



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2039074 - RN (2022/0362606-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : EVANDRO BARBOSA PAES BARRETO
ADVOGADOS : JULES MICHELET PEREIRA QUEIROZ E SILVA - DF047467
CAIO VITOR RIBEIRO BARBOSA - DF062166
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. OMISSÕES INEXISTENTES. ADULTERAÇÃO DAS 4 VIAS DE NOTAS FISCAIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, INCISO III, DA LEI N. 8.137/90. PRESCRIÇÃO NA MODALIDADE RETROATIVA. INOCORRÊNCIA. IMPUGNAÇÃO DO CRÉDITO NA SEARA ADMINISTRATIVA. TERMO A QUO DO PRAZO. NOTIFICAÇÃO DO RESULTADO DO RECURSO. NULIDADE PELO INDEFERIMENTO DA PERÍCIA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. RACIOCÍNIO DEDUZIDO DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. ÚNICO PROPRIETÁRIO, COM PODERES DE GESTÃO E INTERESSADO NO FATO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. ANPP. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DESTA CORTE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA NORMA PREVISTA NO ART. 9º, § 2º, DA LEI N. 10.684/2003. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não obstante o TRF tenha rejeitado os embargos declaratórios de forma sucinta, assim o fez porque o acórdão embargado enfrentou todas as matérias pontuadas pela defesa de forma satisfatória. Com efeito, *"O órgão julgador não está obrigado a rebater todas as teses defensivas, bastando que exponha, de forma fundamentada, as razões de seu convencimento. Precedentes"* (STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., HC 107784/SP, julg. em 9.8.2011).

2. É cediço que nos crimes tributários a consumação ocorre quando da constituição definitiva do crédito tributário, razão pela qual o transcurso do prazo prescricional somente se inicia com a ocorrência desse evento, nos termos da Súmula n. 24 do STF. A constituição do crédito tributário ocorre com o lançamento definitivo ou homologação do débito.

2.1. No presente caso, impugnado o crédito na seara administrativa, a constituição definitiva dos créditos ocorreu apenas em 29.8.2005, quando do julgamento do recurso defensivo pela DRJ, pois *"A exegese desta Corte a respeito do art. 174, caput, do CTN, é no sentido*

de que, enquanto há pendência de recurso administrativo, somente a partir da data em que o contribuinte é notificado do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional" (Resp 443347/PR, Min. Castro Meira, 2ª T., DJ de 19.9.2005).

3. O Tribunal Regional, corroborando os termos da sentença, afastou a ocorrência de nulidade pelo indeferimento da perícia adotando a Teoria do Domínio do Fato, consignando que o recorrente seria o único proprietário da empresa, com poderes de gestão/administração, e quem detinha interesse no fato, além de ter ciência do ocorrido. Embora só o colegiado tenha feito referência à Teoria, o raciocínio deduzido da sentença condenatória o corrobora, não havendo falar em ocorrência de *reformatio in pejus*.

3.1. O Superior Tribunal de Justiça definiu que *"A teoria do domínio do fato funciona como uma ratio, a qual é insuficiente, por si mesma para aferir a existência do nexo de causalidade entre o crime e o agente. É equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado à realidade, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexo entre sua conduta e o resultado lesivo. Não há, portanto, como considerar, com base na teoria do domínio do fato, que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implica a presunção de que houve a participação no delito, se não houver, no plano fático-probatório, alguma circunstância que o vincule à prática delitiva"* (AgRg no REsp n. 1.874.619/PE, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/12/2020).

3.2. Porém, no caso dos autos, se faz presente circunstância que vincula o recorrente à prática delitiva, por ser ele o único proprietário da empresa em que cometida a fraude tributária, com poderes de gestão/administração.

3.3. Não é possível alterar as premissas da Corte originária para considerar a absolvição sob pena de incursão fático-probatória, o que encontra impeço na Súmula n. 7/STJ.

4. Há muito se estabeleceu nesta Corte que *"A norma do art. 28-A do CPP, que trata do acordo de não persecução penal, somente é aplicável aos processos em curso até o recebimento da denúncia"* (AgRg no REsp 1882601/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, DJe 12/3/2021). No caso dos autos, além do recebimento da denúncia criminal, o agravado já teve a condenação confirmada em apelação, o que afasta a aplicação do disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal – CPP.

5. *"Não é possível a aplicação analógica da norma prevista no art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003 – que prevê a extinção da punibilidade dos crimes tributários em caso de pagamento integral do quantum debeat –, dada a inexistência de semelhança relevante entre o pagamento e a prescrição, à luz da ratio legis que informa o dispositivo"* (RHC n. 81.446/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13/6/2017, DJe de 30/6/2017).

5.1. No caso, a extinção da ação de execução fiscal teve por fundamento o decurso do prazo de cinco anos do arquivamento pelo não pagamento do débito e pela ausência de oferecimento ou localização de bens à penhora, hipótese bastante diversa do "pagamento integral dos débitos" oriundo de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, exigidos no § 2º do art. 9º da Lei n. 10.684/2003. Assim, a circunstância de, posteriormente, ter sido extinta a execução fiscal ajuizada, diante da caracterização da prescrição intercorrente do crédito tributário, não afeta a persecução penal.

6. O aresto combatido não confronta a jurisprudência desta Corte de que *"incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00(vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda"* (REsp 1709029/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 4/4/2018). Incidência da Súmula n. 83/STJ.

7. O Tribunal de origem destacou que o recorrente, na qualidade de proprietário e administrador da empresa, teria anotado dados inverídicos nas quatro vias de notas fiscais (registro subfaturado de operações de prestação de serviços, correspondendo, de fato, a apenas 10% – dez por cento – dos valores reais), apontando provas concretas quanto à supressão de tributos mediante fraude. Rever os fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem, para decidir pela desclassificação, como requer a defesa, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, pelo óbice da Súmula n. 7/STJ.

8. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 12/03/2024 a 18/03/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 18 de março de 2024.

JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2039074 - RN (2022/0362606-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : EVANDRO BARBOSA PAES BARRETO
ADVOGADOS : JULES MICHELET PEREIRA QUEIROZ E SILVA - DF047467
CAIO VITOR RIBEIRO BARBOSA - DF062166
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. OMISSÕES INEXISTENTES. ADULTERAÇÃO DAS 4 VIAS DE NOTAS FISCAIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, INCISO III, DA LEI N. 8.137/90. PRESCRIÇÃO NA MODALIDADE RETROATIVA. INOCORRÊNCIA. IMPUGNAÇÃO DO CRÉDITO NA SEARA ADMINISTRATIVA. TERMO A QUO DO PRAZO. NOTIFICAÇÃO DO RESULTADO DO RECURSO. NULIDADE PELO INDEFERIMENTO DA PERÍCIA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. RACIOCÍNIO DEDUZIDO DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. ÚNICO PROPRIETÁRIO, COM PODERES DE GESTÃO E INTERESSADO NO FATO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. ANPP. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DESTA CORTE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA NORMA PREVISTA NO ART. 9º, § 2º, DA LEI N. 10.684/2003. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não obstante o TRF tenha rejeitado os embargos declaratórios de forma sucinta, assim o fez porque o acórdão embargado enfrentou todas as matérias pontuadas pela defesa de forma satisfatória. Com efeito, *"O órgão julgador não está obrigado a rebater todas as teses defensivas, bastando que exponha, de forma fundamentada, as razões de seu convencimento. Precedentes"* (STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., HC 107784/SP, julg. em 9.8.2011).

2. É cediço que nos crimes tributários a consumação ocorre quando da constituição definitiva do crédito tributário, razão pela qual o transcurso do prazo prescricional somente se inicia com a ocorrência desse evento, nos termos da Súmula n. 24 do STF. A constituição do crédito tributário ocorre com o lançamento definitivo ou homologação do débito.

2.1. No presente caso, impugnado o crédito na seara administrativa, a constituição definitiva dos créditos ocorreu apenas em 29.8.2005, quando do julgamento do recurso defensivo pela DRJ, pois *"A exegese desta Corte a respeito do art. 174, caput, do CTN, é no sentido*

de que, enquanto há pendência de recurso administrativo, somente a partir da data em que o contribuinte é notificado do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional" (Resp 443347/PR, Min. Castro Meira, 2ª T., DJ de 19.9.2005).

3. O Tribunal Regional, corroborando os termos da sentença, afastou a ocorrência de nulidade pelo indeferimento da perícia adotando a Teoria do Domínio do Fato, consignando que o recorrente seria o único proprietário da empresa, com poderes de gestão/administração, e quem detinha interesse no fato, além de ter ciência do ocorrido. Embora só o colegiado tenha feito referência à Teoria, o raciocínio deduzido da sentença condenatória o corrobora, não havendo falar em ocorrência de *reformatio in pejus*.

3.1. O Superior Tribunal de Justiça definiu que *"A teoria do domínio do fato funciona como uma ratio, a qual é insuficiente, por si mesma para aferir a existência do nexo de causalidade entre o crime e o agente. É equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado à realidade, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexo entre sua conduta e o resultado lesivo. Não há, portanto, como considerar, com base na teoria do domínio do fato, que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implica a presunção de que houve a participação no delito, se não houver, no plano fático-probatório, alguma circunstância que o vincule à prática delitiva"* (AgRg no REsp n. 1.874.619/PE, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/12/2020).

3.2. Porém, no caso dos autos, se faz presente circunstância que vincula o recorrente à prática delitiva, por ser ele o único proprietário da empresa em que cometida a fraude tributária, com poderes de gestão/administração.

3.3. Não é possível alterar as premissas da Corte originária para considerar a absolvição sob pena de incursão fático-probatória, o que encontra impeço na Súmula n. 7/STJ.

4. Há muito se estabeleceu nesta Corte que *"A norma do art. 28-A do CPP, que trata do acordo de não persecução penal, somente é aplicável aos processos em curso até o recebimento da denúncia"* (AgRg no REsp 1882601/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, DJe 12/3/2021). No caso dos autos, além do recebimento da denúncia criminal, o agravado já teve a condenação confirmada em apelação, o que afasta a aplicação do disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal – CPP.

5. *"Não é possível a aplicação analógica da norma prevista no art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003 – que prevê a extinção da punibilidade dos crimes tributários em caso de pagamento integral do quantum debeat –, dada a inexistência de semelhança relevante entre o pagamento e a prescrição, à luz da ratio legis que informa o dispositivo"* (RHC n. 81.446/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13/6/2017, DJe de 30/6/2017).

5.1. No caso, a extinção da ação de execução fiscal teve por fundamento o decurso do prazo de cinco anos do arquivamento pelo não pagamento do débito e pela ausência de oferecimento ou localização de bens à penhora, hipótese bastante diversa do "pagamento integral dos débitos" oriundo de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, exigidos no § 2º do art. 9º da Lei n. 10.684/2003. Assim, a circunstância de, posteriormente, ter sido extinta a execução fiscal ajuizada, diante da caracterização da prescrição intercorrente do crédito tributário, não afeta a persecução penal.

6. O aresto combatido não confronta a jurisprudência desta Corte de que *"incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00(vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda"* (REsp 1709029/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 4/4/2018). Incidência da Súmula n. 83/STJ.

7. O Tribunal de origem destacou que o recorrente, na qualidade de proprietário e administrador da empresa, teria anotado dados inverídicos nas quatro vias de notas fiscais (registro subfaturado de operações de prestação de serviços, correspondendo, de fato, a apenas 10% – dez por cento – dos valores reais), apontando provas concretas quanto à supressão de tributos mediante fraude. Rever os fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem, para decidir pela desclassificação, como requer a defesa, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, pelo óbice da Súmula n. 7/STJ.

8. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por EVANDRO BARBOSA PAES BARRETO contra a decisão de fls. 2449/2481, em que se conheceu em parte do recurso especial do ora agravante, negando-lhe provimento.

O agravante, nas razões do presente recurso, insiste na ofensa ao art. 619 do CPP, no tocante aos seguintes pontos: (1) *reformatio in pejus* pela adoção da teoria do domínio do fato o acórdão de apelação; (2) contradição em face de precedente da própria Turma que reconheceu cerceamento de defesa na negativa de prova pericial e (3) aplicação do princípio da subsidiariedade penal.

Alega a inaplicabilidade da Súmula n. 7/STJ quanto à sua participação no delito.

