



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.158.834 - ES (2009/0178936-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : ADEMAR MOREIRA LOBATO
ADVOGADO : LEONARDO VELLO DE MAGALHÃES E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COMPROVADA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA. DESNECESSÁRIA SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS NÃO INFORMADAS NA DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 1º DA LEI Nº 8.137/90. CONSUBSTANCIADA FRAUDE E NÃO MERO INADIMPLEMENTO. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS. ART. 42 DA LEI Nº 9.430/93. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. IMPRESCINDIBILIDADE DE EXAME DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SONEGAÇÃO DE VULTOSA QUANTIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 12, I, DA LEI Nº 8.137/90. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1- O Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar o *habeas corpus* nº 81.611/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence (DJU de 13/05/2005), firmou o entendimento, que posteriormente veio a ser seguido também nesta Corte, de que, nos crimes contra a ordem tributária, a constituição definitiva do crédito tributário e consequente reconhecimento de sua exigibilidade e valor devido configura uma condição objetiva de punibilidade, ou seja, se apresenta como um requisito cuja existência condiciona a punibilidade do injusto penal.

2- *In casu*, o crédito tributário no qual se baseou a ação penal já foi devidamente lançado pela autoridade fiscal, estando atualmente sendo executado pela Procuradoria da Fazenda Nacional por meio de Execução Fiscal nº 0005812-53.2006.4.2.5001 (Número antigo 2006.50.01.005812-4), razão pela qual integralmente preenchidos os requisitos para a propositura e prosseguimento da ação criminal.

3- Exige-se para a propositura da ação penal o lançamento definitivo do crédito tributário, condição que não pode ser confundida com a ausência de discussão sobre o débito fiscal.

4- A impugnação do débito na seara cível, embora possa ter consequências sobre o julgamento da lide penal, não obsta automaticamente a *persecutio criminis*, haja vista a independência da esfera cível e penal.

5- Na espécie, a suspensão da Ação Penal é medida de todo desnecessária, vez que a exceção de pré-executividade e demais recursos interpostos pelo recorrente foram rejeitados, tendo a Execução Fiscal prosseguido em seus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ulteriores termos, sem o acolhimento da suposta nulidade alegada. A interposição de Recurso Especial, sem efeito suspensivo, não tem o condão de interromper o prosseguimento da ação executória, que inclusive encontra-se em fase avançada com a indisponibilidade dos bens do executado.

6- Reconhecida pelas instâncias ordinárias a regularidade do procedimento fiscal, alcançar conclusão diversa implicaria em inevitável revolvimento do arcabouço probatório, o que é vedado na via eleita, nos termos do que dispõe o enunciado 7 do Superior Tribunal de Justiça .

7- Esta Corte tem firme jurisprudência segundo a qual a incompatibilidade entre os rendimentos informados na declaração de ajuste anual e os valores movimentados no ano-calendário em conta bancária caracterizam presunção relativa de omissão de receita.

8- Consta dos autos, que o recorrido teria, no ano-calendário de 2000, realizado movimentação financeira da ordem de R\$3.000.000,00 (três milhões de reais), sendo que na declaração de ajuste anual apresentada constava um total de R\$28.223,12 (vinte e oito mil, duzentos e vinte e três reais e doze centavos) de rendimentos tributáveis.

9- Não identificados os valores creditados na conta bancária do contribuinte, há uma presunção legal, no sentido de que estes valores lhe pertencem, sujeitos, portanto, à incidência do IRPF.

10- A conduta de deixar de pagar tributo, por si só não constitui crime. Assim, se o contribuinte declara todos os fatos geradores à repartição fazendária, de acordo com a periodicidade exigida em lei, mas não paga o tributo, não comete crime, mas mero inadimplemento. O crime contra a ordem tributária pressupõe, além do inadimplemento, alguma forma de fraude, que na espécie, consubstanciou-se em omissão de receitas na declaração de renda firmada pelo agravante.

11-É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a adequada pena-base a ser aplicada ao réu, bem como a ocorrência ou não do fato típico. Incidência do enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.

