Tribunal Regional Federal - 5.a Região - fls.

ACR 15020-RN (0001040-02.2016.4.05.8400).

APTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.
APTE : LUIZ ANTÔNIO DE AZEVEDO MARINHO.
ADV/PROC : JAUMAR PEREIRA JUNIOR (RN006142) E OUTRO.
APDO : OS MESMOS.
ORIGEM : JUíZO DA 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE (COMPETêNCIA PRIVATIVA EM MATéRIA PENAL E EXEC. PENAL).
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT.

RELATÓRIO

1. Cuidam os autos de Apelações Criminais interpostas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pela defesa do acusado LUIZ ANTÔNIO DE AZEVEDO MARINHO, em face de decisão condenatória, prolatada no Juízo da 2a. Federal da SJ/RN, que condenou o ora apelante LUIZ ANTÔNIO DE AZEVEDO MARINHO à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, mais 204 dias-multa, fixando o valor do dia-multa em 1/20 do salário mínimo em vigor, pela prática do delito capitulado no art. 1o., inciso I, da Lei 8.137/90 *(crime contra a ordem tributária),* combinado com o art. 71 do CPB. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direito: 1 prestação de serviços à comunidade, pelo período de 1 ano e 4 meses, mais comparecimento mensal a Juízo, durante o período de 1 ano; e prestação pecuniária no valor de R$ 2.000,00.

2. A acusação foi de que o apelante LUIZ ANTÔNIO DE AZEVEDO MARINHO, na condição de titular e administrador da empresa L A DE AZEVEDO MARINHO VAREJISTA-EPP, omitiu informações sobre receitas brutas auferidas nas Declarações Anuais prestadas à Secretaria da Receita Federal, em relação aos anos calendários de 2004 a 2007, ao comunicar rendimentos correspondentes a, no máximo, 13,64% da receita real, resultando na supressão de tributos na ordem de R$ 2.613.469,61.

3. O MPF requereu a condenação do réu nas penas do art. 1o., inciso I, da Lei n. 8.137, de 1990, quanto à sonegação de imposto de renda pessoa jurídica, e do art. 337-A, inciso III, do CPB,

Tribunal Regional Federal - 5.a Região - fls.

em relação à sonegação de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e Contribuição para o Programa de Integração do Servidor – PIS, combinados com o art. 71, do CPB.

4. O MPF, no recurso que interpõe (fls. 68/78), pugna pela condenação do acusado também nas penas do art. 337-A, inciso III, do CPB, vez que não haveria de se falar em absorção deste delito pelo delito de sonegação fiscal, e sim em concurso formal de crimes, com diferentes bens jurídicos tutelados. No que pertine à dosimetria da pena, pleiteia o aumento da pena-base estabelecida, considerando-se as circunstâncias judicias consequências do crime e comportamento da vítima como negativas.

5. No recurso de apelação do acusado LUIZ ANTÔNIO DE AZEVEDO MARINHO (fls. 84/91), a defesa sustenta a insuficiência de provas para a condenação. Diz que a conclusão de que a empresa por ele comandada teria omitido fatos geradores de tributos ao Fisco adveio de procedimento de arbitramento de lucros, método que nunca é dotado de certeza. Afirma que não restou evidenciado o dolo na conduta do acusado. Pugna, então, pela absolvição com fulcro no art. 386, inciso III, do CPB.

6. O MPF apresentou contrarrazões às fls. 105/111. A defesa apresentou contrarrazões às fls. 84/91 dos autos.

7. No Parecer 8646/2017 (fls. 117/124), a Procuradoria Regional da República opinou pelo não provimento da apelação da defesa e pelo provimento da apelação do *Parquet.*

8. Eis o que havia a relatar.

9. Remetam-se os autos ao Revisor, por se tratar de apelação em face de condenação pela prática de delito punido com pena de reclusão (art. 29, inciso IV, do Regimento Interno desta Corte Regional).

ACR 15020-RN (0001040-02.2016.4.05.8400).

APTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.
APTE : LUIZ ANTÔNIO DE AZEVEDO MARINHO.
ADV/PROC : JAUMAR PEREIRA JUNIOR (RN006142) E OUTRO.
APDO : OS MESMOS.
ORIGEM : JUíZO DA 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE (COMPETêNCIA PRIVATIVA EM MATéRIA PENAL E EXEC. PENAL).
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT.

