



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Cid Marconi

APELAÇÃO CRIMINAL 13573-PE (0004823-45.2015.4.05.8300)

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI: Apelação Criminal manejada por Ceidson Roberto de Araujo em face da sentença que o condenou pela prática do crime previsto no art. 1º, I, c/c art. 12, I, ambos da Lei nº 8.137/90, em continuidade delitiva (art. 71 do CP), à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime aberto, e 108 (cento e oito) dias-multa, cada um deles no valor de 1/20 (um vigésimo) do salário mínimo, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas sanções restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços a entidade pública e em uma pena pecuniária correspondente ao depósito mensal em conta corrente aberta para este fim, no valor de R\$120,00 (cento e vinte reais), durante todo o período de duração da pena substituída.

Segundo a denúncia, o apelante, na qualidade de administrador da empresa CLEIDSON ROBERTO DE ARAÚJO - ME, omitiu o pagamento de IRPJ relativo ao ano-calendário de 2005 ao apresentar Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - SIMPLES, informando faturamento inferior à real movimentação financeira da empresa. O crédito tributário, em outubro de 2008, resultou no valor de R\$21.526.716,68 (vinte e um milhões, quinhentos e vinte e seis mil, setecentos e dezesseis reais e sessenta e oito centavos). Constatou-se, ademais, divergência dos valores de receita bruta mensal apresentados nas Declarações Anuais Simplificadas - DAS relativas aos anos-calendários 2001 a 2004 e informados à Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco - SEFAZ/PE. Assim, observou-se, supostamente, o intuito do réu de suprimir o pagamento de tributos federais, resultando nos créditos tributários no montante, em abril de 2007, de R\$7.546.373,44 (sete milhões, quinhentos e quarenta e seis mil, trezentos e setenta e três reais e quarenta e quatro centavos) referente ao auto de infração nº 19647.004801/2007-51, e de R\$931.616,80 (novecentos e trinta e um mil, seiscentos e dezesseis reais e oitenta centavos), alusivos ao auto de infração do processo administrativo nº 19647.004799/2007-11. Os créditos tributários foram definitivamente constituídos, não tendo sido pagos ou incluídos em regime de parcelamento.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Cid Marconi

APELAÇÃO CRIMINAL 13573-PE (0004823-45.2015.4.05.8300)

Sustenta o Apelante que, em relação à Representação Fiscal para Fins Penais nº 19647.019073/2008-63 - cujo crédito tributário foi obtido mediante informações de movimentação bancária - a requisição direta dos elementos bancários pelo Auditor Fiscal, sem ordem judicial, tornaria a prova inconstitucional. Isso porque, apesar de julgadas inconstitucionais as ações diretas de inconstitucionalidades relativas ao art. 6º da LC 105/2001, segundo o julgado do STF, a obtenção das informações bancárias dependeriam da sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico do requerente, o que, segundo o Apelante, não teria ocorrido no caso.

Aduz que, em relação à Representação Fiscal para Fins Penais nº 19647.004807/2007-29, haveria uma contradição entre as informações constantes do OFÍCIO Nº 2598/2013/GAB/SERAP/DIDAU/PRFN - 5ª Região, datado de 08.10.2013 (fl. 125 do IPL), e aquela apresentada na própria Representação da Receita Federal, datada de 23.05.2007 (fl. 3, apenso 2, vol. II, do IPL 610/2011-4), visto que naquela o valor do crédito tributário é de R\$ 4.354.449,78, nesta o valor do crédito informado é de R\$7.546.373,44. Isso teria prejudicado o apelante, visto que o segundo valor, que é maior que o primeiro, foi o considerado para fins de majoração da pena.

Por fim, alega ser impertinente a inclusão do auto de infração 19647.004799/2007-11 na Representação Fiscal para Fins Penais nº 19647.004807/2007-29, visto que este auto de infração resultou da exclusão da Pessoa Jurídica do SIMPLES, em razão dela ter ultrapassado o limite do benefício fiscal, e não por ter cometido fraude fiscal. Assim, como a própria lei do SIMPES estabeleceria a exclusão do benefício fiscal com a cobrança dos respectivos tributos, não estaria configurada a tipicidade do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, pois o simples atraso no recolhimento dos tributos não configuraria crime contra a ordem tributária, não havendo materialidade nem dolo no cometimento do crime. Neste ponto, segundo o apelante, a sentença teria sido omissa ao afirmar que o debate era incabível em razão da independência entre as instâncias administrativa, civil/tributária e penal, constituindo cerceamento de defesa.