12. Resta motivada a majoração da pena, nos termos do art. 12, I da Lei 8.137/90., em razão do grave dano a coletividade, compreendido na sonegação de vultosa quantia aos cofres públicos. Precedentes. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

13. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 19 de fevereiro de 2013(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.158.834 - ES (2009/0178936-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : ADEMAR MOREIRA LOBATO
ADVOGADO : LEONARDO VELLO DE MAGALHÃES E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto por ADEMAR MOREIRA LOBATO, contra decisão monocrática, de minha lavra, que negou seguimento ao recurso especial, nos seguintes termos:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COMPROVADA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA. DESNECESSÁRIA SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS NÃO INFORMADAS NA DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 1º DA LEI Nº 8.137/90. CONSUBSTANCIADA FRAUDE E NÃO MERO INADIMPLEMENTO. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS. ART. 42 DA LEI Nº 9.430/93. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. IMPRESCINDIBILIDADE DE EXAME DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SONEGAÇÃO DE VULTOSA QUANTIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 12, I, DA LEI Nº 8.137/90. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. " (fls. 317).

Renova o agravante, às fls. 335/359 as razões do recurso especial e postula a reconsideração da decisão atacada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.158.834 - ES (2009/0178936-0)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COMPROVADA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA. DESNECESSÁRIA SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS NÃO INFORMADAS NA DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 1º DA LEI Nº 8.137/90. CONSUBSTANCIADA FRAUDE E NÃO MERO INADIMPLEMENTO. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS. ART. 42 DA LEI Nº 9.430/93. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. IMPRESCINDIBILIDADE DE EXAME DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SONEGAÇÃO DE VULTOSA QUANTIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 12, I, DA LEI Nº 8.137/90. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1- O Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar o *habeas corpus* nº 81.611/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence (DJU de 13/05/2005), firmou o entendimento, que posteriormente veio a ser seguido também nesta Corte, de que, nos crimes contra a ordem tributária, a constituição definitiva do crédito tributário e consequente reconhecimento de sua exigibilidade e valor devido configura uma condição objetiva de punibilidade, ou seja, se apresenta como um requisito cuja existência condiciona a punibilidade do injusto penal.

2- *In casu*, o crédito tributário no qual se baseou a ação penal já foi devidamente lançado pela autoridade fiscal, estando atualmente sendo executado pela Procuradoria da Fazenda Nacional por meio de Execução Fiscal nº 0005812-53.2006.4.2.5001 (Número antigo 2006.50.01.005812-4), razão pela qual integralmente preenchidos os requisitos para a propositura e prosseguimento da ação criminal.

3- Exige-se para a propositura da ação penal o lançamento definitivo do crédito tributário, condição que não pode ser confundida com a ausência de discussão sobre o débito fiscal.

4- A impugnação do débito na seara cível, embora possa ter consequências sobre o julgamento da lide penal, não obsta automaticamente a *persecutio criminis*, haja vista a independência da esfera cível e penal.

5- Na espécie, a suspensão da Ação Penal é medida de todo desnecessária, vez que a exceção de pré-executividade e demais recursos interpostos pelo recorrente foram rejeitados, tendo a Execução Fiscal prosseguido em seus ulteriores termos, sem o acolhimento da suposta nulidade alegada. A interposição de Recurso Especial, sem efeito suspensivo, não tem o condão de interromper o prosseguimento da ação executória, que inclusive encontra-se em fase avançada com a indisponibilidade dos bens do executado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6- Reconhecida pelas instâncias ordinárias a regularidade do procedimento fiscal, alcançar conclusão diversa implicaria em inevitável revolvimento do arcabouço probatório, o que é vedado na via eleita, nos termos do que dispõe o enunciado 7 do Superior Tribunal de Justiça .

7- Esta Corte tem firme jurisprudência segundo a qual a incompatibilidade entre os rendimentos informados na declaração de ajuste anual e os valores movimentados no ano-calendário em conta bancária caracterizam presunção relativa de omissão de receita.