Salienta que nem o em. Relator, tampouco o e. Tribunal a quo examinaram os marcos prescricionais apontados pela própria Fazenda Pública em sede fiscal. Reforça que o crédito tributário foi constituído por Auto de Infração notificado ao contribuinte em 30 de novembro de 2001, sendo o primeiro marco interruptivo o recebimento da denúncia, em 9/2/2007.

Pretende o *overruling* do entendimento desta Corte no sentido de que a prescrição fiscal não enseja a extinção da punibilidade em sede penal, à luz da evolução teórica do Direito Tributário e da técnica fiscal.

Quanto à ausência de enfrentamento à posição consolidada na Corte, no sentido de que apenas aos débitos inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) se aplica a insignificância, reforça que deve ser afastada, em razão do próprio desinteresse da Fazenda em executar o crédito e por conta do *distinguishing* em sentido contrário firmado pelo STF.

Aduz que não pretende o revolvimento de fatos e provas, mas a subsunção dos fatos apurados ao art. 2º (crime tributário formal) da Lei de Crimes Tributários ao invés do art. 1º (crime tributário material).

Quanto à possibilidade de celebração de ANPP, destaca o Enunciado n. 98 da 2ª CCR/MPF e os precedentes do Supremo Tribunal Federal – STF.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o seguimento do agravo regimental ao colegiado para que seja provido o recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O recurso não merece provimento.

Não há razões para alterar o decisório.

Não obstante o TRF tenha rejeitado os embargos declaratórios de forma sucinta, assim o fez porque o acórdão embargado enfrentou todas as matérias pontuadas pela defesa de forma satisfatória. Com efeito, *"O órgão julgador não está obrigado a rebater todas as teses defensivas, bastando que exponha, de forma fundamentada, as razões de seu convencimento. Precedentes"* (STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., HC 107784/SP, julg. em 9.8.2011).

"O não-acatamento de todas as teses arguidas pelas partes não implica cerceamento de defesa, uma vez que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está o magistrado obrigado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento" (STF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., AI 847887 AgR/MG, julg. em 13.12.2011).

PRELIMINARES.

PRESCRIÇÃO PUNITIVA ESTATAL NA MODALIDADE RETROATIVA.

O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO não reconheceu a prescrição punitiva estatal nos seguintes termos do voto do relator:

"Examinando os autos, constata-se, diferentemente do afirmado pela defesa, que não se consumou a prescrição da pretensão punitiva porquanto:

a) considerado o teor da antes já referida Súmula Vinculante nº 24, os crimes contra a ordem tributária apenas se configuram quando efetivado o definitivo lançamento dos créditos tributários;

b) o definitivo lançamento dos créditos, no presente caso, não se deu em 2001 com o transcurso de lapso após a notificação do sujeito passivo, tendo sido retardado, em realidade, por ato do próprio réu, o qual ofereceu

impugnação administrativa;

c) impugnado o crédito na seara administrativa, a definitiva constituição dos créditos em comento apenas se deu quando ultimado, em 29.08.2005, julgamento de recurso pela DRJ (Acórdão nº 13.153);

d) da constituição do crédito com o aludido julgamento efetivado pela DRJ à data de recebimento da denúncia, não integralizado, nos termos da Súmula nº 497 do Col. STF, o prazo prescricional previsto no Código Penal.

Insubsistente, pois, a tese de prescrição, a respectiva preliminar há de ser rejeitada, voltando-se o foco, nesse momento, à prefacial de nulidade da sentença por cerceamento à defesa" (fl. 2195).

É certo que "o reconhecimento da prescrição entre a data do fato e o recebimento da denúncia, baseando-se na pena em concreto, somente é possível quanto a fatos ocorridos antes de 5/5/2010, pois a nova redação dada pela Lei n. 12.234 ao § 1º do art. 110 do CP veda expressamente o reconhecimento da prescrição que tem por marco inicial a data anterior à da denúncia ou queixa" (EDcl nos Edcl nos EDcl no AgRg no RE no AgRg nos EAREsp 680.850/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, DJe 25/5/2018).

É cediço também que nos crimes tributários a consumação ocorre quando da constituição definitiva do crédito tributário, razão pela qual o transcurso do prazo prescricional somente se inicia com a ocorrência desse evento, nos termos da Súmula n. 24 do STF. A propósito:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SÚMULA VINCULANTE 24/STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O aresto recorrido alinha-se à mansa orientação jurisprudencial, firme no sentido de que "A contagem do prazo prescricional, em relação ao crime previsto no art. 1º, I a IV, da Lei n. 8.137/1990, inicia-se no momento da constituição definitiva do crédito tributário (Súmula Vinculante 24 do STF), ocasião em que é, efetivamente, consumado o delito e preenchida a condição objetiva de punibilidade necessária para a deflagração da ação penal" (AgRg no HC n. 460.261/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 15/2/2023).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 2.078.420/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 28/8/2023.)

A constituição do crédito tributário ocorre com o lançamento definitivo ou

homologação do débito. Confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME TRIBUTÁRIO. FATOS OCORRIDOS ANTES DA LEI N. 12.382/2011. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM MOMENTO POSTERIOR À EDIÇÃO DA REFERIDA LEI. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Muito embora os fatos imputados ao insurgente hajam ocorrido de 2007 a 2009, a constituição do crédito tributário somente se deu em 3/5/2012. A incidência ou não da modificação operada pela Lei n. 12.382/2011 - que é mais gravosa e não pode retroagir para alcançar casos anteriores a sua entrada em vigor - deve ser aferida pela data da constituição do crédito tributário e não pelos anos em que supostamente não houve o pagamento do tributo devido, na esteira da Súmula Vinculante n. 24 do STF.

2. Assim, no caso, o lançamento definitivo do crédito tributário se deu 3/5/2012 e a denúncia foi recebida em 19/6/2013, com o requerimento de parcelamento do crédito tributário apresentado somente em 26/12/2013, após, portanto, a alteração do art. 83, § 2º, da Lei n. 9.430/1996, pela Lei n. 12.382/2011, que impedia a suspensão da ação penal quando o parcelamento fosse realizado após o recebimento da denúncia, conforme firme orientação desta Corte.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS n. 62.925/BA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 16/12/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. JULGAMENTO MONOCRÁTICO DA IMPETRAÇÃO. SUPOSTA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA COLEGIALIDADE E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. ALEGADO IMPLEMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONTAGEM DE DATA ANTERIOR AO LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO PARA INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL. SÚMULA VINCULANTE 24. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o pronunciamento judicial unilateral do Relator não caracteriza cerceamento de defesa diante da inviabilidade de atendimento do pleito de sustentação oral, tampouco fere o princípio da colegialidade.