Em seu parecer, a douta Procuradoria Regional da República opinou no sentido do desprovemento da Apelação Criminal do Réu, rejeitando as alegações de ausência de crime na conduta do recorrente, documentação controversa e de ilegal quebra de sigilo bancário. Segundo o parecer, a materialidade e autoria do crime estão devidamente comprovadas pelos elementos



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Cid Marconi

APELAÇÃO CRIMINAL 13573-PE (0004823-45.2015.4.05.8300)

constantes dos autos, como os autos de infração, representação fiscal para fins penais, depoimento de ex funcionários da empresa etc. Além disso, a LC nº 105/2001 goza de presunção de constitucionalidade.

É o Relatório. Ao Revisor.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Cid Marconi

APELAÇÃO CRIMINAL 13573-PE (0004823-45.2015.4.05.8300)

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI: Consoante relatado, o Ministério Público Federal apresentou denúncia em face de Cleidson Roberto de Araújo pela prática do delito tipificado no art. 1º, I, da Lei n.º 8.137/90 (sonegação fiscal), nas modalidades suprimir ou reduzir tributo e acessórios, em face da omissão de rendimentos nas Declarações Anuais Simplificadas, nos anos-calandário de 2001 a 2004; e no SIMPLES, no ano-calandário de 2005, com o reconhecimento da causa de aumento de pena previsto no art. 71 do Código Penal (continuidade delitiva).

- PRELIMINARMENTE

- NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA

Quanto a este ponto, a essência dos fundamentos apresentados pelo ora apelante se relacionam ao fato de que, o julgado ora recorrido, não teria apreciado suas alegações relativas à impertinência da inclusão, do auto de infração nº 19647.004799/2007-11, na Representação Fiscal para Fins Penais nº 19647.004807/2007-29, uma vez que tal auto de infração teria resultado da exclusão da Pessoa Jurídica do SIMPLES, em razão dela ter ultrapassado o limite do benefício fiscal, e não por ter cometido fraude fiscal, sendo indevida a aplicação art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

No entanto, além de não merecer acolhimento a tese de que teria havido omissão – *na medida em que a tese defensiva foi devidamente apreciada e afastada na sentença (tanto que sequer apresentados embargos declaratórios em face do édito condenatório)* –; mister se faz destacar não haver qualquer incompatibilidade entre a origem do processo administrativo de exclusão da pessoa jurídica CLEIDSON ROBERTO DE ARAÚJO - ME do SIMPLES e a Representação Fiscal para Fins Penais em que se apurava a configuração da conduta tipificada no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

Isso porque, conforme consta da mencionada Representação Fiscal (apenso III, Volume 1, do IPL 610/2011), a exclusão se deu com base nas informações constantes da base de dados da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, na qual se constatou que a empresa teria auferido receita bruta



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Cid Marconi

APELAÇÃO CRIMINAL 13573-PE (0004823-45.2015.4.05.8300)

decorrente de vendas de mercadorias em valor não só acima do limite estabelecido para ingressar no Simples, como também acima dos valores que foram declarados à Receita Federal, conduta esta, **em tese**, tipificada no art. 1º, I, da Lei n.º 8.137/90 (sonegação fiscal).

Por fim, ainda neste concernente, cumpre transcrever o trecho da sentença que tratou da matéria:

(...)

30. Outrossim, a alegação da defesa de que o Auto de infração nº 19647.004799/2007-11 originou-se da exclusão da pessoa jurídica CLEIDSON ROBERTO DE ARAÚJO - ME do SIMPLES e não porque teria cometido alguma fraude fiscal trata-se de debate incabível em sede de ação penal, em virtude do princípio da independência entre as instâncias administrativa, civil/tributária e penal.

31. Não é o Juízo Criminal, portanto, que vai afirmar a existência de tributos ou contribuições reduzidos ou suprimidos. Somente a autoridade administrativa, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, poderá dizê-lo. E assim o fará após o término do procedimento administrativo. A existência ou não de supressão ou redução de tributos ou contribuições é elementar do tipo, no sentido de ser o resultado punível, é a própria tipicidade.

32. Desse modo, a insurgência do acusado quanto a eventuais vícios no decurso do procedimento fiscal deveria ser objeto, se assim o desejasse, de ação própria, perante o juízo cível competente, o que não ocorreu no caso em apreço, na medida em que não se tem notícia de qualquer ação própria movida pela empresa contribuinte para questionar a higidez do crédito tributário ora em discussão.

(...)

Dessa forma, rejeita-se a preliminar.