8- Consta dos autos, que o recorrido teria, no ano-calendário de 2000, realizado movimentação financeira da ordem de R\$3.000.000,00 (três milhões de reais), sendo que na declaração de ajuste anual apresentada constava um total de R\$28.223,12 (vinte e oito mil, duzentos e vinte e três reais e doze centavos) de rendimentos tributáveis.

9- Não identificados os valores creditados na conta bancária do contribuinte, há uma presunção legal, no sentido de que estes valores lhe pertencem, sujeitos, portanto, à incidência do IRPF.

10- A conduta de deixar de pagar tributo, por si só não constitui crime. Assim, se o contribuinte declara todos os fatos geradores à repartição fazendária, de acordo com a periodicidade exigida em lei, mas não paga o tributo, não comete crime, mas mero inadimplemento. O crime contra a ordem tributária pressupõe, além do inadimplemento, alguma forma de fraude, que na espécie, consubstanciou-se em omissão de receitas na declaração de renda firmada pelo agravante.

11-É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a adequada pena-base a ser aplicada ao réu, bem como a ocorrência ou não do fato típico. Incidência do enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.

12. Resta motivada a majoração da pena, nos termos do art. 12, I da Lei 8.137/90., em razão do grave dano a coletividade, compreendido na sonegação de vultosa quantia aos cofres públicos. Precedentes. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

13. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência não merece prosperar. Com efeito, conforme explicitado na decisão agravada o Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar o *habeas corpus* nº 81.611/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence (DJU de 13/05/2005), firmou o entendimento, que posteriormente veio a ser seguido também nesta Corte, de que, nos crimes contra a ordem tributária, a constituição definitiva do crédito tributário e consequente reconhecimento de sua exigibilidade e valor devido configura uma condição objetiva de punibilidade, ou seja, se apresenta como um requisito cuja existência condiciona a punibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do injusto penal.

Dessarte, o início da *persecutio criminis in iudicio* ou até mesmo a instauração de inquérito policial somente se justificam após a constituição definitiva do crédito tributário, sendo flagrante o constrangimento ilegal decorrente da inobservância deste dado objetivo.

Neste sentido, confira-se o teor da súmula vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

"não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei no 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

Confiram-se, ainda, os seguintes precedentes desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FALTA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE. 1. De acordo com o entendimento desta Corte e do Excelso Pretório, constatada a falta de constituição definitiva de crédito tributário perante a esfera administrativa, impõe-se o trancamento do inquérito policial ou da ação penal instaurados para apuração do crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/90, por falta de condição objetiva de punibilidade. 2. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no REsp 778.228/PA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 08/03/2010).

"PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* – APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA – TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL – INSTAURAÇÃO EM CONCOMITÂNCIA COM O PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO – INEXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO DO *QUANTUM DEVIDO* – DISCUSSÃO SOBRE A EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO – RECENTE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – TRANCAMENTO – SUSPENSÃO DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO. 1. O trancamento de inquérito policial somente é viável ante a cabal e inequívoca demonstração da atipicidade do fato ou da completa inexistência de qualquer indício de autoria em relação aos pacientes. 2. Consoante recente orientação jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte, eventual crime contra a ordem tributária depende, para sua caracterização, do lançamento definitivo do tributo devido pela autoridade administrativa. 3. Na mesma linha, o Pleno da Suprema Corte entendeu ser necessário o término do processo administrativo que discuta a exigibilidade do tributo no que pertine ao delito de apropriação indébita previdenciária. 4. Negado provimento ao agravo regimental". (AgRg no HC 109.488/CE, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 25/09/2008, DJe 13/10/2008).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, o crédito tributário no qual se baseou a ação penal já foi devidamente lançado pela autoridade fiscal, estando atualmente sendo executado pela Procuradoria da Fazenda Nacional por meio de Execução Fiscal nº 0005812-53.2006.4.2.5001 (Número antigo 2006.50.01.005812-4), razão pela qual integralmente preenchidos os requisitos para a propositura e prosseguimento da ação criminal.