2. Não prospera a pretensão defensiva, a fim de que se considere data anterior à constituição definitiva do crédito tributário para o início da contagem do prazo da prescrição.

3. A imputação a que se atribui a autoria ao Paciente refere-se a fatos cujo início do lapso prescricional se deu com a finalização do procedimento administrativo

de constituição do crédito tributário, no ano de 2010, sendo interrompido pelo recebimento da denúncia, em 12/03/2014. Assim, diante do momento consumativo do crime e o recebimento da denúncia, não transcorreu interregno suficiente a caracterizar a prescrição da pretensão punitiva.

4. O Réu foi condenado à pena de e 04 (quatro) anos e 07 (sete) meses de reclusão. Afastado o aumento relativo à continuidade delitiva, nos termos do verbete sumular n. 497/STF, a pena a ser considerada para verificação do prazo prescricional é de 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, sendo de 8 (oito) anos o lapso temporal exigido pelo art. 109, inciso IV, do Código Penal. Como o crédito tributário foi definitivamente constituído em 08/02/2010 e 19/04/2010 (fl. 168), a denúncia foi recebida em 12/03/2014 e a sentença condenatória foi publicada em 11/03/2015, conclui-se que, entre os marcos interruptivos da prescrição, não se verifica a ocorrência de lapso temporal superior aos oito anos exigidos.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl nos EDcl no HC n. 625.837/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1º/7/2022.)

No presente caso, impugnado o crédito na seara administrativa, a constituição definitiva dos créditos ocorreu apenas em 29.8.2005, quando do julgamento do recurso defensivo pela DRJ, pois "A exegese desta Corte a respeito do art. 174, caput, do CTN, é no sentido de que, enquanto há pendência de recurso administrativo, somente a partir da data em que o contribuinte é notificado do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional" (Resp 443347/PR, Min. Castro Meira, 2ª T., DJ de 19.9.2005).

CERCEAMENTO DE DEFESA - PERÍCIA GRAFOTÉCNICA E OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*.

Quanto ao ponto, o acórdão recorrido está assim definido:

"INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO AO CONSTITUCIONAL DIREITO DE DEFESA

Analisando o tópico relativo à pretensa nulidade da sentença em razão do indeferimento de perícia grafotécnica, tem-se que:

a) inexistente controvérsia quanto à materialidade delitiva, a qual restou devidamente demonstrada nos autos, a perícia em debate, na percepção da defesa, apenas se prestaria, possivelmente, a indicar de que punho teriam partido as inidôneas anotações nas 4 vias das notas fiscais da empresa individual de propriedade do réu;

b) esta informação, contudo, não se mostra relevante no caso em exame porque, independentemente de quem tenha registrado as falsas anotações (o próprio réu ou algum preposto/empregado seu), a

responsabilidade penal última, sem que se efetive vedada responsabilização penal objetiva, cabe, nos termos da Teoria do Domínio do Fato, à pessoa com poderes de gestão/administração da pessoa jurídica, ou seja, à pessoa do próprio réu;

c) incidindo a referida Teoria e não crível que o réu, como proprietário que se confessou ciente do numerário que ingressava no caixa empresarial, ao menos não soubesse das falsas anotações nas 4 vias das notas fiscais, o indeferimento do pleito de perícia não repercute na persecução penal, de modo que não restou configurado qualquer cerceamento ao constitucional direito de defesa mediante pretensa deturpação na interpretação dos núcleos do tipo penal ou privação de hipotética importante linha de argumentação, não havendo, por conseguinte, que se cogitar de nulidade da sentença. Finda a apreciação das questões preliminares, passa-se ao mérito recursal" (fl. 2174).

Na r. sentença de primeiro grau constou o seguinte:

"Cumpre registrar, de logo, que as preliminares renovadas em alegações finais de defesa, quais sejam, (a) de cerceamento de defesa por ausência de realização de perícia grafotécnica e de (b) inexistência de justa causa para a ação já foram objeto de expresso pronunciamento por parte deste Juízo, respectivamente, em decisão proferida em audiência (fls. 1.723/1.724) e em decisão que concluiu pela inexistência de quaisquer das hipóteses de absolvição sumária previstas no art. 397 do Código de Processo Penal.

Quanto à alegativa de cerceamento de defesa, decidiu este Juízo, verbis:

EM SEGUIDA, assim decidiu o MM. Juiz: "Antes mesmo da oitiva da testemunha do MPF, a defesa alegou que o Juiz não tinha apreciado o pedido de perícia grafotécnica nas notas fiscais citadas na denúncia. Nesse ponto, tem razão a defesa, o Juízo foi omissa em não responder ao requerimento da perícia, isso na decisão que analisou os pedidos em sede de absolvição sumária.

Nesse ponto, corrijo aqui aquela omissão antes do interrogatório do acusado, para indeferir o pedido de perícia, tendo em vista que tal ato técnico seria inócuo para o deslinde da causa, na linha pontuada pelo Douto representante do MPF. Aqui, mais do que saber quem rasurou ou modificou, o importante é verificar na instrução quem tinha interesse por tal fato, e quem tinha ciência do fato.

Saber quem preencheu as notas não direcionaria o mérito em relação a quem sonogou.

Desta, antes do interrogatório, INDEFIRO a perícia requerida pela Douta defesa, determinando o prosseguimento do feito, com o interrogatório do acusado." (fl. 1861)

No que tange à justa causa, a decisão que expôs a ausência de hipótese caracterizadora de absolvição sumária assim expendeu."

O Tribunal Regional, corroborando os termos da sentença, afastou a ocorrência de nulidade pelo indeferimento da perícia adotando a Teoria do Domínio do Fato,

consignando que o recorrente seria o único proprietário da empresa, com poderes de gestão/administração, e quem detinha interesse no fato, além de ter ciência do ocorrido.

Veja que embora só o colegiado tenha feito referência à Teoria, o raciocínio deduzido da sentença condenatória o corrobora, não havendo falar em ocorrência de *reformatio in pejus*.