VOTO

1. O que constato é que foram devidamente comprovadas nos autos a materialidade e autoria do delito de sonegação fiscal (art. 1o., inciso I, da Lei 8.137/90), pelo qual restou condenado o acusado LUIZ ANTÔNIO DE AZEVEDO MARINHO.

2. Veja-se que a peça acusatória veio instruída com a Representação Fiscal para Fins Penais – RFFP n. 10469.720071/2010-69 (volumes I e II do IPL n. 1087/2013), na qual resta demonstrado que a empresa L A AZEVEDO MARINHO VAREJISTA – EPP, de propriedade do acusado, nos anos de 2004, 2005, 2006 e 2007, omitiu informações sobre receitas brutas auferidas nas Declarações Anuais Simplificadas, o que gerou o não recolhimento de tributos federais (IRPJ, CSLL, PIS, CONFINS), já que indicou receita inferior à que foi apurada nos anos indicados.

3. Na descrição dos fatos caracterizadores do ilícito, constante da Representação Fiscal para Fins Penais, resta consignado que em análise do Livro de Registro de Apuração do ICMS, foram identificados os valores discriminados em demonstrativo a título de receitas de vendas, referentes ao ano-calendário 2004, cujas receitas teriam sido no montante de R$ 4.630.080,23, enquanto que a declaração Pessoa Jurídica exercício 2005, ano-calendário 2004, foi no montante de R$ 553.784,03.

4. Consta que a empresa do acusado, apesar de ter auferido montantes consideráveis de receitas de vendas de

mercadorias nos anos-calendários 2004, 2005, 2006 e 2007, realizou pagamentos de valores de créditos tributários na sistemática do SIMPLES com base em no máximo 13,64% do valor da receita de vendas auferidas, com dois propósitos: permanecer no SIMPLES, de forma indevida; e, recolher o mínimo de tributos.

5. Importante mencionar que se tem no procedimento o Ato Declaratório Executivo DRF/NAT n. 25, de 21 de outubro de 2009, que promoveu a exclusão da empresa da sistemática do SIMPLES, já que demonstrado que a empresa ultrapassou, no ano-calendário 2004, o limite de receita bruta de R$ 1.200.000,00.

6. A decisão condenatória ora atacada analisou minuciosamente todos estes documentos que compõem a Representação Fiscal para Fins Penais n. 10469.720071/2010-69 (quatro autos de infração relativos a tributos federais devidos nos anos de 2004, 2005, 2006, 2007), registrando todos os elementos apurados pela fiscalização (fls. 55/56). Somado a isto, tem-se as oitivas das testemunhas no feito, a exemplo da testemunha José Guilherme Cazumba Parente, Auditor-Fiscal da Receita Federal que participou da apuração fiscal, bem assim o interrogatório do acusado, que confirmou a manutenção indevida da empresa no SIMPLES.

7. Ao contrário do defendido pelo acusado, a conclusão de que a empresa por ele comandada teria omitido fatos geradores de tributos ao Fisco não adveio unicamente de procedimento de arbitramento de lucros, que, segundo a defesa, não seria dotado de certeza. Afora tal procedimento ser previsto legalmente, o que se depreende é que a própria peça acusatória destaca que foram comparados os rendimentos constantes nos sistemas de dados da Receita Federal com os rendimentos que foram informados pela empresa à Secretaria de estado da Tributação do Rio Grande do Norte e com as informações constantes em livros ficais dessa empresa, notadamente o Livro de Registros de Apuração do ICMS (fls. 4/5, da peça acusatória).

8. Como responsável de direito e de fato pela empresa L A AZEVEDO MARINHO VAREJISTA – EPP, o réu LUIZ ANTÔNIO DE AZEVEDO MARINHO é o sujeito ativo do delito perpetrado contra a ordem tributária. No que diz respeito ao dolo, o próprio acusado em seu interrogatório confirmou ser do seu conhecimento a omissão de informações relativas as receitas da empresa de sua propriedade (fls. 57): *(...); Disse que, infelizmente, cometeu o pecado de não ter sido mais incisivo para corrigir o que sabia estar errado (...).*

9. O apelante, destarte, tinha consciência acerca dos valores movimentados por sua empresa, bem assim tinha consciência da omissão na declaração apresentada perante a Receita Federal. Quanto ao argumento de que a empresa, na oportunidade, atravessava momento de dificuldades financeiras, não comprovou o acusado tal alegação; o réu não carreou aos autos qualquer elemento que evidencie situação contemporânea aos fatos que tenha justificado a omissão existente.

10. Na sequência, tenho por infundado o argumento do órgão ministerial de que deve o acusado ser também condenado nas penas do art. 337-A, inciso III, do CPB (*sonegação de contribuição previdenciária).* De acordo com o MPF, não pode haver a absorção deste delito pelo delito de sonegação fiscal, e sim condenação em concurso formal de crimes, haja vista os diferentes bens jurídicos tutelados.

11. Como bem destacou o Magistrado de Primeira Instância: *na situação delineada nos autos, restou amplamente demonstrado o nexo de dependência entre o cometimento dos dois ilícitos, uma vez que as duas condutas foram praticadas em um mesmo contexto fático, incidindo, dessa forma, o princípio da consunção. Ora o acusado praticou a ação delituosa de omitir a receita auferida, no evidente intuito de manter-se na sistemática do SIMPLES NACIONAL, de modo que o crime de sonegação de contribuição previdenciária incide na linha de atuação do fim que se propôs o agente ao cometer o primeiro crime.* (fls. 60).

12. DOSIMETRIA DA PENA. O Magistrado sentenciante indicou como desfavorável ao acusado a circunstância

Tribunal Regional Federal - 5.a Região - fls.

referente às consequências do delito, noticiando que foram sonegados mais de R$ 2.000.000,00, no entanto, finalizou seu entendimento, na primeira fase de dosagem, pela manutenção da penalidade no mínimo legal de 2 anos de reclusão.

13. Neste ponto, entendo que razão assiste ao órgão ministerial, devendo a pena-base ser fixada um pouco acima do mínimo-legal previsto para o delito do art. 1o., inciso I, da Lei 8.137/90 (preceito secundário prevê uma penalidade de 2 a 5 anos), haja vista ser desfavorável a circunstância consequências do crime. De fato, o prejuízo ao Fisco Federal foi no montante elevado de R$ 2.613,469,61, o que justifica a fixação da penalidade inicial no quantum de 2 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão.

14. No que pertine ao comportamento da vítima, que, segundo o Magistrado, *"não contribuiu para o cometimento do ilícito",* não pode ser valorado em desfavor do réu, pois é o que de ordinário acontece.

15. Como bem ensina o Professor Rogério Montai de Lima: *"A circunstância judicial do comportamento da vítima apresenta relevância nos casos de incitar, facilitar ou induzir o réu a cometer o crime. Caso contrário, se a vítima em nada contribuiu, a circunstância judicial não pode ser valorada negativamente. Assim, o comportamento da vítima, circunstância taxada como neutra, só tem relevância jurídica para minorar a pena do réu (se a vítima contribui para o crime, trata-se de causa de redução da pena-base; se a vítima nada contribui para o crime, trata-se de circunstância neutra)"* (LIMA, Rogério Montai de. Guia Prático da Sentença Penal Condenatória e Roteiro para o Procedimento no Tribunal do Júri. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 33).

16. Também de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apenas se admite a valoração da mencionada circunstância em benefício do agente, devendo ser neutralizada na hipótese contrária, de não interferência do ofendido no cometimento do crime; confira-se:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CO-AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DE CO-AUTORIA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO REMETIDA. IDENTIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ENTRE CO-RÉUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 2/5. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. SÚMULA N.º 443 DESTE TRIBUNAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. (...). 8. No que se refere à circunstância judicial referente ao comportamento da vítima, a simples referência à conduta da vítima não ter influenciado no delito não basta para majorar a reprimenda. 9. (...). (REsp n. 1266758/PE, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe de 19/12/2011).