Ressalte-se, outrossim, que para a propositura da ação penal exige-se o lançamento definitivo do crédito tributário, condição que não pode ser confundida com a ausência de discussão sobre o débito fiscal.

Dessa forma, a impugnação do débito na seara cível, embora possa ter consequências sobre o julgamento da lide penal, não obsta automaticamente a *persecutio criminis*, haja vista a independência da esfera cível e penal. Neste cenário, cabe ao condutor da ação, avaliar nos termos do artigo 93 do Código de Processo Penal, a possibilidade ou não de suspensão do feito.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1.º, INCISO I, DA LEI N.º 8.137/90. AÇÃO PENAL. CRÉDITO FISCAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO CONCLUÍDO. EXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO. DELITO CONSUMADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o entendimento desta Corte e do Pretório Excelso, não há justa causa para a persecução penal quanto ao crime previsto no art. 1º, da Lei n.º 8.137/90, se o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, uma vez que sua inexistência impede a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional.

2. Na hipótese, entretanto, restou consignado pelo Tribunal de origem que o procedimento administrativo instaurado para apurar o débito fiscal foi concluído, tendo o acórdão fiscal transitado em julgado.

3. O fato de ter sido ajuizada ação anulatória de débito fiscal, a qual se encontra ainda em curso, não tem o condão de impedir o prosseguimento da ação penal. Isso porque o art. 83 da Lei n.º 9.430/96 somente exige decisão final na esfera administrativa sobre a existência fiscal do crédito tributário, o que já ocorreu na espécie.

4. A pendência de discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário perante o Judiciário constitui óbice, tão-somente, à prática de atos tendentes à cobrança do crédito, não impossibilitando a instauração da ação penal cabível, dada a independência das esferas cível e criminal. Precedentes.

5. Ordem denegada.

(HC 137494/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 03/11/2011)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. PENDÊNCIA DE AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FISCAL EM QUE SE DISCUTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO, JÁ DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO, RELACIONADO COM OS FATOS EM APURAÇÃO. INTEGRIDADE DO LANÇAMENTO REALIZADO NÃO AFETADA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS.

I - "A existência de ação cível anulatória do crédito tributário não impede a persecução penal dos agentes em juízo, em respeito à independência das esferas cível e criminal. Precedentes.

Ainda que obtido êxito no pedido de antecipação de tutela na seara cível, a fim de impedir a inscrição dos agentes em dívida ativa, condição de procedibilidade da execução fiscal, inadmissível o trancamento da ação penal, notadamente quando a decisão a eles favorável não afetou diretamente o lançamento do tributo devido, que, até decisão definitiva em contrário, não pode ser considerado nulo ou por qualquer outro modo maculado." (RHC 21.929/ PR, 5ª Turma, Relª. Minª. Jane Silva - Desembargadora Convocada do TJ/MG -, DJU de 10/12/2007).

II - Não se pode, na hipótese, tomar o fato de existir ação anulatória de débito fiscal, ainda que como questão prejudicial heterogênea facultativa (art. 93 do Código de Processo Penal) da questão penal, porquanto, até aqui, o lançamento do tributo não foi atingido.

III - A prejudicial heterogênea não obriga a suspensão da ação penal. Vale dizer, não obsta automaticamente a *persecutio criminis*, ex vi do art. 93 do CPP. Habeas corpus denegado.

(HC 159111/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 08/11/2010)

In casu, a suspensão da Ação Penal é medida de todo desnecessária, vez que a exceção de pré-executividade, bem como os demais recursos interpostos, foram **todos** rejeitados, tendo a Execução Fiscal prosseguido em seus ulteriores termos, sem o acolhimento da suposta nulidade alegada pelo recorrente. Ressalte-se, que a interposição de Recurso Especial, sem efeito suspensivo, não tem o condão de interromper o prosseguimento da ação executória, que inclusive encontra-se em fase avançada com a indisponibilidade dos bens do executado.