- INCONSTITUCIONALIDADE DA PROVA

Não conheço da alegação como preliminar, de modo que a tese será examinada por ocasião do mérito do apelo.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Cid Marconi

APELAÇÃO CRIMINAL 13573-PE (0004823-45.2015.4.05.8300)

Superadas as preliminares, do atento exame dos autos, identifica-se que, de fato, em relação aos anos-calendários de 2001 a 2004 – *de que trata a Representação Fiscal Para Fins Penais nº 19647.004807/2007-29* – a pessoa jurídica CLEIDSON ROBERTO DE ARAÚJO – ME apresentou Declarações Anuais Simplificadas - DAS (fls. 28/42v, do apenso II, volume 02), informando valores referentes à receita bruta mensal divergentes daqueles informados à Secretaria da Fazenda do Estado – SEFAZ-PE, motivo pelo qual o contribuinte foi excluído do sistema SIMPLES a partir do ano-calendário de 2002, conforme o processo administrativo nº 19647.001603/2007-36 (apenso III). Assim, para o ano calendário 2001, após a fiscalização no procedimento administrativo nº 19647.004799/2007-111, foram lavrados autos de infração relativos a IRPJ-SIMPLES², PIS/Pasep-SIMPLES³, CSLL-SIMPLES⁴, COFINS-SIMPLES⁵ e Contribuição para Seguridade Social-INSS-SIMPLES⁶; enquanto para os anos 2002 a 2004, objeto do processo administrativo nº 19647.004801/2007-51⁷, considerando a exclusão do SIMPES a partir de 2002, foram lavrados autos de infração relativos a IRPJ⁸, PIS/Pasep⁹, COFINS¹⁰, CSLL¹¹. Como resultado, foram constituídos créditos tributários no montante de R\$ 931.616,80 (para o ano-calendário de 2001), e de R\$ 7.546.373,44 (para os anos-calendário 2002 a 2004), sendo que a constituição definitiva remonta a 21.10.2013, conforme o relatado no Ofício da Receita Federal à fl. 113.

Por sua vez, no que se refere ao ano-calendário de 2005 – *de que trata a Representação Fiscal Para Fins Penais nº 19647.019073/2008-63* – tem-se que a referida empresa apresentou Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - SIMPLES, informando faturamento inferior à real movimentação financeira em suas contas, tendo sido lavrado auto de infração¹² no valor de R\$ 21.526.716,68

¹ Desmembrado do processo administrativo nº 19647.001603/2007-36

² Apenso 2, Volume II, fls. 128/129v

³ Apenso 2, Volume II, fls. 131v/133

⁴ Apenso 2, Volume II, fls. 135/136v

⁵ Apenso 2, Volume II, fls. 138v/140

⁶ Apenso 2, Volume II, fls. 142v/144

⁷ Desmembrado do processo administrativo nº 19647.001603/2007-36

⁸ Apenso 2, Volume II, fls. 95v/97v

⁹ Apenso 2, Volume II, fls. 102/104

¹⁰ Apenso 2, Volume II, fls. 108v, 112/113v

¹¹ Apenso 2, Volume II, fls. 115/117

¹² Processo administrativo 19647.019072/2008-19



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Cid Marconi

APELAÇÃO CRIMINAL 13573-PE (0004823-45.2015.4.05.8300)

(IRPJ, PIS, CSLL, COFINS). Quanto a este, tem-se que o crédito tributário foi devidamente constituído em 09.12.2008.

Feitas essas considerações, no que se refere à tese de inconstitucionalidade da prova constante da Representação Fiscal para Fins Penais nº 19647.019073/2008-63, cujo crédito tributário foi obtido mediante informações de movimentação bancária requisitada diretamente aos bancos pela autoridade fiscal, mister se faz destacar que, acerca desse tema, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das ADIs nºs 2.386, 2.397 e 2.859, decidiu, por 9 votos a 2, pela constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que permite aos órgãos da administração tributária quebrar o sigilo fiscal de contribuintes sem autorização judicial. Na oportunidade, sagrou-se vencedora a tese de que a norma não configura quebra de sigilo bancário, mas sim transferência de informações entre bancos e o Fisco, ambos protegidos contra o acesso de terceiros.

Dito isso, tem-se que, especificamente no que se refere ao caso ora sob exame, a obtenção dos dados bancários não contrariou a tese sufragada pelo STF acerca do tema, inclusive porque, na hipótese, o pedido de acesso às informações bancárias foi condicionado à atuação de um superior hierárquico do servidor então requerente, na medida em que tais informações foram requisitadas pelo Delegado-Adjunto da DRF Recife (superior hierárquico do Auditor-fiscal responsável pela fiscalização, tudo nos termos do Decreto nº 3724/2001 – apenso I, vol. I, do IP 610/2011-4).