Esta Corte já firmou posicionamento no sentido de que *"Possibilita-se nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que ocorreu o delito, ainda que seja em recurso exclusivo da defesa, sem que ocorra reformatio in pejus, desde que não seja agravada a situação do acusado, vale dizer, que não se aumente a sua pena final ou se lhe imponha um regime de cumprimento mais rigoroso, o que, no caso dos autos, não ocorreu"* (AgRg no HC n. 806.737/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 14/4/2023).

O Superior Tribunal de Justiça definiu que *"A teoria do domínio do fato funciona como uma ratio, a qual é insuficiente, por si mesma para aferir a existência do nexo de causalidade entre o crime e o agente. É equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado à realidade, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexo entre sua conduta e o resultado lesivo. Não há, portanto, como considerar, com base na teoria do domínio do fato, que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implica a presunção de que houve a participação no delito, se não houver, no plano fático-probatório, alguma circunstância que o vincule à prática delitiva"* (AgRg no REsp n. 1.874.619/PE, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/12/2020).

No entanto, no caso dos autos, se faz presente circunstância que vincula o recorrente à prática delitiva, por ser ele o único proprietário da empresa em que cometida a fraude tributária, com poderes de gestão/administração e quem detinha interesse no fato, além de ter ciência do numerário que ingressava no caixa empresarial.

Desse modo, não é possível alterar as premissas da Corte originária sob pena de incursão fático-probatória, o que encontra impeco na Súmula n. 7/STJ.

Além disso, para se concluir pela inexistência de dolo, ante o que constou no acórdão recorrido, seria necessário o revolvimento fático-probatório, vedado conforme Súmula n. 7 do STJ.

ANPP - CABIMENTO.

Na hipótese dos autos, verifica-se que após o recurso interposto contra a

decisão que havia inadmitido o ANPP, o Exmo. Desembargador Federal chamou o feito à ordem por desconstituir as decisões anteriores, relacionadas à instrução do “Acordo”, haja vista a existência de Recurso de Apelação julgado, e de Embargos de Declaração pendentes de julgamento.

Não obstante se questione que essa decisão foi proferida quando já havia recurso interposto pela defesa, sem que tenha havido o devido encaminhamento dos autos à 2ª CCR do MPF para eventual exercício do poder revisional, esse tema não foi objeto de esclarecimento pela Corte de origem e nem constou dos embargos de declaração opostos na origem, tratando-se da ausência de prequestionamento e incidência dos óbices das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

Além disso, há muito se estabeleceu nesta Corte que *“A norma do art. 28-A do CPP, que trata do acordo de não persecução penal, somente é aplicável aos processos em curso até o recebimento da denúncia”* (AgRg no REsp 1882601/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, DJe 12/3/2021). No caso dos autos, além do recebimento da denúncia criminal, o agravado já teve a condenação confirmada em apelação, o que afasta a aplicação do disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal – CPP.

O Superior Tribunal de Justiça continua adotando esse posicionamento. Confira-se, a título ilustrativo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. PECULATO. APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP. IMPOSSIBILIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ENCERRADA. INÉPCIA DA EXORDIAL E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. QUESTÕES SUPERADAS. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO, COM TRÂNSITO EM JULGADO. QUEBRA DO SIGILO DE ERB. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. UTILIZAÇÃO DE DADOS CADASTRALIS EXTERNOS DE USUÁRIOS DE TELEFONIA CELULAR. POSSIBILIDADE. NÃO SUBMISSÃO À LEI N. 9.296/96. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. SÚMULA N. 466/STF. INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGALIDADE (RE N. 593.727/STF). VIOLAÇÃO AO ART. 6º DO CPP. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE OITIVA DO INVESTIGADO. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO NÃO

IMPUGNADO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 283 E 284/STF. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO PENA-BASE. CULPABILIDADE. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS. CARGO DE RENOME NO LEGISLATIVO LOCAL. VEREADOR. AUMENTO DE 1/8 DO INTERVALO DA PENA. PROPORCIONALIDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. Embargos declaratórios com nítidos intuitos infringentes devem ser recebidos como agravo regimental, em observância ao princípio da fungibilidade recursal.

2. Não é cabível o exame de dispositivos constitucionais em recurso especial, no termos do art. 105, III, da CF, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

3. O conhecimento do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional exige a demonstração da divergência jurisprudencial, o que não ocorreu no caso, uma vez que não foram cumpridos os requisitos previstos nos arts. 1.029, § 1º, do CPC, e 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

4. Entende esta Corte que, "a despeito de ter havido, a princípio, julgados dissidentes, a jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção se alinhou no mesmo sentido do que decidiu o acórdão embargado. O entendimento atual e uniforme é de que o acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, somente é aplicável aos processos em curso até o recebimento da denúncia." (AgRg nos EAREsp n. 2.125.431/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 17/10/2023, DJe de 20/10/2023). Incidência da Súmula n. 83/STJ.

5. As questões referentes à inépcia da exordial e à ausência de fundamentação da decisão que recebe a denúncia ficaram superadas pela superveniência da sentença condenatória, a qual foi mantida em grau de apelação, com trânsito em julgado para as partes. Incidência da Súmula n. 83/STJ.

6. Entende esta Corte que os dados cadastrais de usuários de serviços de telefonia celular não se confundem com interceptações telefônicas, sendo elementos externos à comunicação telemática, não submetidos à disciplina da Lei n. 9.296/96, não havendo ilegalidade se a quebra do sigilo dos dados das ERBs ocorreu por decisão judicial fundamentada, na qual foram indicados indícios da prática delitiva, bem como a necessidade da medida, a área e o período dos registros necessários à investigação. Incidência da Súmula n. 83/STJ.

7. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 593.727/MG (DJe de 6-8-2018), sob o regime da repercussão geral, reconheceu a legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, não havendo, no caso, a

demonstração de que tenha ocorrido o desrespeito aos direitos e às garantias constitucionais do investigado na investigação realizada.

Incidência da Súmula n. 83/STJ.

8. Quanto à alegação de violação ao art. 6º do CPP, constou do acórdão recorrido que, no procedimento investigatório, foi oportunizada a oitiva do acusado, a qual seria mera faculdade do Parquet, cuja ausência, diante do caráter informativo do inquérito, não contaminaria o processo penal, fundamentos não atacados especificamente pelo recorrente, suficientes, por si sós, para manter a razão de decidir da Corte de origem. Incidência das súmulas n. 283 e 284/STF.