Gize-se, ademais, que reconhecida pelas instâncias ordinárias a regularidade do procedimento fiscal, alcançar conclusão diversa implicaria em inevitável revolvimento do arcabouço probatório, o que é vedado na via eleita, nos termos do que dispõe o enunciado 7 desta Corte:

"A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

Passo outro, não há falar em infringência ao artigo 1º da Lei 8.137/90 sob alegação de atipicidade da conduta.

Com efeito, esta Corte Superior de Justiça tem firme jurisprudência segundo a qual a incompatibilidade entre os rendimentos informados na declaração de ajuste anual e os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valores movimentados no ano-calendário em conta bancária caracterizam presunção relativa de omissão de receita.

Segundo o posicionamento deste Sodalício, o dolo manifesta-se na conduta dirigida à omissão de receita e a redução do Imposto de Renda Pessoa Física, concretizada com a apresentação da declaração de IRPF sem informar a realização da respectiva movimentação financeira.

A propósito, confirmam-se nesse sentido, os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NULIDADES. SÚMULA 7/STJ. MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS NÃO INFORMADAS NA DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90.

1. Não há falar em inépcia da inicial acusatória tampouco em nulidade da sentença condenatória, sob alegação de vício no procedimento administrativo fiscal. No caso, o Tribunal *a quo*, lastreado no acervo probatório dos autos, assegura a regularidade do contencioso fiscal e da constituição do débito tributário. Rever, no ponto, as conclusões do acórdão recorrido é inviável na via eleita, a teor da Súmula 7 desta Corte.

2. Este Superior Tribunal firmou posicionamento segundo o qual a incompatibilidade entre os rendimentos informados na declaração de ajuste anual e valores movimentados no ano-calendário caracterizam a presunção relativa de omissão de receita, que pode ser afastada por prova em contrário do contribuinte, ônus do qual não se desincumbiu o Recorrente.

3. De acordo com o posicionamento desta Corte, o dolo se manifesta na conduta dirigida à apresentação de declaração de imposto de renda sem informar a respectiva movimentação financeira, culminando com a omissão de receita e redução do IRPF.

4. Recurso especial conhecido em parte, nessa extensão, negado-lhe provimento.

(REsp 1326034/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 09/10/2012)

RHC– CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - VIA ADMINISTRATIVA SOBRE A DISCUSSÃO DO TRIBUTO ESGOTADA. CRIME EM TESE. INDÍCIOS DA AUTORIA E PROVA DA SUA EXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE ATIPICIDADE E DE CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE. APARENTE JUSTA CAUSA. NEGADO PROVIMENTO.

É possível a instauração da ação penal por crime contra a ordem tributária se o tributo já foi definitivamente apurado e não mais resta qualquer possibilidade de discussão na via administrativa.

A denúncia não é inepta se descreve fato típico e contém todos os requisitos legais.

O trancamento de ação penal só é possível quando a conduta narrada é atípica, ocorreu causa extintiva da punibilidade, não está comprovada a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência ou não existem indícios da autoria.

Ao contribuinte pessoa física ou jurídica, é dada a obrigação de informar à Receita Federal todos os seus rendimentos e, se ocorre omissão ou declaração falsa e se não paga o valor apurado do tributo, quando descoberto, além da execução fiscal fica sujeito, em tese, à persecução penal para apuração de crime previsto no artigo 1º da Lei 8.137/90.

Não se pode examinar a ilicitude de prova se esta não foi submetida ao crivo do Tribunal a quo, sob pena de supressão de instância.

A estreita via do habeas corpus é incompatível com dilação probatória e aprofundamento na matéria de mérito.

Recurso desprovido.

(RHC 20438/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 225)

Consta dos autos, que o recorrido teria, no ano-calendário de 2000, realizado movimentação financeira da ordem de R\$3.000.000,00 (três milhões de reais), sendo que na declaração de ajuste anual apresentada constava um total de R\$28.223,12 (vinte e oito mil, duzentos e vinte e três reais e doze centavos) de rendimentos tributáveis.