Resolvido quanto a este ponto, no concernente à alegação de contradição entre as informações constantes do OFÍCIO Nº 2598/2013/GAB/SERAP/DIDAU/PRFN - 5ª Região, datado de 08.10.2013 (fl. 125 do IPL), e aquela apresentada na própria Representação da Receita Federal, datada de 23.05.2007 (fl. 3, apenso 2, vol. II, do IPL 610/2011-4), tem-se que, em verdade, a divergência nos valores de crédito tributário informados se deve ao fato de que, enquanto no primeiro o valor de R\$ 4.354.449,78 se refere apenas ao IRPJ; na segunda, o valor de R\$ 7.546.373,44 se refere ao IRPJ e reflexos de PIS, COFINS E CSLL. Tanto é assim, que nos próprios anexos do Ofício nº 2598/2013/GAB/SERAP/DIDAU/PRFN-5ª Região, no qual consta o valor de R\$ 4.354.449,78, relativo IRPJ, a Procuradoria também encaminhou os valores de dívida ativa relativos a CSLL (R\$ 2.142.106,66), CONFINS (R\$ 5.967.751,05) e PIS (R\$ 1.293.011,85).



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Cid Marconi

APELAÇÃO CRIMINAL 13573-PE (0004823-45.2015.4.05.8300)

Assim é que, não havendo dúvida quanto à configuração da materialidade delitiva – a) *Representação Fiscal para Fins Penais n.º 19647.019073/2008-63 (fls. 1/8, apenso 1, vol. I, do IPL 610/2011); b) Representação Fiscal para Fins Penais n.º 19647.004807/2007-29 (fls. 1/4, apenso 2, vol. II, do IPL 610/2011); c) declaração de firma individual e demais atos da empresa (fls. 65/82 do IPL 610/2011); d) depoimentos de ex-funcionários da empresa prestados na Polícia Federal (fls. 222/223 do IPL 610/2011) e em Juízo; e) declarações do acusado perante a autoridade policial (fls. 224/225 do IPL 610/2011) e em Juízo (fl. 75); f) despacho à fl. 196, do apenso 2, vol. II do IPL 610/2011, além dos ofícios 1230/09 - GAB/DRF/REC (fl. 13 do IPL), n.º 714/11 - GAB/DRF/REC (fl. 21 do IPL 610/2011) e n.º 2598/20013/GAB/SERAP/DIDAU/PRFN - 5ª Região (fl. 125 do IPL) – tem-se por igualmente configurado o dolo do ora apelante – responsável pela empresa – na conduta consistente em omitir ao Fisco informações relevantes, relativas ao auferimento de receita da mencionada empresa, em face do que derivariam obrigações tributárias.*

Neste tocante, cabe registrar que o próprio acusado admitiu, em Juízo, que era o único proprietário da empresa, cabendo-lhe, portanto, a sua gerência, tendo, inclusive, ficado na condição de real administrador daquela pessoa jurídica entre 1999 e 2005.

Ainda no tema autoria, cabe registrar que, a tese do ora apelante no sentido de atribuir ao contador da empresa a responsabilidade pela omissão das informações, se mostrou absolutamente frágil, não apenas diante da sua inequívoca condição de administrador da empresa, mas também pela circunstância de sequer ter sabido declinar o endereço do referido contador, tendo se limitado a informar que ele poderia ser encontrado no Município de Olinda/PE.

Bem assim, refira-se que, da mencionada omissão de informações, derivou o não recolhimento de tributos, com o conseqüente prejuízo para o Fisco (sentido amplo da expressão) no montante de R\$ 30.004.706,92 (trinta milhões, quatro mil e setecentos e seis reais e noventa e dois centavos), rendendo azo à inscrição na Dívida Ativa da União.

Por fim, relativamente à dosimetria da pena, considerado o postulado da ampla devolutividade da apelação, havendo a pena-base sido fixada no mínimo



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Cid Marconi

APELAÇÃO CRIMINAL 13573-PE (0004823-45.2015.4.05.8300)

legal, bem como não tendo havido incidência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, tem-se como correto o aumento na fração de 1/3 (um terço), ante a previsão constante do art. 12, I, da Lei n.º 8.137/90, tendo em conta o valor do crédito tributário relativo aos anos-calendário em análise, no total de R\$ 30.004.706,92 (trinta milhões, quatro mil e setecentos e seis reais e noventa e dois centavos).