HABEAS CORPUS. FURTO NOTURNO. CONTINUIDADE DELITIVA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE DO AGENTE. CONDUTA SOCIAL. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CONSIDERAÇÕES INDEVIDAS PARA EXASPERAR A PENA BÁSICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. (...). 3. (...). No que tange ao comportamento das vítimas, se elas não provocaram nem facilitaram a prática do ilícito, nada há a valorar. 4. Ordem concedida para redimensionar

a pena fixada na origem. (HC n. 136.426/MG, Relator o Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 29/8/2011).

17. Na segunda fase da dosimetria, o que se verifica é que deve ser reduzida a pena em virtude da confissão espontânea do acusado (art. 65, inciso III, alínea d, do CPB), reconhecida na própria sentença atacada. O Magistrado, no que pertine ao acusado, anotou o seguinte: *(...) sendo bastante sincero em seu interrogatório (...).* Desse modo, fica a penalidade intermediária do réu LUIZ ANTÔNIO DE AZEVEDO MARINHO em 2 anos de reclusão.

18. O aumento procedido em virtude de ter sido o delito perpetrado em continuidade delitiva foi adequado, tendo o Juiz sentenciante justificado as razões de seu entendimento pelo percentual de 1/6: *(...) tendo em vista que o acusado, em verdade, fez uma confissão espontânea, (...), o que deve ser ponderado no momento, para fins de definição da fração a ser aplicada com base no art. 71 do CPB.* (fls. 63).

19. Sendo assim, mantendo-se o aumento pela continuidade delitiva em 1/6, permanece a pena privativa de liberdade definitiva do acusado em 2 anos e 4 meses de reclusão, pelo cometimento do delito do art. 1o., inciso I, da Lei 8.137/90 *(crime contra a ordem tributária),* em continuidade delitiva, art. 71 do CPB.

20. Isto posto, nego provimento ao apelo da defesa e dou provimento ao apelo do MPF, apenas para aumentar a pena-base do acusado por considerar negativa a circunstância consequências do delito. Apesar do reconhecimento da circunstância consequências do crime como negativa, houve atenuação da penalidade pela confissão do acusado, o que culminou em uma penalidade definitiva coincidente com a fixada no decreto condenatório (2 anos e 4 meses de reclusão).

21. É como voto.

ACR 15020-RN (0001040-02.2016.4.05.8400).

APTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.
APTE : LUIZ ANTÔNIO DE AZEVEDO MARINHO.
ADV/PROC : JAUMAR PEREIRA JUNIOR (RN006142) E OUTRO.
APDO : OS MESMOS.
ORIGEM : JUíZO DA 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE (COMPETêNCIA PRIVATIVA EM MATéRIA PENAL E EXEC. PENAL).
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT.

ACÓRDÃO

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. LEI Nº 8.137/1990, ARTIGO 1o., INCISO I. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO CONFIGURADO. DOSIMETRIA DA PENA DEVIDAMENTE REALIZADA. PROVIMENTO NEGADO AOS APELOS DO MPF E DA DEFESA.

1. Decisão condenatória ora atacada analisou minuciosamente todos os documentos que compõem a Representação Fiscal para Fins Penais, registrando todos os elementos apurados pela fiscalização. Somado a isto, tem-se as oitivas das testemunhas no feito, bem assim o interrogatório do acusado, que confirmou a presença indevida da empresa no SIMPLES.

2. Ao contrário do defendido pelo acusado, a conclusão de que a empresa por ele comandada teria omitido fatos geradores de tributos ao Fisco não adveio unicamente de procedimento de arbitramento de lucros, que, segundo a defesa, não seria dotado de certeza. Afora tal procedimento ser previsto legalmente, o que se depreende é que a própria peça acusatória destaca que foram comparados os rendimentos constantes nos sistemas de dados da Receita Federal com os rendimentos que foram informados pela empresa à Secretaria de Estado da Tributação do Rio Grande do Norte e com as informações constantes em livros ficais dessa empresa, notadamente o Livro de Registros de Apuração do ICMS (fls. 4/5, da peça acusatória).

Tribunal Regional Federal - 5.a. Região
fls.

