AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.428.244 - DF (2019/0011055-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	MARCOS ROBERTO DA CRUZ
ADVOGADO	:	CARLOS ALEXANDRE SANTOS DE ALMEIDA - SP172864
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por MARCOS ROBERTO DA CRUZ contra a decisão que não admitiu o processamento de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fls. 673/674):

> *PENAL. ART. 1º, INCISO I, DA LEI 8.137/90, EM CONTINUIDADE DELITIVA. RECURSO DEFENSIVO - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - AUSÊNCIA DE DOLO - MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. APELO MINISTERIAL. FIXAÇÃO DE PENA DE MULTA - EXTINÇÃO DO BTN (BÔNUS DO TESOURO NACIONAL) - SUBSTITUIÇÃO PELO PARÂMETRO DO SALÁRIO MÍNIMO, DO ARTIGO 49, § 1º, DO CÓDIGO PENAL - VIABILIDADE. REPARAÇÃO DE DANOS - DÉBITO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA E COM EXECUÇÃO FISCAL EM CURSO - IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO E APELO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *Afasta-se a alegação de ausência de provas a configurarem o ilícito, se restou comprovado que o acusado suprimiu tributos na condição de sócio-administrador da empresa, ao usufruir de benefício fiscal ao qual a empresa não mais fazia jus à época dos recolhimentos.*
>
> *Passa-se a admitir a substituição do índice BTN (Bônus do Tesouro Nacional) - indicado no parágrafo único do artigo 8º da Lei 8.137/90 e extinto pela Lei 8.177/91 - pelo salário mínimo, previsto no artigo 49, § 1º, do Código Penal, com amparo em precedentes do STJ (REsp 1.510.313-RJ).*
>
> *Estando o débito tributário já inscrito em dívida ativa e com execução fiscal em andamento, afasta-se o pedido de fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, sob pena de cobrança duplicada do valor sonegado (Precedentes).*

Opostos embargos de declaração pela defesa (e-STJ fls. 691/697), estes foram rejeitados pelo Tribunal de origem por acórdão ementado nos seguintes termos (e-STJ fl. 703):

> *PENAL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. EMBARGOS NÃO PROVIDOS.*
>
> *É de se negar provimento aos embargos de declaração quando não for constatada contradição ou omissão no acórdão recorrido, especialmente quando as questões levantadas nos embargos, por serem reflexas e indiretas quanto às provas produzidas, não alterarem o comando nem a conclusão do julgado.*

No recurso especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, alegou o recorrente a violação do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990, art. 8º, item 2, do Pacto de São José da Costa Rica, e art. 386, VI, do CPP (e-STJ fls. 715/724).

Sustenta, em síntese, a atipicidade da conduta delitiva que lhe fora imputada, sob o argumento de que ausente, no caso concreto, circunstância elementar do tipo penal descrito no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990, qual seja, a "*declaração falsa, que é fornecer informação adulterada, que não corresponde a verdade*"(e-STJ fl. 719). Sob esse prisma, defende que os valores declarados nos documentos fiscais – Guias de Informação Mensal – para fins de quantificação de créditos de ICMS coincidem com aqueles apurados no auto de infração lavrado pela autoridade fazendária.

Por outra vertente, alega a ausência do elemento subjetivo do tipo – o dolo –, sob o entendimento de ter demonstrado que "*prestou de forma regular suas declarações, que utilizou-se do benefício fiscal com fulcro no recurso interposto e adesão a novo regime especial*" (e-STJ fl. 722). Nessa esteira, afirma que a acusação inobservou ônus processual que lhe competia, deixando de desconstruir, por meio de provas, suas alegações defensivas. Assevera, assim, a existência de espaço para aplicação do princípio do *in dubio*

pro reo.

As contrarrazões foram apresentadas (e-STJ fls. 742/744), e o Tribunal local negou seguimento ao recurso especial (e-STJ fl. 751/754).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (e-STJ fls. 806/810).

É o relatório. **Decido**.

Preenchidos os requisitos formais e impugnado o fundamento da decisão agravada, conheço do agravo.

A pretensão recursal não merece acolhida.

O recorrente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, em 30 (trinta) dias-multa, à razão de 10/30 (dez trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990, na forma do art. 71 do CP (três vezes). A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos.

