

AÇÃO PENAL Nº 5001974-53.2011.404.7113/RS
AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU : AUREO ZAT
ADVOGADO : ALOÍSIO DE NARDIN

SENTENÇA

O Ministério Público Federal denunciou Áureo Zatt, qualificado na denúncia, como incurso nas sanções do artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, pela prática do seguinte fato delituoso:

'No período compreendido entre as competências de janeiro de 2004 a novembro de 2005 e março de 2006, o denunciado ÁUREO ZATT, na condição de sócio-gerente e efetivo administrador da empresa MÓVEIS 3Z LTDA. ME, estabelecida na Rua João Zatt, nº 82, Bairro São Roque, em Bento Gonçalves/RS, inscrita sob o CNPJ nº 73.253.668/0001-14, suprimiu, por 25 (vinte e cinco) vezes, contribuição social previdenciária, gerando um débito para com a Seguridade Social, no valor de R\$ 225.890,92 (duzentos e vinte e cinco mil, oitocentos e noventa reais e noventa e dois centavos), montante atualizado (até janeiro de 2009), lançados no Auto de Infração nº 37.191.545-72.

A supressão das contribuições sociais previdenciárias foi materializada mediante a conduta de prestar declaração falsa à autoridade fazendária, consubstanciada em informar, errônea e propositadamente, em Guia de Recolhimento de FGTS e de Informações à Previdência Social (GFIP), a condição de empresa optante do SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (restaram informados, em cada competência do período de 01/2004 a 03/2006, os seguintes campos com erro ou omissão: 1) campo 'SIMPLES' - informou o código '2' (optante), quando o correto seria '1'; 2) campo 'Alíq. RAT' - informou '0,0', quando o correto seria '3,0'; 3) campo 'outras enti' - não informou, quando o correto seria ter declarado o código '0079'; 4) campo 'Cód. Pgto GPS' - informou '2003', quando o correto seria '2100'; e 5) campo 'Valor Devido Prev. Social' - o valor informado não incluiu as respectivas contribuições devido ao fato de a empresa intitular-se optante do SIMPLES).

No entanto, conforme restou apurado pela Receita Federal do Brasil, a empresa MÓVEIS 3Z LTDA. ME (administrada pelo denunciado Áureo Zatt), ao lado das empresas Móveis 3 Primos Ltda., Perfection Indústria de Móveis Ltda. e Indústria de Móveis Sul Export. Ltda. (sendo as duas primeiras administradas pelo denunciado mediante procuração), compunham, em verdade, um único grupo econômico, o qual era administrado 'coordenadamente com o intuito de não ultrapassar, individualmente, o faturamento anual de R\$ 1.200.000, e assim manterem-se optantes pelo regime tributário SIMPLES' (grifou-se), circunstância que, inclusive, redundou na exclusão da empresa Móveis 3Z Ltda. ME do SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, em 20/06/2006, com efeitos operados desde 01/10/2000.

Devido ao falso enquadramento, houve a omissão dos valores de contribuições devidas, a cargo da empresa, à Seguridade Social, em relação às bases de cálculo dos segurados empregados e contribuintes individuais. Dessa forma, o denunciado logrou suprimir o recolhimento das contribuições sociais correspondentes à parte da empresa, destinadas à Seguridade Social, e do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT), incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados.' (evento 1, INICI)

A denúncia foi recebida em 18 de julho de 2011 (evento 3).

O réu foi citado pessoalmente e apresentou sua defesa prévia. Arguiu a prescrição. Pugnou pela extinção da punibilidade sobre parte dos fatos denunciados. Negou a autoria, referindo não ter sido o administrador quanto às questões contábeis. Arguiu a inexigibilidade de conduta diversa, em razão das dificuldades financeiras da empresa. Pugnou pelo reconhecimento da insignificância. Requereu a absolvição.

Após manifestação do Ministério Público Federal sobre as preliminares, foram rejeitadas as arguições sobre a prescrição e sobre a insignificância dos valores suprimidos da tributação. Determinou-se o prosseguimento da ação penal.