3. No que diz respeito ao dolo, o próprio acusado em seu interrogatório confirmou ser do seu conhecimento a omissão de informações relativas às receitas da empresa de sua propriedade: *(...); Disse que, infelizmente, cometeu o pecado de não ter sido mais incisivo para corrigir o que sabia estar errado (...), ou seja,* tinha consciência acerca dos valores movimentados por sua empresa, bem assim tinha consciência da omissão na declaração apresentada perante a Receita Federal.

4. Foi acertada a aplicação do princípio da consunção, com a absorção do delito do art. 337-A, inciso III, do CPB (*sonegação de contribuição previdenciária)* pelo delito de sonegação fiscal. Como bem destacou o Magistrado sentenciante: *na situação delineada nos autos, restou amplamente demonstrado o nexo de dependência entre o cometimento dos dois ilícitos, uma vez que as duas condutas foram praticadas em um mesmo contexto fático, incidindo, dessa forma, o princípio da consunção. Ora o acusado praticou a ação delituosa de omitir a receita auferida, no evidente intuito de manter-se na sistemática do SIMPLES NACIONAL, de modo que o crime de sonegação de contribuição previdenciária incide na linha de atuação do fim que se propôs o agente ao cometer o primeiro crime.*

5. DOSIMETRIA DA PENA. O Magistrado sentenciante, de fato, indicou como desfavorável ao acusado a circunstância referente às consequências do delito, noticiando que foram sonegados mais de R$ 2.000.000,00, no entanto, finalizou seu entendimento, na primeira fase de dosagem, pela manutenção da penalidade no mínimo legal de 2 anos de reclusão.

6. Pena-base que deve ser fixada um pouco acima do mínimo-legal previsto para o delito do art. 1o., inciso I, da Lei nº 8.137/90 (preceito secundário prevê uma penalidade de 2 a 5 anos), haja vista ser desfavorável a circunstância consequências do crime. O prejuízo ao Fisco Federal foi no montante elevado de R$ 2.613,469,61, o que justifica a fixação da penalidade inicial no quantum de 2 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão.

Tribunal Regional Federal - 5.a Região - fls.

7. No que pertine ao comportamento da vítima, que, segundo o Magistrado, *"não contribuiu para o cometimento do ilícito",* não pode ser valorado em desfavor do réu, pois é o que de ordinário acontece. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 1266758/PE, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe de 19/12/2011 e HC n. 136.426/MG, Relator o Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 29/8/2011.

8. Na segunda fase da dosimetria, o que se verifica é que deve ser reduzida a pena em virtude da confissão espontânea do acusado (art. 65, inciso III, alínea d, do CPB), reconhecida na própria sentença atacada. O Magistrado, no que pertine ao réu, anotou o seguinte: *(...) sendo bastante sincero em seu interrogatório (...).* Desse modo, fica a penalidade intermediária no montante de 2 anos de reclusão.

9. O aumento procedido em virtude de ter sido o delito perpetrado em continuidade delitiva foi adequado, tendo o Juiz sentenciante justificado as razões de seu entendimento pelo percentual de 1/6: *(...) tendo em vista que o acusado, em verdade, fez uma confissão espontânea, (...), o que deve ser ponderado no momento, para fins de definição da fração a ser aplicada com base no art. 71 do CPB.*

10. Manutenção do aumento pela continuidade delitiva em 1/6, permanecendo a pena privativa de liberdade definitiva do acusado em 2 anos e 4 meses de reclusão, pelo cometimento do delito do art. 1o., inciso I, da Lei nº 8.137/90 *(crime contra a ordem tributária),* em continuidade delitiva, art. 71 do CPB.

11. Apelo da defesa a que se nega provimento. Dá-se parcial provimento ao apelo do MPF, apenas para considerar como negativa a circunstância consequências do delito. Apesar do reconhecimento da circunstância consequências do crime como negativa, houve atenuação da penalidade pela confissão do acusado, o que culminou em uma penalidade definitiva coincidente com a fixada no decreto condenatório (2 anos e 4 meses de reclusão).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ACR 15020-RN, em que são partes as acima mencionadas, ACORDAM os Desembargadores Federais da Quarta Turma do TRF da 5a. Região, por unanimidade, em negar provimento ao apelo da defesa e dar parcial provimento ao apelo da acusação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 04 de junho de 2019.

Emiliano Zapata Leitão
RELATOR CONVOCADO