Também neste tema, mostrou-se igualmente correta a incidência do aumento da pena em 1/3 (um terço), em face da caracterização de crime continuado (art. 71 do CP), tendo em vista que a conduta foi reiterada durante todas as competências dos anos-calendário de 2001 a 2005, **com afastamento do aumento em decorrência do concurso formal.**

Relativamente à pena de multa, fixada em apenas 5,4 (cinco vírgula quatro) salários mínimos, tem-se por adequada à situação econômica do réu.

Ademais, a substituição da pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, se deu dentro dos parâmetros legais e de acordo com a proporcionalidade.

Este o quadro, **nego provimento** à Apelação Criminal interposta pelo réu.

É como voto.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Cid Marconi

APELAÇÃO CRIMINAL 13573-PE (0004823-45.2015.4.05.8300)

APTE : CLEIDSON ROBERTO DE ARAUJO
ADV/PROC : FERNANDO DE OLIVEIRA BARROS (PE012106) e outros
APDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI – 3ª TURMA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA, EM RAZÃO DE OMISSÃO NO JULGADO DE ORIGEM. INOCORRÊNCIA INCONSTITUCIONALIDADE DA PROVA. ART. 6º, DA LEI Nº 8.137/90. INOCORRÊNCIA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES FALSAS AO FISCO ACERCA DA REAL MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA. SUPRESSÃO DE TRIBUTOS. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO ENTRE AS INFORMAÇÕES CONSTANTES DOS AUTOS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO COMPROVADO. DOSIMETRIA. AMPLA DEVOLUTIVIDADE. MANUTENÇÃO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Cuida-se de Apelação Criminal manejada por C.R.A., em face da sentença que o condenou pela prática do crime previsto no art. 1º, I, c/c art. 12, I, ambos da Lei nº 8.137/90, em continuidade delitiva (art. 71 do CP), à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime aberto, além de 108 (cento e oito) dias multa, cada um deles no valor de 1/20 (um vigésimo) do salário mínimo, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas sanções restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços a entidade pública e em uma pena pecuniária correspondente ao depósito mensal, em conta corrente aberta para este fim, no valor de R\$ 120,00 (cento e vinte reais), durante todo o período de duração da pena substituída.

2. Segundo a narrativa constante da denúncia, o apelante, na qualidade de administrador da empresa C.R.A. - ME, teria omitido o pagamento de IRPJ relativo ao ano-calendário de 2005, ao apresentar Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - SIMPLES, informando faturamento inferior à real movimentação financeira da empresa. Ainda de acordo com o narrado, o crédito tributário, em



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Cid Marconi

APELAÇÃO CRIMINAL 13573-PE (0004823-45.2015.4.05.8300)

outubro de 2008, resultaria no valor de R\$ 21.526.716,68 (vinte e um milhões, quinhentos e vinte e seis mil, setecentos e dezesseis reais e sessenta e oito centavos), havendo sido constatada divergência dos valores de receita bruta mensal apresentados nas Declarações Anuais Simplificadas – DAS, relativas aos anos-calendários 2001 a 2004 e informados à Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco - SEFAZ/PE. Segundo o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, teria sido observado o intuito do réu de suprimir o pagamento de tributos federais, resultando nos créditos tributários no montante (em valores referentes a abril de 2007), de R\$ 7.546.373,44 (sete milhões, quinhentos e quarenta e seis mil, trezentos e setenta e três reais e quarenta e quatro centavos), concernentes ao auto de infração nº 19647.004801/2007-51, e de R\$ 931.616,80 (novecentos e trinta e um mil, seiscentos e dezesseis reais e oitenta centavos), alusivos ao auto de infração resultante do processo administrativo nº 19647.004799/2007-11, sendo que tais créditos tributários foram definitivamente constituídos, não tendo sido pagos ou incluídos em regime de parcelamento.