O réu interpôs recurso em sentido estrito, o qual teve negado o provimento, no que tange à prescrição, e não foi conhecido quanto às demais alegações.

Foi indeferido o requerimento de prova pericial.

Realizou-se audiência de instrução, na qual foram inquiridas sete testemunhas arroladas pela acusação, bem como foi interrogado o réu.

No prazo para diligências, o Ministério Público Federal requereu a atualização das consultas de antecedentes, bem como a requisição de documentos à Receita Federal e à Justiça do Trabalho. A defesa postulou a requisição de documentos à Receita Federal. Os requerimentos foram deferidos.

O Ministério Público Federal apresentou memoriais, afirmando estarem provadas a materialidade e a autoria. Reportou-se à prova colhida e requereu a condenação do réu. Pugnou pela aplicação de quatro circunstâncias desfavoráveis para a dosimetria da pena.

O réu também apresentou as alegações finais. Arguiu a atipicidade da conduta. Argumentou não ter existido confusão entre as empresas. Reiterou as alegações da defesa prévia quanto à inexigibilidade de conduta diversa, o princípio da bagatela e a prescrição. Requereu a absolvição.

Foram juntados documentos enviados pela Justiça do Trabalho, dos quais as partes tiveram vista e ratificaram os seus memoriais.

Veio o processo concluso para sentença.

É o relatório. Decido.

Tipo penal

O réu foi denunciado pela prática de fato enquadrado na Lei n. 8.137/90, no seguinte dispositivo:

'Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

(...)

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.'

No que se refere ao atendimento de obrigações tributárias, a impontualidade no recolhimento de tributos não constitui, por si só, ilícito penal. Tanto que o legislador, em sabendo desta peculiaridade, estabelece uma série de obstáculos para que a persecução penal instaure-se. Logo após o procedimento fiscal regular, o contribuinte é notificado do lançamento e tem prazo para efetuar o recolhimento do tributo.

A jurisprudência de nossos tribunais delineou um novo entendimento acerca da exigibilidade de tributos: enquanto houver discussão administrativa em relação ao lançamento tributário, ou seja, se o contribuinte escolher pelas vias recursais, o lançamento não se perfectibiliza, não sendo exigível o tributo até passar em julgado a decisão administrativa que dispor sobre o lançamento tributário.

Assim, para que haja possibilidade de se denunciar nos crimes do art. 1º, da Lei nº 8.137/1990, há de se ter o lançamento tributário formalizado e definitivo, de forma que a exigibilidade do tributo está umbilicalmente ligada à pretensão punitiva estatal.

Quanto ao tipo penal, deve-se observar que é de conduta múltipla ou de conteúdo variado. Assim, as diversas modalidades contidas nos incisos são formas de realização da conduta típica, sendo que qualquer delas acarreta a consumação do delito, que tem como verbos nucleares reduzir ou suprimir tributos, exigindo-se, por isso, resultado. Dispõe a legislação pertinente (art. 1º, incisos I a V, da Lei nº 8.137/1990):

'Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.'

Os fatos narrados na denúncia enquadram-se no inciso I do referido artigo. Trata-se de crime material e a lei estruturou o tipo de modo que o verbo indica não apenas a conduta, mas igualmente seu resultado. O dolo é genérico e consiste na vontade do agente de reduzir ou suprimir o tributo, pela prática da conduta descrita no inciso I do art. 1º da referida lei.

Prescrição em perspectiva

A arguição do réu acerca da prescrição em perspectiva já foi apreciada na decisão do evento 16, a qual foi mantida em sede de Recurso em Sentido Estrito (evento 91).

Como bem referido no recurso, a matéria foi pacificada no Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula n. 438, pela qual foi estabelecido ser 'inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal'.

Assim, incabível a análise da prescrição na forma postulada.