E ao contrário do que sustenta o recorrente, deve ele fazer prova da origem dos recursos, sob pena de serem considerados tributáveis, o que não foi providenciado pela defesa nem na fase administrativa, tampouco em sede judicial, consoante estabelecido no acórdão impugnado:

"Saliente-se, contudo, que o ora acusado em momento algum apresentou qualquer documento apto a comprovar a origem dos rendimentos movimentados em suas contas bancárias, tendo apenas dito em seu interrogatório (fls. 24/25) que o dinheiro movimentado em sua conta corrente não era sua renda, e sim proveniente da atividade profissional desenvolvida, sendo o numerário pertencente a terceiros. Ao final, declarou não possuir qualquer documentação que comprove tais operações.

Assim sendo, como bem ressaltou o Juízo *a quo*, a disponibilidade, pelo acusado, dos recursos depositados em suas contas é evidente, o que gera uma irretocabilidade na atribuição da aquisição financeira do réu."

Nem há falar ainda que a mera movimentação bancária, sem a necessária comprovação de acréscimo patrimonial não constitui base de cálculo para incidência da exação.

Com efeito, sobre a caracterização dos depósitos bancários como rendimento tributável dispõe o art.42 da Lei n.º 9.430/96:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

§ 5º. Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (grifei)

Assim, uma vez não identificados os valores creditados na conta bancária do contribuinte, há uma presunção legal no sentido de que estes valores lhe pertencem, sujeitos, portanto, à incidência do IRPF, apesar de não informados na declaração de ajuste anual.

É importante destacar, outrossim, que a conduta de deixar de pagar tributo, por si só não constitui crime. Assim, se o contribuinte declara todos os fatos geradores à repartição fazendária, de acordo com a periodicidade exigida em lei, mas não paga o tributo, não comete crime, mas mero inadimplemento. O crime contra a ordem tributária pressupõe, além do inadimplemento, alguma forma de fraude, que na espécie, consubstanciou-se em omissão de receitas na declaração de renda firmada pelo agravante.

Portanto, não está aqui a se discutir mero inadimplemento, mas sim crime contra a ordem tributária, capitulados no artigo 1º, incisos I e II da Lei 8.137/90.

Quanto à alegada violação ao artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o pretende o recorrente, em verdade, rediscutir a dosimetria da pena, o que demandaria, necessariamente, o reexame dos fatos e das provas produzidas nos autos.

De igual modo, no que tange à sustentada ofensa ao artigo 21, do Código Penal, referente ao erro sobre a ilicitude do fato, constata-se que a Corte de origem, soberana na análise dos fatos e provas, concluiu que não estava caracterizado o erro de proibição. Desse modo, rever tal entendimento, também implicaria incursão no substrato probatório dos autos.

É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a adequada pena-base a ser aplicada ao réu, bem como a ocorrência ou não do fato típico. Nesse contexto, verifica-se não possuir esta senda eleita espaço para a análise das matérias suscitadas pelo recorrente, cuja missão pacificadora restara exaurida pelas instâncias anteriores.

De fato, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Não se mostra plausível nova análise do contexto probatório por parte desta Corte Superior, a qual não pode ser considerada uma terceira instância recursal.

No mais, referida vedação encontra respaldo no enunciado nº 7 da súmula desta Corte, *verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". Confirmam-se, nesse sentido, os precedentes da Corte:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"AGRAVO REGIMENTAL. ESTELIONATO. AUMENTO DA PENA-BASE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 7/STJ. CARACTERIZAÇÃO DE CONTINUIDADE DELITIVA. REQUISITOS. SÚMULA Nº 7/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. IMPOSSIBILIDADE DO DELITO. INOVAÇÃO. 1. O exame da alegada impossibilidade de majoração da pena-base e a verificação dos requisitos para a aplicação da continuidade delitiva, como propugnado, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência sabidamente incompatível com a via estreita do recurso especial (enunciado nº 7/STJ). 2. (...). 3. (...). 4. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no REsp 1166546/SP, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, DJe 02/08/2010).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE MOEDA FALSA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE INOMINADA. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. SÚMULA 07/STJ. I - (...). II - Tendo em vista que o quadro fático explicitado tanto na exordial acusatória como no v. acórdão denota a existência de crime continuado, e não de crime permanente, a aceitação da tese abraçada na irresignação especial implicaria em reexame do material cognitivo (Enunciado da Súmula nº 07 do STJ). (Precedentes). Recurso especial parcialmente conhecido e, neste ponto, desprovido". (REsp 875.649/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 12/11/2007).