3. Em suas razões recursais, sustenta o ora apelante que, em relação à Representação Fiscal para Fins Penais nº 19647.019073/2008-63 – cujo crédito tributário foi obtido mediante informações de movimentação bancária – a requisição direta dos elementos bancários pelo Auditor Fiscal, sem ordem judicial, tornaria a prova obtida em violação às normas constitucionais, isso porque, mesmo julgadas inconstitucionais as ações diretas de inconstitucionalidades relativas ao conteúdo do art. 6º da LC 105/2001, na fundamentação das referidas ações, o STF teria reconhecido, a título de fundamentação, que a obtenção de informações bancárias dependeria da sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico do requerente, o que, conforme o ora apelante, não teria ocorrido no caso. Ainda segundo o ora recorrente, em relação à Representação Fiscal para Fins Penais nº 19647.004807/2007-29, haveria uma contradição entre as informações constantes do OFÍCIO Nº 2598/2013/GAB/SERAP/DIDAU/PRFN - 5ª Região, datado de 08.10.2013 (fl. 125 do IPL), e aquela apresentada na própria Representação da Receita Federal, datada de 23.05.2007 (fl. 3, apenso 2, vol. II, do IPL 610/2011-4), visto que, naquela, o valor do crédito tributário seria de R\$ 4.354.449,78; enquanto, nesta, o valor



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Cid Marconi

APELAÇÃO CRIMINAL 13573-PE (0004823-45.2015.4.05.8300)

do crédito informado seria de R\$ 7.546.373,44, situação que, conforme o ora apelante, o teria prejudicado, visto que, o segundo valor, que seria maior que o primeiro, teria sido o considerado para fins de majoração da pena. Por fim, alega ser impertinente a inclusão do auto de infração 19647.004799/2007-11 na Representação Fiscal para Fins Penais nº 19647.004807/2007-29, visto que tal auto de infração teria resultado da exclusão da Pessoa Jurídica do SIMPLES, em razão de ela ter ultrapassado o limite do benefício fiscal, e não por ter cometido fraude fiscal. Assim, como a própria lei do SIMPES estabeleceria a exclusão do benefício fiscal com a cobrança dos respectivos tributos, não estaria configurada a tipicidade do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, pois o simples atraso no recolhimento dos tributos não configuraria crime contra a ordem tributária, não havendo materialidade nem dolo no cometimento do crime. Neste ponto, segundo o apelante, a sentença teria sido omissa ao afirmar que o debate era incabível em razão da independência entre as instâncias administrativa, civil/tributária e penal, constituindo cerceamento de defesa.

4. Relativamente à preliminar de cerceamento de defesa, a essência dos fundamentos apresentados pelo ora apelante se relacionam ao fato de que, o julgado ora recorrido, não teria apreciado suas alegações relativas à impertinência da inclusão, do auto de infração nº 19647.004799/2007-11, na Representação Fiscal para Fins Penais nº 19647.004807/2007-29, uma vez que tal auto de infração teria resultado da exclusão da Pessoa Jurídica do SIMPLES, em razão dela ter ultrapassado o limite do benefício fiscal, e não por ter cometido fraude fiscal, sendo indevida a aplicação art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90. No entanto, além de não merecer acolhimento a tese de que teria havido omissão – *na medida em que a tese defensiva foi devidamente apreciada e afastada na sentença (tanto que sequer apresentados embargos declaratórios em face do édito condenatório)* – mister se faz destacar não haver qualquer incompatibilidade entre a origem do processo administrativo de exclusão da pessoa jurídica CLEIDSON ROBERTO DE ARAÚJO - ME do SIMPLES e a Representação Fiscal para Fins Penais em que se apurava a configuração da conduta tipificada no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90. Isso porque, conforme consta da mencionada Representação Fiscal (apenso III, Volume 1, do IPL 610/2011), a exclusão se deu com base



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Cid Marconi

APELAÇÃO CRIMINAL 13573-PE (0004823-45.2015.4.05.8300)

nas informações constantes da base de dados da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, na qual se constatou que a empresa teria auferido receita bruta decorrente de vendas de mercadorias em valor não só acima do limite estabelecido para ingressar no Simples, como também acima dos valores que foram declarados à Receita Federal, conduta esta, **em tese**, tipificada no art. 1º, I, da Lei n.º 8.137/90 (sonegação fiscal). Preliminar afastada.

5. Em relação aos anos-calendários de 2001 a 2004 – *de que trata a Representação Fiscal Para Fins Penais nº 19647.004807/2007-29* – a pessoa jurídica CLEIDSON ROBERTO DE ARAÚJO – ME apresentou Declarações Anuais Simplificadas - DAS (fls. 28/42v, do apenso II, volume 02), informando valores referentes à receita bruta mensal divergentes daqueles informados à Secretaria da Fazenda do Estado – SEFAZ-PE, motivo pelo qual o contribuinte foi excluído do sistema SIMPLES a partir do ano-calendário de 2002, conforme o processo administrativo nº 19647.001603/2007-36 (apenso III). Assim, para o ano calendário 2001, após a fiscalização no procedimento administrativo nº 19647.004799/2007-11¹³, foram lavrados autos de infração relativos a IRPJ-SIMPLES¹⁴, PIS/Pasep-SIMPLES¹⁵, CSLL-SIMPLES¹⁶, COFINS-SIMPLES¹⁷ e Contribuição para Seguridade Social-INSS-SIMPLES¹⁸; enquanto para os anos 2002 a 2004, objeto do processo administrativo nº 19647.004801/2007-51¹⁹, considerando a exclusão do SIMPES a partir de 2002, foram lavrados autos de infração relativos a IRPJ²⁰, PIS/Pasep²¹, COFINS²², CSLL²³. Como resultado, foram constituídos créditos tributários no montante de R\$ 931.616,80 (para o ano-calendário de 2001), e de R\$ 7.546.373,44 (para os anos-calendário 2002 a 2004), sendo que a constituição

¹³ Desmembrado do processo administrativo nº 19647.001603/2007-36

¹⁴ Apenso 2, Volume II, fls. 128/129v

¹⁵ Apenso 2, Volume II, fls. 131v/133

¹⁶ Apenso 2, Volume II, fls. 135/136v

¹⁷ Apenso 2, Volume II, fls. 138v/140

¹⁸ Apenso 2, Volume II, fls. 142v/144

¹⁹ Desmembrado do processo administrativo nº 19647.001603/2007-36

²⁰ Apenso 2, Volume II, fls. 95v/97v

²¹ Apenso 2, Volume II, fls. 102/104

²² Apenso 2, Volume II, fls. 108v, 112/113v

²³ Apenso 2, Volume II, fls. 115/117



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Cid Marconi

APELAÇÃO CRIMINAL 13573-PE (0004823-45.2015.4.05.8300)

definitiva remonta a 21.10.2013, conforme o relatado no Ofício da Receita Federal à fl. 113.

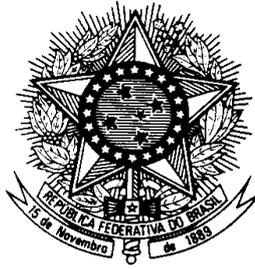
6. Por sua vez, no que se refere ao ano-calendário de 2005 – *de que trata a Representação Fiscal Para Fins Penais nº 19647.019073/2008-63* – tem-se que a referida empresa apresentou Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - SIMPLES, informando faturamento inferior à real movimentação financeira em suas contas, tendo sido lavrado auto de infração²⁴ no valor de R\$ 21.526.716,68 (IRPJ, PIS, CSLL, COFINS). Quanto a este, tem-se que o crédito tributário foi devidamente constituído em 09.12.2008.

7. No concernente à tese de inconstitucionalidade da prova constante da Representação Fiscal para Fins Penais nº 19647.019073/2008-63, cujo crédito tributário foi obtido mediante informações de movimentação bancária requisitada diretamente aos bancos pela autoridade fiscal, mister se faz destacar que, acerca desse tema, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das ADIs nºs 2.386, 2.397 e 2.859, decidiu, por 9 votos a 2, pela constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que permite aos órgãos da administração tributária quebrar o sigilo fiscal de contribuintes sem autorização judicial. Na oportunidade, sagrou-se vencedora a tese de que a norma não configura quebra de sigilo bancário, mas sim transferência de informações entre bancos e o Fisco, ambos protegidos contra o acesso de terceiros.

8. No caso, a forma de obtenção dos dados bancários não contrariou a tese sufragada pelo STF acerca do tema, inclusive porque, na hipótese, o pedido de acesso às informações bancárias foi condicionado à atuação de um superior hierárquico do servidor então requerente, na medida em que tais informações foram requisitadas pelo Delegado-Adjunto da DRF Recife (superior hierárquico do Auditor-fiscal responsável pela fiscalização, tudo nos termos do Decreto nº 3724/2001 – apenso I, vol. I, do IP 610/2011-4).