Materialidade

A materialidade do delito está demonstrada pela Representação Fiscal para fins Penais nº 13016.000061/2009-96, onde consta a prova de que a empresa foi excluída do SIMPLES através do Ato Declaratório Executivo n. 26, de 20 de junho de 2006, exclusão essa com efeitos a partir de 1º de outubro de 2000. Na referida Representação, ainda foi demonstrado que, diante da exclusão da empresa do SIMPLES, não houve a retificação de sua qualificação tributária perante o Fisco.

A documentação carreada à Representação supra citada e ao Inquérito Policial n. 021/2006 (autuado nesta Vara Federal sob o n. 2006.71.13.000751-7), deixa claro que a empresa declarou-se optante do SIMPLES e não retificou a informação após a exclusão.

Além disso, a falsidade na declaração de opção ao SIMPLES ficou evidente, já que, na realidade, foram criadas várias empresas a fim de evitar que o faturamento ultrapassasse o limite para a opção, quando se trava de apenas uma empresa de fato.

A fiscalização constatou que as empresas eram administradas pela mesma pessoa, inclusive com a confusão de quadro de empregados e endereços,

ficando evidente se tratarem de uma empresa só. Os documentos juntados ao Inquérito e à Representação revelam que a mesma pessoa - o réu - respondia pelas contratações dos funcionários de todas as empresas.

O fiscal confirmou, em audiência, a situação constatada:

'TESTEMUNHA: Na primeira fiscalização eu constatei fatos que essas três empresas, elas eram todas do mesmo grupo econômico, que na realidade elas teriam sido criadas com o intuito de todas serem operantes pelo SIMPLES e conseqüentemente não fazer o recolhimento da contribuição previdenciária patronal. Então, todas elas... inicialmente só havia Móveis 3Z e depois foram sendo abertas outras com o intuito de repartir o faturamento para que não ultrapassasse o limite de R\$ 1.200.000 que era o limite vigente na época. Então, foi constatado isso aí, a abertura de mais empresas: a 3 Primos e a Perfeccion e além de fatos referentes a reclamatórias trabalhistas e depoimentos de empregados que relacionavam que todas as empresas na realidade eram do mesmo grupo, tudo a mesma coisa.' (depoimento de Helder Schirmer, evento 75)

Outras testemunhas (evento 75) também confirmaram que, na prática, tratava-se de uma só empresa:

'MPF: Entendi. Bom, o senhor trabalhava, vamos dizer assim, na sua carteira de trabalho qual era a empresa que era a sua contratante?

TESTEMUNHA: Deixa eu lembrar... acho que era a 3 Primos.

MPF: Móveis 3 Primos?

TESTEMUNHA: Sim, porque ali era uma junção, era a Móveis 3Z, Móveis 3 Primos, Móveis não sei o que lá, eram várias dentro do mesmo lugar.

MPF: Está, e essa junção de empresas que o senhor nos contou agora, eram todas as empresas do mesmo proprietário, do Aureo?

TESTEMUNHA: Sim, acho que sim.

(...)

MPF: Certo, mas eu digo o seguinte, os funcionários eram os mesmos para todas as empresas?

TESTEMUNHA: Para todas as empresas, eram duas ou três empresas dentro do mesmo pavilhão, digamos assim, e todo mundo trabalhava com carteiras às vezes assinada diferentemente um do outro, mas todo mundo trabalhava dentro daquele mesmo lugar.

MPF: Exercendo funções de colegas assim?

TESTEMUNHA: Isso.

MPF: Não havia separação de funcionários, então?

TESTEMUNHA: Não, não havia, todo mundo ali, fazia as mesmas funções.

(...)

MPF: A pergunta que eu lhe fiz até para ficar bem claro, não havia, por exemplo, um ramo de atividade diferente do outro, era tudo a mesma atividade lá dentro?

TESTEMUNHA: Sim, todo mundo fazia a mesma atividade.

(...)

DEFESA: Quantas empresas trabalhavam nesse Pavilhão?

TESTEMUNHA: Nesse pavilhão nós trabalhávamos em duas empresas, três empresas, era a Móveis Perfeccion, que (...) funcionários da Móveis Perfeccion, que aí ficava atrás da Igreja, era a Móveis 3 Primos e Móveis 3Z.

DEFESA: Sabe dizer se essas três empresas sempre trabalharam nesse mesmo lugar ou se depois elas acabaram se aglutinando lá?

TESTEMUNHA: Não, essa empresa Perfeccion ela trabalhou atrás da Igreja São Roque e depois por falta acho de pagamento ou por A+B, que eu não sei lhe explicar, ela desceu e incorporou tudo no mesmo complexo tudo dentro do mesmo lugar.

(...)

TESTEMUNHA: Ah, se ouvia falar de chão de fábrica? Por talvez muita saída de peças sem nota ou porque nós éramos obrigados a sair da Móveis 3Z para trabalhar numa quarta empresa que eles fundaram, chamada Sul Export, que daí eles obrigavam nós sair de lá do Ouro Verde e ir até atrás da Igreja São Roque trabalhar obrigatoriamente, talvez seria por isso?' (depoimento de Márcio Joel da Silva)

'MPF: Móveis 3 Primos, Perfeccion, o senhor tem conhecimento de outras empresas que supostamente estariam dividindo o espaço lá com a Móveis 3Z?

TESTEMUNHA: Perfeccion tinha, mas era outra empresa, em outro lugar.

MPF: Certo, e Móveis 3 Primos?

TESTEMUNHA: Tinha comentários que tinha, mas não...

MPF: Que comentários eram esses?

TESTEMUNHA: Diz que tem uns que tem a carteira assinada pela 3Z e uns na 3 Primos, mas não que eu tivesse visto.

MPF: Todos faziam a mesma atividade?

TESTEMUNHA: A mesma atividade.

(...)

MPF: O senhor viu alguma situação que no seu entendimento, dos seus colegas permitissem concluir que havia uma confusão entre empresas lá dentro, ou seja, a mesma atividade, mas formalmente desempenhada por mais de uma empresa, justamente por conta dessa situação de que o senhor ouviu falar de carteira de trabalho assinada de forma diferente?

TESTEMUNHA: Eu acho que não, que era... Se tinha isso... Ah, não sei nem te explicar.

MPF: Para o senhor na sua ideia, era uma atividade só, era uma empresa só?

TESTEMUNHA: Uma empresa só.' (depoimento de Ivo Rebelatto Júnior)

'MPF: Com relação a essas outras empresas, a senhora demonstra ter conhecimento da existência dessas outras empresas, como é que a senhora teve conhecimento de que havia essas outras empresas lá dentro desse grupo?

TESTEMUNHA: Porque trabalhando lá, a gente sabia que tinha empresas em outros lugares, mas assim eu não sabia, não tinha acesso a nada delas, não sabia nada assim a mais, mas o nome e ligações feitas, pedidos de ligações, mas...' (depoimento de Giovana Atzler Vanni)

'MPF: O senhor pode nos explicar o que aconteceu, então, com relação a isso?

TESTEMUNHA: Como tinha... ele tinham um pavilhão meio grande e tinha duas empresas dentro de um pavilhão, aí quando não tinha serviço num utilizavam... um utilizava para fazer a outra, usavam para se ajudar.' (depoimento de Leonel Zatt)

A abertura sucessiva das empresas, utilizando-se de funcionários ou familiares para comporem o quadro social com a nítida intenção de disfarçar o seu objetivo - manter-se com os benefícios decorrentes do SIMPLES - também ficou clara. As pessoas eram levadas a tornarem-se sócios apenas para fins formais, já que, na prática, não exerciam qualquer papel na sociedade:

'MPF: Seu depoimento na Polícia Federal, o senhor diz que o Leonel Zatt propôs para o senhor entrar como sócio da empresa Indústrias de Móveis Sul Export Ltda., o senhor recorda disto?

TESTEMUNHA: Recordo.

MPF: Como é que foi essa proposta?

TESTEMUNHA: Na verdade foi para entrar de sócio, sair de uma empresa e entrar em outra, mas na verdade não teve proposta de lucro.