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284 DO STF. A pretensão de reformar a dosimetria da pena, exacerbada em face de circunstâncias judiciais afirmadas desfavoráveis, implica, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, consoante a Súmula n.º 7 do STJ. (...). Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no Ag 818.093/RJ, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, DJ 17/09/2007).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REEXAME FÁTICO. SÚMULA 7 DO STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO MAS IMPROVIDO. 1. Analisar novamente as circunstâncias judiciais do art 59 do Código Penal e também a violação do art. 180 do CP, implicaria em reexame de provas, ferindo, assim, o enunciado da Súmula nº 07. 2. (...). 3. Agravo regimental conhecido mas improvido". (AgRg no Ag 513.706/RJ, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, DJ 05/09/2005).

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTELIONATO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 07 DO STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Tendo em vista que o réu foi condenado pelo Tribunal *a quo* com base em provas documentais e testemunhais, a pretensão recursal de reverter o julgado implicaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, consoante o enunciado da Súmula n.º 7 do STJ. 2. Recurso não conhecido." (REsp 604.980/SE, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ 02.08.2004).

Por fim, verifica-se que o Tribunal Regional reconheceu a ocorrência de grave dano à coletividade em razão do vultoso o montante do tributo sonegado, estimado em R\$720.000,00 (setecentos e vinte mil reais) quando excluídos juros e multa.

A propósito, o seguinte trecho do *decisum* impugnado:

"No que tange à aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no artigo 12, I, da Lei nº 8.137/90, considerando que o réu deixou de recolher a quantia de R\$ 722.768,50 (setecentos e vinte e dois mil, setecentos e sessenta e oito reais e cinquenta centavos), excetuados juros ou multa, entendo caracterizado o grave dano à coletividade, apto a ensejar a aplicação da aludida causa de aumento.

Com efeito, como a evasão tributária obsta a regular captação de receita pelo Estado, o dano à coletividade, no caso, consiste na redução da capacidade financeira do Estado de cumprimento de sua função social, mediante a prestação das tutelas respectivas, consubstanciadas no fornecimento de bens e prestação de serviços.

Ademais, não assiste razão ao apelante no que tange à não previsão da aludida causa especial de aumento nos presentes autos, já que a denúncia se refere à ocorrência de grave dano a coletividade, tendo sido, inclusive, consignado no pedido de condenação, conforme fl. 07." (fl. 381/382)

Observa-se que o posicionamento adotado pela instância ordinária guarda ressonância na jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido, os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. A IMPETRAÇÃO DE MS CONTRA A INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO NÃO OBSTA O PROCEDIMENTO PENAL. ALEGAÇÃO JÁ DISCUTIDA, POR ESTA TURMA, NO JULGAMENTO DO HC 87.119/ES (DJU 11.12.07). DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL: 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.

ARROGÂNCIA NA CONDUÇÃO DA VIDA SOCIAL NÃO CONFIGURA CIRCUNSTÂNCIA DESABONADORA NO ÂMBITO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO ADSTRITA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. DOLO INTENSO. DESPROPORCIONALIDADE.