A defesa busca por meio do recurso ora em análise a prolação de um decreto absolutório. Alega, em suma, atipicidade do fato denunciado, seja pela ausência de circunstância elementar do tipo – prestar declaração falsa – seja pela ausência de dolo voltado à sonegação fiscal, isto é, a vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir tributo indevidamente.

Contudo, no tocante à materialidade e autoria do crime contra a ordem tributária, bem assim com relação à configuração do elemento subjetivo do tipo penal violado, o Tribunal *a quo*, quando do julgamento das apelações interpostas, fez as seguintes ponderações (e-STJ fls. 678/682):

> *Naquilo que interessa para o deslinde do recurso, em apertada síntese, narra a denúncia que nos meses de março, agosto e setembro de 2008, o acusado, na condição de gerente e administrador da sociedade comercial Grãos Brasil Distribuidora de Alimentos Ltda., de maneira livre e consciente, fraudou a fiscalização tributária, suprimindo ICMS, ao prestar*

declarações falsas à autoridade fazendária do DF. No referido contexto, a empresa era beneficiada pelo Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) 68/2005, o qual foi cassado em 11.2.2008 (fl. 39). E, mesmo após a cessação do privilégio, a empresa, nos meses acima descritos, suprimiu ICMS por meio de declarações feitas nas Guias de Informação Mensal de ICMS, e recolhimentos ao Fisco de valores inferiores ao que havia sido escriturado nos livros, conforme fls. 24/25, utilizando-se do benefício do TARE que não mais detinha.

O valor total apurado foi de R$ 43.331,37 (quarenta e três mil, trezentos e trinta e um reais e trinta e sete centavos), equivalente à soma dos valores não recolhidos referente aos meses de março (R$ 12.457,00), agosto (R$ 8.641,86) e setembro (RS 22.232,51), todos do ano de 2008, os quais, atualizados até 2009, somaram R$ 86.730,35 (oitenta e seis mil, setecentos e trinta reais e trinta e cinco centavos).

Com as razões de fls. 503/506, o representante ministerial pugna pela reforma da decisão, com vistas a fixar pena de multa correspondente ao crime tributário em questão, aplicando-se o artigo 49 do Código Penal, em substituição ao extinto "Bônus do Tesouro Nacional", bem como para que seja fixado o valor mínimo a título de reparação de danos causados ao Distrito Federal.

A Defesa de MARCOS ROBERTO DA CRUZ, às fls. 527/534, por seu turno, persegue um decreto absolutório. Em síntese, indica ter havido responsabilização penal objetiva do acusado, tendo em vista a ausência de materialidade do delito e ausência de dolo. Sustenta que não houve a utilização do benefício fiscal no mês de março de 2008. Afirma que, no tocante aos meses de agosto e setembro do mesmo ano, a empresa fazia jus ao REA-ICMS (Regime Especial de Apuração de ICMS).

Analisa-se, inicialmente, o apelo defensivo, porquanto eventual provimento implica na prejudicialidade do recurso manejado pelo Ministério Público.

A materialidade é inconteste.

De início cumpre consignar que o crédito tributário foi constituído definitivamente em 10.9.2012 e inscrito na divida ativa em 25.2.2013, conforme fl. 252, após regular processamento do Auto de Infração 6273/2009-GEAUT (fls. 151/152 e seguintes).

O Termo de Cassação do Regime Especial data de 6 de fevereiro de 2008 (fl. 164), publicado no DODF n° 27, Seção 1, de 22.2.2008, conforme verificação feita à internet.

No que concerne à autoria, dúvida não há de que o réu era o sócio-administrador da empresa autuada, à época dos fatos

mencionados na denúncia (fls. 181/182) e, no que concerne à negativa de sonegação fiscal, a tese não é nova e foi escandida pela douta inteligência monocrática, nos seguintes termos:

> *"(...) Interrogado, o réu negou a autoria do crime (fls. 462/463).* ***Disse que, em 2005, foi para Brasília e "montou" a empresa Grãos Brasil, devido ao benefício fiscal do TARE, mas o referido benefício fiscal restou cassado em fevereiro de 2008. Sobre o recolhimento do ICMS, afirmou ter apurado normalmente no mês de março, bem assim terem sido recolhidos os valores do tributo nos meses de setembro e outubro do ano de 2008 pelo regime do "GEA" ou "algo parecido", sendo tal regime substitutivo do regime do TARE. Também disse que o seu contador, à época dos fatos, era muito "sistemático" e "certinho".***
>
> *Embora o réu tenha negado a autoria do crime em questão,* ***as provas carreadas aos autos não deixam dúvidas de que MARCOS ROBERTO praticou o delito descrito na exordial acusatória.***
>
> *Com efeito, colheu-se a oitiva da* ***testemunha Álvaro José (fls. 400/401), o qual disse ter sido o contador da Empresa Grãos Brasil, no período de 2005 até o início de 2009, tendo afirmado ter tomado conhecimento da cassação do TARE em 2008 e do auto de infração sobre a cobrança da diferença das alíquotas. Indagado pelo Ministério Público sobre o motivo ter sido lançado tributos como se a empresa ainda tivesse no regime do TARE, a testemunha não soube esclarecer, de forma precisa. Mas afirmou que o regime do TARE foi declarado inconstitucional e, em seguida, foi substituído pelo REA do qual a empresa em questão foi inscrita, bem assim afirmou que precisaria ter acesso aos livros fiscais da época para responder a pergunta da acusação.*** *Por fim, a Defesa ficou de apresentar a cópia de documentos do processo administrativo pertinente ao objeto dos autos.*
>
> *Por sua vez,* ***a testemunha Danilo Alves foi ouvida em Juízo (427/428). Na oportunidade, narrou que após as empresas perderem o regime do TARE, os auditores faziam a apuração pelo regime normal para cobrança do ICMS devido. Indagado pelo Ministério Público, afirmou que não "batiam' os dados declarados nas "GIMs" com aqueles registrados nos livros fiscais da empresa, tendo, assim, apurado o valor suprimido****.*
>
> *Do cenário exposto, extrai-se do conjunto probatório apto a atribuir ao acusado a autoria dos fatos descritos na denúncia.*
>
> *Com efeito,* ***o réu era o administrador do referido***

estabelecimento empresarial, o que não foi negado pelo acusado, menos ainda desmentido pelas testemunhas, o que inclusive encontra-se documentalmente comprovado nos autos, conforme o termo de cadastro do Distrito Federal (fl. 15) e alteração e consolidação contratual n° 03 (fls. 170-173).

Assim, evidentemente, o réu assumiu o risco pela ocorrência de sonegação fiscal, até porque nos crimes contra a ordem tributária, na qualidade de administrador, tinha a obrigação de fiscalizar, administrar; gerenciar a empresa e zelar por sua regularidade fiscal, nos termos do art. 135 do CTN. Note-se que ***o acusado tinha conhecimento da cassação do regime tributário do TARE levada a efeito em fevereiro de 2008, da qual a sociedade empresarial Grãos Brasil Distribuidora de Alimentos LTDA era beneficiária, conforme restou esclarecido na instrução criminal, bem assim se observa do recurso administrativo (fls. 154-159) do qual restou julgado improcedente (fls. 183 189).***

Nesse sentido, em razão da exclusão da sociedade empresarial do regime de apuração do TARE, os auditores tributários realizaram o procedimento administrativo fiscal para lançamento do valor devido do ICMS pelo regime de apuração normal, o que culminou no auto de infração de n° 6278/2009 - GEAUT (fls. 09-11).

A apuração levada a efeito pelo Fisco Distrital levou-se em consideração a comparação dos dados declarados nas GIM's com os constantes nos livros fiscais, conforme esclareceu a testemunha Danilo Alves. Além disso, também está documentado nos autos, mormente se depreende do auto de infração n° 6278/2009 - GEAUT (fls. 09-11), do demonstrativo de ICMS - débitos fiscais X recolhimentos do demonstrativo de diferença entre o que foi escriturado e não foi corretamente recolhido ou declarado (fls. 24/25) e do relatório comparativo entre valores X declarados X recolhidos (fls. 26-28). Por outro lado, a Defesa juntou aos autos cópia do requerimento para REA-ICMS (fls. 419/420). Porém, esse documento, por si só, não tem condão de modificar o quadro fático delineado na denúncia, porquanto não comprova ter sido a empresa beneficiária do regime do REA ou mesmo se beneficiada pudesse impactar nos valores de ICMS suprimidos, conforme descritos na exordial acusatória.