9. A exasperação da pena-base pelas instâncias de origem, em 1 ano e 3 meses (1/8 do intervalo da pena em abstrato), com a indicação de elemento concreto que transborda aqueles inerentes ao crime, referente à culpabilidade, pois o sentenciado "exercia cargo de renome no legislativo Municipal como Vereador", não destoa do entendimento desta Corte. Incidência da súmula n. 83/STJ.

10. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(EDcl no AgRg no REsp n. 1.989.394/PR, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 15/12/2023.)

MÉRITO.

PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

O deslinde da controvérsia restou assim dirimido:

"g) a prescrição intercorrente do crédito tributário, por ausência de previsão legal expressa e por questão de lógica decorrente da separação entre as esferas cível e penal, não repercute, em hipóteses como apresente, na materialidade delitiva, não havendo, portanto, como se acolher a tese de atipicidade material fundada em analogia falsa e pretensamente amparada nas disposições da Lei nº 10.684/2003 (artigo 9º), do Código Tributário Nacional e em supostos precedentes do Pretório Excelso, que, em realidade, tratam de questões diversas" (fl. 2175).

A sentença assim estabeleceu quanto ao ponto:

"Malgrado o tema da prescrição já tenha sido anteriormente discutido e inacolhido em decisão proferida às fls. 5/11, é de ser reprisado que o curso do prazo prescricional, na seara penal, transcorreu por menos de 09 (nove) meses, ou seja, entre 27.06.2007 (data do recebimento da denúncia) e 05.03.2008 (declaração de suspensão do processo), e permaneceu suspenso por mais de 09 (nove) anos e 07 (sete) meses até o comparecimento do réu em Juízo, com a apresentação de resposta em 10.10.2017.

Na mesma decisão, inclusive, foi igualmente tratado e rejeitado o tema da pretensa extinção pelo pagamento:

No particular, o acusado, na resposta à acusação, comunica que em 7 de novembro de 2014 o Juízo da Sexta Vara Federal extinguiu a ação de execução fiscal nº 2007.84.00.004321-4 pelo reconhecimento da prescrição, nos termos do art. 174 do Código Tributário Nacional (“ Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua e, a partir disso, defende que “ constituição definitiva.”), deve ocorrer a extinção da punibilidade em razão do reconhecimento da prescrição, posto se fazer necessária uma interpretação extensiva ” (negrito no original) (fl. 63). da palavra “pagamento” referida na lei.

A alegativa da defesa invoca o teor do § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/2003 - dispositivo posterior aos fatos e mais benéfico ao réu -, que assim estabelecia: Art. 9 É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1 e 2 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 e nos arts. 168A337A do Decreto-Lei nº , durante o período em que a pessoa jurídica 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1 A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2 Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios (grifos acrescidos) Todavia, da detida análise dos apensos da presente ação penal, verifica-se, nas cópias do processo de execução fiscal, a informação fornecida pela Procuradoria da Fazenda Nacional de que o arquivamento da execução fiscal ocorreu exatamente pelo não pagamento do débito tampouco oferecimento ou localização de bens à penhora (fl. 304 – apenso): “Legalmente citada, a executada (fl. 237), não pagou nem ofereceu bens à penhora. Então, no intuito de localizar bens livres e desembaraçados em nome da mesma, suficientes à garantia do presente feito, sobre os quais pudesse recair a penhora, a exequente realizou diligências as quais restaram frustradas, uma vez que não foram encontrados bens penhoráveis em seu nome (documentos presentes nos autos). UNIÃO/FAZENDA NACIONAL a , com fulcro no artigo 40 da Lei nº 6.830/80, suspensão do feito pelo prazo de um ano após o “qual requer novas vistas a fim de prosseguir o andamento da presente Execução Fiscal. (grifos do original) Em vista disso, por despacho proferido na data de 16.09.2009, o Juízo da Sexta Vara Federal arquivou os autos da execução fiscal nos seguintes termos: “ Uma vez realizadas todas as diligências a cargo do Juízo e aquelas requeridas pelo credor sem a localização de bens, arquivem-se os autos sem baixa na Distribuição (art. 40, Lei nº 6.830/80 – LEF), facultado o ” (fl. 327 – apenso). desarquivamento a qualquer época enquanto não prescrita a ação.

Posteriormente, em 7.11.2014, o mesmo Juízo, por sentença, extinguiu a execução, expondo que “ da data que foi determinado o arquivamento dos autos sem baixa na distribuição, já se ultrapassou o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no art. 174 do Código Tributário ” (fl. Nacional, estando, portanto, configurada a prescrição intercorrente do crédito em cobrança. 341 – apenso).

Portanto, repita-se, a extinção da ação de execução fiscal teve fundamento no decurso do prazo de 05 (cinco) anos do arquivamento pelo não pagamento do débito e pela ausência de oferecimento ou localização de bens à penhora, hipótese bastante diversa do “ pagamento integral dos débitos ” exigido no oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/2003.

A propósito, o argumento da defesa, de que a extinção da ação de execução fiscal pela prescrição intercorrente acarreta a extinção da punibilidade do crime tributário é tema já expressa e diretamente rechaçado no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme aresto abaixo reproduzido: (...)” (fls. 1760/1765).

"Embora constitua a prescrição uma causa de extinção do crédito tributário (CTN, art. 156, V), tal circunstância não implica que a obrigação tributária não tenha nascido regularmente, gerando, a seu tempo, o dever de pagamento do tributo e, conseqüentemente, a consumação do delito" (RHC n. 81.446/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13/6/2017, DJe de 30/6/2017).

Não é possível a aplicação analógica da norma prevista no art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003 – que prevê a extinção da punibilidade dos crimes tributários em caso de pagamento integral do *quantum debeatur* –, dada a inexistência de semelhança relevante entre o pagamento e a prescrição, à luz da *ratio legis* que informa o dispositivo (RHC n. 81.446/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13/6/2017, DJe de 30/6/2017).

Como visto, a extinção da ação de execução fiscal teve por fundamento o decurso do prazo de cinco anos do arquivamento pelo não pagamento do débito e pela ausência de oferecimento ou localização de bens à penhora, hipótese bastante diversa do “pagamento integral dos débitos” oriundo de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, exigidos no § 2º do art. 9º da Lei n. 10.684/2003.

Assim, a circunstância de, posteriormente, ter sido extinta a execução fiscal ajuizada, diante da caracterização da prescrição intercorrente do crédito tributário, não afeta a persecução penal. A propósito:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 2º, INCISOS II E IV, DA LEI 8.137/1990. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REGULAR E DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO. EXTINÇÃO POSTERIOR DO CRÉDITO, EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE REFLEXO NO ÂMBITO PENAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA REGRA DO ART. 9º, §2º, DA LEI 10.684/03. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A constituição regular e definitiva do crédito tributário é suficiente à tipificação das condutas previstas no art. 1º, I a IV, da Lei nº 8.137/90.

2. A circunstância de, posteriormente, ter sido extinta a execução fiscal ajuizada, diante da caracterização da prescrição intercorrente do crédito tributário, não afeta a persecução penal.

3. A uma, porque, embora constitua a prescrição uma causa de extinção do crédito tributário (CTN, art. 156, V), tal circunstância não implica que a obrigação tributária não tenha nascido regularmente, gerando, a seu tempo, o dever de pagamento do tributo e, conseqüentemente, a consumação do delito.

4. A duas, diante da impossibilidade de aplicação analógica da norma do artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003 - que prevê a extinção da punibilidade dos crimes tributários em caso de pagamento integral do quantum debeatur -, dada a inexistência de semelhança relevante entre o pagamento e a prescrição, à luz da ratio legis que informa o dispositivo.

5. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.597.580/MG, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/6/2016, DJe de 30/6/2016.)

INSIGNIFICÂNCIA.

Assim decidiu a Corte Regional (fl. 2176):

"Também insubsistente se revelam as considerações tecidas no apelo relativas à suposta insignificância da prática delituosa porquanto:

a) na Portaria apontada pela defesa (Portaria PGFN nº 396/2016), não declarado, de forma alguma, o desinteresse fazendário nos créditos inferiores a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), somente se estabelecendo, para gerenciamento e otimização dos trabalhos dos procuradores fazendários, a possibilidade de requisição da suspensão dos feitos executivos voltados à cobrança de valores inferiores a este parâmetro, caso não encontrados bens reputados úteis à garantia da exação;

b) não declarado, pois, o desinteresse estatal no crédito, não procede o argumento de insignificância da lesão a evidenciar, com o manejo da persecução penal, esquizofrenia do órgão acusatório;

c) a insignificância em comento, também, não resulta do transcurso de mais de 20 (vinte) anos da adulteração das notas fiscais, não derivando, outrossim, da atual condição de sexagenário do réu;

d) o transcurso do aludido interregno, na situação em análise, não apresenta repercussão na pretensão punitiva, uma vez que suspensos, por certo intervalo, a ação penal e o prazo prescricional em razão da não localização do réu;

e) eventual avançada idade de potenciais réus apenas pode ser considerada para alguma benesse nos estritos termos do Estatuto Repressor, não servindo, portanto, de incondicionado salvo-conduto para aqueles que se desviam do caminho reto;

f) nos precedentes do Col. STF e da Corte Especial indicados pela defesa (feitos em que supostamente conferida atualização aos ditames do artigo 20 da Lei nº 10.522/2002), não apresentada situação semelhante à tratada nestes autos, já que não abordados casos com a mesma tipificação e circunstâncias similares, cabendo ressaltar, quanto ao precedente do Pretório Excelso, a restrição do debate ao ilícito de descaminho e, quanto ao julgado do Eg. STJ, a limitação do escopo da prática criminosa ao valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), soma

muito inferior ao dano objeto de apuração na presente ação penal.

Integralmente insubsistentes os argumentos relacionados ao afastamento da tipicidade material da conduta (extinção da punibilidade com a prescrição do crédito e insignificância, essencialmente), não há como será colhido o pleito absolutório."

A sentença por sua vez está assim definida (fl. 1766):

"Em relação ao argumento que visa a aplicação dos princípios da subsidiariedade e melhor sorte não insignificância por ausência de interesse da Fazenda Nacional na cobrança do crédito, assiste à defesa, tendo em vista o valor do débito original (R\$ 14.173,82) e o que reza a Lei nº 10.522/2002 e a Portaria nº 75/2012, do Ministério da Fazenda.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação, ao julgar o Recurso Especial representativo da controvérsia nº 1.112.748/TO, de que, no crime de descaminho, previsto no art. 334 do Código Penal, a conduta do agente é atípica, por insignificância penal, se o total dos tributos sonegados ou iludidos não superar o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), na forma do art. 20 da Lei nº 10.522/2002, com julgados estendendo esse entendimento às hipóteses de crimes contra a ordem tributária, insculpidos na Lei nº 8.137/90, como o tratado nos presentes autos. não ser possível a aplicação do princípio da insignificância aos casos que versem sobre delitos tributários, dentre eles o de sonegação fiscal, ainda que respeitado o limite inserto no lato sensu art. 20 da Lei nº 10.522/2002.

Isso porque, além do pagamento a menor ou do não pagamento do tributo, contribuição social e acessório(s), a consumação do crime de sonegação fiscal, mais especificamente o do art. 1º, inciso III, da Lei nº 8.137/90, exige a presença da consistente na alteração de prestação de informações fraude que o contribuinte teria a obrigação de declarar ou na declaração de informações ideológica ou materialmente falsas à autoridade fiscal.

Neste contexto, infere-se que o bem jurídico protegido pela norma especial é, primordialmente, a integridade do erário ou a ordem tributária e, secundariamente, a Administração Pública, a fé pública e a livre concorrência, consagrada pela Carta Magna como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, inciso IV), como bem lembrado pelo ex-juiz federal José Paulo Baltazar Júnior, ou seja, a legislação penal buscou resguardar com esse dispositivo não só a questão[1] econômica, mas também a fé pública.(...) Em razão de a afastar a tipicidade material do delito, o fato de considerá-lo insignificância para todos os crimes tributários, obedecido, por óbvio, o limite legal, poderá servir de incentivo para a prática e impunidade desse tipo de modalidade criminosa, o que, por si só, inviabiliza sua utilização indiscriminada. Ainda que se entendesse

possível a aplicação de citado princípio às hipóteses de sonegação fiscal, o valor suprimido dos presentes autos, tanto o nominal quanto o atualizado, excede o limite de R\$10.000,00 (dez mil reais), sendo esse o parâmetro fixado pela Terceira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.393.317, em 12 de novembro de 2014, mesmo após a atualização do valor do ajuizamento da execução fiscal, previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, pelas Portarias nº 75 e 130 do Ministério da Fazenda. Descabe, portanto, a aplicação do princípio da insignificância ao caso dos autos" (fl. 1766).

Ao que se extrai dos excertos, o aresto combatido não confronta a jurisprudência desta Corte de que *"incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00(vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda"* (REsp 1709029/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, D Je 4/4/2018).

Incidência da Súmula n. 83/STJ.

DESCCLASSIFICAÇÃO.

Quanto ao questionamento, assim decidiu o TRF3:

"Examinando-se os autos, constata-se, como asseverado pelo magistrado a quo que:

a) as condutas imputadas ao réu na denúncia referem-se à anotação de dados inverídicos nas 4 vias de notas fiscais da empresa individual de sua propriedade (registro subfaturado de operações de prestação de serviços, correspondendo, de fato, a apenas 10% - dez por cento - dos valores reais);

b) ao se consignar que teriam sido feitas inidôneas anotações nas vias citadas, afirmou-se que o réu, com foco na supressão de tributos, teria cometido fraude, indicando-se, concretamente, dano à Fazenda Pública da ordem, em 2001, de R\$ 123.979,66(cento e vinte e três mil e novecentos e setenta e nove reais e sessenta e seis centavos);

c) o aludido dano teria se perpetuado, já que, não realizado o pagamento e não encontrados bens úteis à garantia da cobrança, o feito executivo a este crédito associado teria sido extinto com a declaração da prescrição intercorrente, em consonância com as disposições constantes do artigo 40, § 4º, da Lei nº6.830/80;

d) no quadro narrado, independentemente da ulterior extinção do crédito tributário com a consumação da prescrição intercorrente, a conduta imputada se amolda à prevista no artigo 1º, inciso III, da Lei nº8.137/90 porque, nos termos do artigo 4º do Estatuto Repressor e da Súmula

Vinculante nº 24, os delitos imputados ter-se-iam consumado quando definitivamente constituídos os créditos, não sendo a conduta do réu, a natureza do crime e a própria persecução penal afetadas por condições outras que, eventualmente, pudessem incidir sobre o aludido crédito, à exceção, é claro, de hipotético pagamento, o qual, nos termos do artigo 9º da Lei nº 10.684/2003, fulminaria a pretensão punitiva; dito de outra forma, a alegada ocorrência da prescrição intercorrente, dada a independência entre instâncias e a ausência de previsão legal expressa para o seu afastamento neste caso, não transmuda a natureza do delito;

e) amoldada, pois, a conduta em discussão à tipificada no artigo 1º, inciso III, da Lei nº 8.137/90, não procede o pleito de desclassificação para o ilícito disciplinado no artigo 2º do mesmo diploma legal, sendo despiciendo discorrer acerca da natureza formal ou material dos ilícitos referidos pela defesa.

Devidamente esclarecidos a espécie de ilícito imputada ao réu e o descabimento do pleito de desclassificação, há de se apreciar o tema relativo à justa causa" (fl. 2172).

O Tribunal de origem destacou que o recorrente, na qualidade de proprietário e administrador da empresa, teria anotado dados inverídicos nas quatro vias de notas fiscais (registro subfaturado de operações de prestação de serviços, correspondendo, de fato, a apenas 10% – dez por cento – dos valores reais), apontando provas concretas quanto à supressão de tributos mediante fraude.

Rever os fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem, para decidir pela desclassificação, como requer a defesa, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, pelo óbice da Súmula n. 7/STJ.

No sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI 8.137/90. CONDENAÇÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL. PROVAS SOBRE O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. DESCLASSIFICAÇÃO. NÃO CABIMENTO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Embora o art. 155 do CPP admita que o magistrado forme a sua convicção com base em provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, que tenham sido formadas no curso do inquérito policial, isso não significa, concluir que tais elementos probatórios não poderão ser submetidos a contraditório durante a instrução processual, oportunidade em que a legalidade de sua obtenção, seja pelos meios, seja pelos fins que a motivou, deverá ser apreciada pelo magistrado. Nessa hipótese, tem-se o contraditório diferido, postergado ou adiado - o contraditório

sobre a prova -, de modo que, em nenhum caso, deixa de haver controle judicial (AgRg no HC 537.179/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 1º/9/2020, DJe 9/9/2020).

2. Amparada a condenação nos elementos colhidos no procedimento administrativo fiscal, que passaram pelo controle judicial, além do juiz ter formulado sua convicção, também, a partir das provas colhidas durante o contraditório judicial, não pode se falar em violação do art. 155 do Código de Processo Penal.

3. Sobre a desclassificação da conduta para o delito do art. 2º, I, da Lei n. 8.137/1990, o Tribunal de origem destacou que os réus, na qualidade de administradores da empresa Solução Promotora de Vendas Ltda, teriam suprimido imposto de renda pessoa jurídica e tributação reflexa mediante omissão de informações a respeito da receita auferida entre os anos-calendário 2010 e 2012, apontando provas concretas quanto à supressão de tributo mediante fraude.

4. Rever os fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem, para decidir pela desclassificação, como requer a defesa, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, pelo óbice da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 2.211.040/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/6/2023, DJe de 16/6/2023.)

Ante o exposto, voto pelo desprovisionamento do agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no REsp 2.039.074 / RN

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2022/0362606-4

Número de Origem:

00007162720074058400 200784000007167 7162720074058400

Sessão Virtual de 12/03/2024 a 18/03/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EVANDRO BARBOSA PAES BARRETO

ADVOGADOS : JULES MICHELET PEREIRA QUEIROZ E SILVA - DF047467

CAIO VITOR RIBEIRO BARBOSA - DF062166

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO : DIREITO PENAL - PARTE GERAL - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PRESCRIÇÃO

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : EVANDRO BARBOSA PAES BARRETO

ADVOGADOS : JULES MICHELET PEREIRA QUEIROZ E SILVA - DF047467

CAIO VITOR RIBEIRO BARBOSA - DF062166

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 12/03/2024 a 18/03/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 19 de março de 2024