9. No tocante à alegação de contradição entre as informações constantes do OFÍCIO Nº 2598/2013/GAB/SERAP/DIDAU/PRFN - 5ª Região, datado de 08.10.2013 (fl. 125 do IPL), e aquela apresentada na própria Representação da Receita Federal, datada de 23.05.2007 (fl. 3, apenso 2, vol. II, do IPL 610/2011-4), tem-se que, em verdade, a divergência nos valores de crédito tributário informados se deve ao

²⁴ Processo administrativo 19647.019072/2008-19



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Cid Marconi

APELAÇÃO CRIMINAL 13573-PE (0004823-45.2015.4.05.8300)

fato de que, enquanto no primeiro o valor de R\$ 4.354.449,78 se refere apenas ao IRPJ; na segunda, o valor de R\$ 7.546.373,44 diz respeito ao IRPJ e reflexos de PIS, COFINS E CSLL. Tanto é assim que, nos próprios anexos do Ofício nº 2598/2013/GAB/SERAP/DIDAU/PRFN-5ª Região, no qual consta o valor de R\$ 4.354.449,78, relativo IRPJ, a Procuradoria também encaminhou os valores de dívida ativa relativos a CSLL (R\$ 2.142.106,66), CONFINS (R\$ 5.967.751,05) e PIS (R\$ 1.293.011,85).

10. Não havendo dúvida quanto à configuração da materialidade delitiva – a) *Representação Fiscal para Fins Penais n.º 19647.019073/2008-63 (fls. 1/8, apenso 1, vol. I, do IPL 610/2011); b) Representação Fiscal para Fins Penais n.º 19647.004807/2007-29 (fls. 1/4, apenso 2, vol. II, do IPL 610/2011); c) declaração de firma individual e demais atos da empresa (fls. 65/82 do IPL 610/2011); d) depoimentos de ex-funcionários da empresa prestados na Polícia Federal (fls. 222/223 do IPL 610/2011) e em Juízo; e) declarações do acusado perante a autoridade policial (fls. 224/225 do IPL 610/2011) e em Juízo (fl. 75); f) despacho à fl. 196, do apenso 2, vol. II do IPL 610/2011, além dos ofícios 1230/09 - GAB/DRF/REC (fl. 13 do IPL), nº 714/11 - GAB/DRF/REC (fl. 21 do IPL 610/2011) e nº 2598/20013/GAB/SERAP/DIDAU/PRFN - 5ª Região (fl. 125 do IPL) – tem-se por igualmente configurado o dolo do ora apelante – responsável pela empresa – na conduta consistente em omitir ao Fisco informações relevantes, relativas ao auferimento de receita da mencionada empresa, em face do que derivariam obrigações tributárias. Neste tocante, o próprio acusado admitiu, em Juízo, que era o único proprietário da empresa, cabendo-lhe, portanto, a sua gerência, tendo, inclusive, ficado na condição de real administrador daquela pessoa jurídica entre 1999 e 2005.*

11. Ainda no tema autoria, a tese do ora apelante no sentido de atribuir ao contador da empresa a responsabilidade pela omissão das informações, se mostrou absolutamente frágil, não apenas diante da sua inequívoca condição de administrador da empresa, mas também pela circunstância de sequer ter sabido declinar o endereço do referido contador, tendo se limitado a informar que ele poderia ser encontrado no Município de Olinda/PE. Bem assim, refira-se que, da mencionada omissão de informações, derivou o não recolhimento de tributos, com o conseqüente prejuízo para o Fisco (sentido amplo da



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Cid Marconi

APELAÇÃO CRIMINAL 13573-PE (0004823-45.2015.4.05.8300)

expressão) no montante de R\$ 30.004.706,92 (trinta milhões, quatro mil e setecentos e seis reais e noventa e dois centavos), rendendo azo à inscrição na Dívida Ativa da União.

12. Relativamente à dosimetria da pena, considerado o postulado da ampla devolutividade da apelação, havendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, bem como não tendo havido incidência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, tem-se como correto o aumento na fração de 1/3 (um terço), ante a previsão constante do art. 12, I, da Lei n.º 8.137/90, tendo em conta o valor do crédito tributário relativo aos anos-calendário em análise, no total de R\$ 30.004.706,92 (trinta milhões, quatro mil e setecentos e seis reais e noventa e dois centavos). Mostrou-se igualmente correta a incidência do aumento da pena em 1/3 (um terço), em face da caracterização de crime continuado (art. 71 do CP), tendo em vista que a conduta foi reiterada durante todas as competências dos anos-calendário de 2001 a 2005, com afastamento do aumento em decorrência do concurso formal. Quanto à pena de multa, fixada em apenas 5,4 (cinco vírgula quatro) salários mínimos, tem-se por adequada à situação econômica do réu. Ademais, a substituição da pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, se deu dentro dos parâmetros legais e de acordo com a proporcionalidade.

Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à Apelação, nos termos do relatório e voto do Desembargador Relator, que passam a integrar o presente julgado.

Recife (PE), 24 de outubro de 2019.

Desembargador Federal **CID MARCONI**
Relator