Destaco ainda que o crime em apreço prescinde de dolo especifico, bastando o dolo genérico. Com o mesmo entendimento, é a jurisprudência do TJDFT:

O tipo penal previsto no art. 1º, incisos II e V, da Lei n °

8.137/90 não exige a vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir tributo, fazendo-se necessário apenas o dolo genérico para a sua configuração. O ilícito penal tributário previsto no artigo 1° da lei n° 8.137/1990 possui preceito secundário duplo, qual seja: imposição de reprimenda privativa de liberdade cumulada com pena pecuniária, o que não exclui a atuação oficiosa do fisco em apurar o montante tributário devido, acrescido dos juros de mora, e da multa tributária. Não cabe ao Juízo criminal aferir a razoabilidade, proporcionalidade e o caráter confiscatório ou não da multa tributária estabelecida pelo fisco no auto de infração tributário.

Nesse contexto, ***induvidosamente, o réu suprimiu ICMS devido ao Fisco Distrital, nos meses de março, agosto e setembro de 2008, ao prestar declaração falsa às autoridades fazendárias do Fisco Distrital, por meio das guias de informação mensal de ICMS - GIM's e, assim, recolher valores inferiores, utilizando-se do regime do TARE, mesmo sabendo que não mais detinha o benefício fiscal.***

Salienta-se ainda que o tipo penal não estabelece a aplicação de prisão por dívida, já que o que se criminaliza é o descumprimento do dever legal de pagar o tributo de acordo com a lei, e não a omissão no pagamento da divida.

Por oportuno, deve-se esclarecer que as condutas criminosas cingem-se apenas em relação aos meses de março, agosto e setembro de 2008, porquanto o ***termo de cassação do TARE foi proferido em 11-02-2008.*** *Todavia, embora a decisão pela cassação tenha efeitos retroativos a partir de maio de 2006, não se pode retroagir até essa data, para os fins criminais.*

(...)

Bem se vê, pois, que o douto Julgador desincumbiu-se do seu mister com a devida acuidade, apreciando a prova com percuciência.

A análise da prova angariada converge a um juízo de certeza da acusação, quanto aos fatos narrados na exordial acusatória, sobretudo pelas provas documentais que atestaram a sonegação fiscal nos meses de março, agosto e setembro de 2008.

Sem alento, pois, a irresignação do apelante ao asseverar que o decreto condenatório se ressente de provas aptas à condenação. A prova coligida é robusta, hígida e suficiente para confirmar que o réu concorreu na prática do crime de sonegação fiscal, previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, quando prestou

> *declarações falsas à autoridade fazendária, nos meses suso referidos, efetuando, pois, recolhimento de ICMS aos cofres públicos em montante inferior ao exigido por lei.*
>
> *Anota-se, ainda, que a fraude foi praticada em continuidade delitiva, durante três meses, além do expressivo volume de imposto não recolhido aos cofres públicos - R$ 86.730,35 (oitenta e seis mil, setecentos e trinta reais e trinta e cinco centavos), atualizados até o ano de 2009.*
>
> *Destarte, mantém-se a condenação nos termos da r. sentença. (Original sem destaques)*

Como visto, no que se refere à condenação do recorrente pela prática do crime de sonegação fiscal, sob regime de continuidade delitiva, o acórdão recorrido encontra fundamento em profunda análise do conjunto probatório disponível nos autos. Com efeito, a instância ordinária verificou que, **apesar de ciente da exclusão da sociedade empresária Grãos Brasil Distribuidora de Alimentos Ltda. do programa definido pelo Termo de Acordo de Regime Especial n. 68/2005 (TARE)**, o recorrente, enquanto administrador daquela pessoa jurídica, utilizando-se do referido benefício fiscal, **cassado em 11/2/2008**, suprimiu ICMS mediante declarações inidôneas inseridas em Guias de Informação Mensal, recolhendo tributos sobre valores inferiores aos que escriturados nos livros fiscais nos meses de março, agosto e setembro de 2008.

Rever as conclusões alcançadas pela instância ordinária no tocante à materialidade e autoria do fato e à presença do elemento subjetivo do tipo, demandaria o reexame de provas, o que, em sede de recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice da Súmula n. 7/STJ.

Por fim, observa-se que a matéria regulada pelo art. 8º, item 2, do Pacto de São José da Costa Rica não foi debatida junto ao Tribunal de origem, ressentindo a pretensão recursal, no ponto, do imprescindível prequestionamento. Inviável, portanto, a análise postulada, sob pena de supressão de instância. Incidência, por analogia, do óbice da Súmula 211/STJ –

Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, III, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "a", do RISTJ, **conheço** do agravo para **não conhecer** do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator