconhecimento da prescrição.

5-Decretação da extinção da punibilidade, conforme dispõe o Artigo 107, IV, do Código Penal. Aplicam-se os comandos dos artigos 114 do Código Penal, pois quando a multa for cumulativamente aplicada, o prazo de prescrição, quer da pretensão punitiva, quer da pretensão executória, coincidirá com o prazo de prescrição da pena privativa de liberdade (CP, Art.114, II, 2ª Parte), bem como do artigo 118 do mesmo diploma legal (em relação as penas restritivas de direitos), que seguem a sorte da principal, prescrevendo com as mais graves (privativas de liberdade).

6-Prejudicada a análise das demais questões deduzidas na apelação.

Apelação da Ré SIMONE BORBA LEMOS:

7-Apurou-se, no âmbito da Receita Federal do Brasil, na Representação Fiscal para Fins Penais nº 10480-728078/2013-13, que a acusada SIMONE BORBA LEMOS teria deixado de recolher, na condição de responsável pela administração da empresa CALADO E MORAES SERVIÇOS E PEÇAS AUTOMOTIVAS LTDA – ME, valores referentes ao Imposto de Renda Retido na Fonte, no importe de R\$ 47.307,62.

8-Sentença apelada que trouxe os seguintes fundamentos:

8.1- as provas da materialidade e autoria delitivas se encontram demonstradas na Representação Fiscal para Fins Penais (fls. 11/12 em apenso); no Auto de Infração (fls. 17/20 e



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

fls. 26 em apenso); nas declarações de ANÍSIO DE MORAES (fls. 50/51 em apenso), de HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA (fls. 35/36 em apenso) e de SIMONE BORBA LEMOS (fls. 55/57 em apenso); no instrumento do contrato social da empresa e sua posterior alteração (fls. 21/25 do apenso); nas declarações das testemunha e informante ouvidos em juízo (fls. 171); bem como nos interrogatórios dos próprios acusados.

8.2- As declarações da testemunha SUELY DA COSTA CARVALHO (DVD de fls. 171), que laborou na empresa entre 2011 e 2014, tendo afirmado que, de fato, na época de sua admissão, HUGO era sócio da aludida pessoa jurídica, bem como que SIMONE realizava pagamentos aos fornecedores e também de tributos, tendo, portanto, autonomia em suas atividades.

8.3-Na fase policial, a própria SIMONE admitiu ter, na prática, o controle financeiro da empresa a partir de 2010 (fls. 55/57 do apenso), o que foi confirmado no depoimento dos outros réus (fls. 50/51 e fls. 35/36 do apenso). E, em sede judicial, a aludida ré só veio a confirmar o que havia dito no inquérito policial (DVD de fls. 171), ou seja, que em 2008 os sócios eram mesmo ANÍSIO e HUGO, tendo SIMONE ingressado na administração apenas em 2010, quando afetivamente passou a administrar as questões financeiras, inclusive o pagamento de tributos. Esclareceu ainda que fora ela quem tomara a iniciativa de realizar o parcelamento do crédito - o que torna ainda mais evidente o fato de ter poder de mando quanto às condutas ora narradas -, tendo deixado de pagar em face de aventada falta de dinheiro.

8.4-HUGO, por seu turno, em sede judicial (DVD de fls. 171), declarou que em 2008 estava mesmo à frente das questões financeiras da empresa e que deixou de pagar Imposto de Renda Retido na Fonte. No mais, aduziu que em 2012 já não participava da administração, o que cabia a SIMONE desde 2010.

9 – Provas que evidenciam a materialidade e a autoria das condutas narradas na denúncia – o réu HUGO foi o autor das



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

condutas ora tratadas entre 2008 e 2010, enquanto a acusada SIMONE fora a autora entre 2010 e 2012.

10 – Dolo evidenciado. Ausência de comprovação de excludente da culpabilidade. Sequer foram comprovadas as alegadas dificuldades financeiras atravessadas pela empresa e que desnatura a atualidade inerente ao estado de necessidade, além de, por ser ônus da defesa, em nenhum momento da persecução penal foi arguida pela apelante a ocorrência de referida excludente.

11-A omissão de recolher valor do tributo, sem dúvida, inviabiliza ou, pelo menos, dificulta a cobrança dos tributos pelo Fisco. Confirmação da procedência da denúncia em face da acusada.

DOSIMETRIA:

12-A sentença recorrida valorou negativamente tão somente o comportamento da vítima, fixando a pena-base (em 08 meses) um pouco acima do mínimo previsto (06 meses), vez que o art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, prevê pena de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos de detenção, e multa.

13-A sentença apelada entendeu que o comportamento da vítima em nada pode ser entendida como provocador da conduta ilícita da apelante, e nesse passo sopesou negativamente tal circunstância judicial em seu desfavor.

14-A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o comportamento da vítima é uma circunstância neutra ou favorável quando da fixação da primeira fase da dosimetria da pena (**STJ – Resp 897734/PR**) e, nesse enfoque, “ao individualizar a pena, não se acolhe a elevação da pena-base ao argumento de que as vítimas não contribuíram para a ação delitiva e não poderiam prevê-la, visto que, por certo, não iriam colaborar para o ato criminoso, não se justificando, assim, a valoração negativa dessa circunstância judicial” (**STJ – HC 277853-AL**).

15-Pena-base reduzida para o mínimo legal, ante a ausência de qualquer circunstância judicial desfavorável à acusada, fixando no patamar de 06 meses de detenção. Não se



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

vislumbrou a existência de circunstância agravante, tampouco de atenuante e de causa de diminuição de pena.

16-No que se refere à causa especial de aumento da pena - ocorrência da continuidade delitiva (art. 71), diante do período de sucessiva sonegação, com várias condutas praticadas reiteradamente ao longo de dois anos (SIMONE, de 2010 a 2012), foi cabível um aumento mediano - fixado em 1/4 (um quarto), quando a norma prevê a possibilidade de aumento entre 1/6 a 2/3.

17- Fração fixada em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sobretudo quando se tem no caso concreto que a conduta foi perpetrada durante quase dois anos, sendo o critério a ser levado em conta para dosar o aumento (de 1/6 a 2/3) o número de infrações praticadas, não se mostrando viável a fixação no patamar mínimo, como pretende a defesa.

18-Nesse sentido, é o que orienta o Superior Tribunal de Justiça: “Em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações, 1/4, para 4 infrações, 1/3 para 5 infrações, 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações” (HC 258.328-ES, RELATOR MINISTRO ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, 6ª TURMA, 24/02/2015; HC 273.262-SP, RELATOR MINISTRO GURGEL DE FARIA, 5ª TURMA, 06/11/2014; HC195872-RJ, 5ª TURMA, RELATOR NEWTON TRISOTTO, 21/05/2015).

19- Pena final fixada como definitiva em **07 meses e 15 dias de detenção** (pena-base= 06 meses + 1/4 (45 dias= 01 mês e 15 dias – continuidade delitiva), mantido o regime aberto.

20- Guardada a devida proporcionalidade, em face da redução da pena privativa de liberdade para o seu mínimo legal, a pena de multa deve ser reduzida ao mínimo previsto – 10 dias-multa (limites de 10 a 360 - art. 49 do CPB), à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente no tempo do fato delituoso (§ 1º do art. 49 do CPB). Mantida a sentença recorrida em relação à acusada SIMONE BORBA LEMOS nos seus demais termos.



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300

21- Incabível, em sede recursal, a apreciação do pleito da Defensoria Pública da União, deduzido às fls.311/314, atinente à condenação da acusada em honorários advocatícios, porque resultaria em inevitável agravamento do julgado recorrido, até mesmo em virtude de a acusada sequer ter sido intimada ou teve ciência do pedido de condenação de honorários e pagamento à sua própria Representante Judicial neste feito criminal.

22- Apelação do réu HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA provida.

23- Apelação da ré SIMONE BORBA LEMOS parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, **DAR PROVIMENTO à apelação do réu HUGO CALADO DE ALMEIDA COSTA** para declarar extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa pela pena em concreto, julgando prejudicados os demais argumentos trazidos na apelação do referido réu e **DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação da ré SIMONE BORBA LEMOS** para reduzir a pena-base para o mínimo legal (06 meses de detenção), mantida a causa especial de aumento pela continuidade delitiva na fração de $\frac{1}{4}$ (um quarto) e **tornar definitiva a pena em 07 meses e 15 dias de detenção, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa** à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente no tempo do fato delituoso e **INDEFERIR** o pleito de condenação da ré ao pagamento de honorários à Defensoria Pública da União, mantida a sentença nas suas demais disposições, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 25/01/2018.

Des. Federal **EMILIANO ZAPATA LEITÃO**
Relator convocado



Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

ACR 14599-PE 0004822-60.2015.4.05.8300