REDUÇÃO DA PENA BASE PARA 2 ANOS E 6 MESES DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECLUSÃO. ATENUANTE REFERENTE À CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

SÚMULAS 282 E 356 DO STF. A SONEGAÇÃO DE VULTOSA QUANTIA (R\$ 5.860.888,40) NÃO É ELEMENTAR DO TIPO, SERVINDO, PORTANTO, DE MOTIVAÇÃO AO AGRAVAMENTO DA PENA EM 1/3, NOS TERMOS DO ART. 12, I DA LEI 8.137/90. CONTINUIDADE DELITIVA. CRITÉRIO DA QUANTIDADE DE DELITOS PRATICADOS. A PRÁTICA DE 5 INFRAÇÕES IMPLICA NO AUMENTO DE 1/3 DA PENA E NÃO DE 1/2. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. RECURSO, NO ENTANTO, CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDUZIR A PENA DO RECORRENTE PARA 4 ANOS, 5 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO, E 33 DIAS MULTA.

(...)

7. O tributo suprimido da União, no valor de R\$ 5.860.888,40, sem que se considere neste montante os juros e multas aplicadas, ocasionou grave dano ao Fisco e conseqüentemente à coletividade e, não sendo elementar do crime, a circunstância de o réu sonegar vultuosa quantia, resta motivada a majoração da pena, nos termos do art. 12, I da Lei 8.137/90. Contudo, apesar de ser expressivo, o valor, por si só, não pode ensejar a aplicação do aumento em seu grau máximo; assim, reduzo para 1/3 o aumento da causa especial prevista no art. 12, I da Lei 8.137/90.

8. Para o aumento da pena pela continuidade delitiva dentro o intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve-se adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o 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.

9. In casu, restando configurado o cometimento de 5 infrações, o aumento a ser aplicado deve ser de 1/3 e não de 1/2, como colocado na sentença e confirmado no acórdão impugnado.

10. Parecer do MPF pelo não conhecimento do Recurso.

11. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido para reduzir a pena do recorrente para 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 33 dias multa.

(REsp 1071166/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 13/10/2009)

CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ACÓRDÃO QUE CONFIRMOU O DECRETO CONDENATÓRIO. DETERMINAÇÃO DE IMEDIATO CUMPRIMENTO DA PENA. EFEITO DA CONDENAÇÃO. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO SEM EFEITO SUSPENSIVO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RELATIVAS À CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME DEVIDAMENTE VALORADAS. ANTECEDENTES. PROCESSO EM CURSO CONSIDERADO PARA ELEVAR A REPRIMENDA. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA E GRAVE DANO À COLETIVIDADE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE NÃO CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO. EXAME PELO JUÍZO A QUO A PARTIR NO NOVO QUANTUM DA PENA A SER



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APLICADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

A hipótese dos autos revela que o paciente praticou 39 infrações contra a ordem tributária, o que ensejou o reconhecimento da continuidade delitiva, causando grave dano à coletividade por resultar no crédito em favor da União no valor de quase 4.000.000,00 (quatro milhões de reais).

Não resta configurada a atenuante da confissão espontânea, pois o paciente não confessou os fatos da peça acusatória, ao contrário, refutou a narração delitiva, tendo reconhecido, apenas, ser administrador da empresa por meio da qual teriam sido cometidos os crimes pelos quais foi condenado.

Deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença monocrática, tão-somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outra seja proferida com nova e motivada fixação da pena-base, excluindo-se de sua majoração a valoração negativa da circunstância judicial relativa aos antecedentes, mantida a condenação do paciente.

Com a reforma da dosimetria da pena, caberá ao Julgador de 1º grau de jurisdição, a partir do novo quantum da pena imposta ao paciente, examinar eventual ocorrência de prescrição.

Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC 36.804/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2004, DJ 03/11/2004, p. 222)

Do exposto resulta que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência que se firmou no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, tendo incidência, assim, o Enunciado nº 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, aplicável tanto aos recursos interpostos com base na alínea "c" quanto com base na alínea "a" do permissivo constitucional, *verbis*:

"Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0178936-0

AgRg no
REsp 1.158.834 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 117000000123 200650010116136

EM MESA

JULGADO: 19/02/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ADEMAR MOREIRA LOBATO
ADVOGADO : LEONARDO VELLO DE MAGALHÃES E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ADEMAR MOREIRA LOBATO
ADVOGADO : LEONARDO VELLO DE MAGALHÃES E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.