MPF: Na verdade foi uma proposta para o senhor...

TESTEMUNHA: Uma proposta para mim, porque a empresa estava indo mal uma, e para mim não ficar nada, como é que eu vou... para mim não ficar desempregado eu entraria como... Nessa outra empresa.

MPF: E o senhor chegou a efetivamente assinar o contrato social?

TESTEMUNHA: Eu assinei uns papéis lá.

MPF: Mas recebeu pró-labore, dividendos dessa empresa?

TESTEMUNHA: Não.

MPF: Continuou trabalhando como empregado?

TESTEMUNHA: É.' (depoimento de Rogério Barbosa, evento 75)

'JUIZ: Por que havia mais de uma empresa, o senhor sabe? Se elas eram independentes? Aqui diz a acusação que era para não ter um faturamento muito alto.

TESTEMUNHA: Por causa do SIMPLES né, eles me falaram isso.

JUIZ: O senhor sabe de alguma coisa disso aí?

TESTEMUNHA: Não, não sei, eu sei que eles comentavam do SIMPLES, que era um faturamento limite, que se passava do SIMPLES não...' (depoimento de Leonel Zatt, evento 75)

Na a mesma linha, a testemunha Márcio Joel da Silva referiu que Diana Ozelame, que figura no quatro social da empresa Perfeccion, na verdade era funcionária de uma das empresas, indicando que também foi convidada a participar a fim de viabilizar a criação da pessoa jurídica:

'MPF: Não lhe passou essa oportunidade. E essas duas mulheres que o senhor disse que trabalhavam lá, eram funcionárias da empresa?

TESTEMUNHA: Eram funcionárias da empresa.

MPF: Talvez a pergunta seja um pouco difícil, mas o senhor sabe se alguma delas, quem assinava a carteira delas?

TESTEMUNHA: Não, aí eu não.

MPF: Não sabe, é complicada a pergunta, perfeito, obrigado, sem mais perguntas.

JUIZ: Pela defesa?

PELA DEFESA:

DEFESA: O senhor sabe o nome dessas duas mulheres?

TESTEMUNHA: Que trabalhou lá? Uma era a Diane Ozelame ou Diana Ozelame, e a outra era, nós chamava ela de Cris, agora se era Cristina, Cristiane, aí eu já não sei, nós chamamos ela de Cris, todo mundo chamava ela de Cris, então, ficou por Cris.' (evento 75)

Cabe notar que o grupo econômico foi inclusive reconhecido em algumas das muitas ações trabalhistas movidas pelos antigos funcionários em face das empresas, como se observa do ofício juntado ao evento 110.

Fica evidente, portanto, que a empresa Móveis 3Z Ltda. não se enquadrava nos critérios de opção ao SIMPLES, seja porque o faturamento superava o limite, considerando as demais empresas que formavam um único grupo, seja porque o seu sócio participava com mais de 10% do capital de outra empresa, uma vez que era o efetivo administrador e sócio de fato de todas elas.

A opção pelo SIMPLES, portanto, foi declarada de forma irregular, com a evidente intenção da redução de tributos.

Os procedimentos investigatórios revelaram que, em razão da manutenção do Fisco em erro ao não regularizar sua qualificação tributária, a empresa reduziu tributos federais na forma narrada na denúncia.

O ofício n. 182/2011, emitido pela Receita Federal (evento 1, INQ4), informa que o débito foi inscrito em Dívida Ativa da União, revelando o seu lançamento definitivo e, assim, configurando a materialidade do delito.

Cumprе referir que, de acordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal, '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' (Súmula Vinculante 24).

Embora o débito tenha sido definitivamente lançado, como restou confirmado pelo órgão fazendário, é preciso observar isso só ocorreu após insurgência administrativa do contribuinte e que apenas parte das competências referidas na denúncia subsistiu.

A defesa apresentou a decisão, proferida no processo administrativo, que julgou pela nulidade de parte do lançamento decorrente do procedimento 13016.000051/2009-51, o qual gerou o Auto de Infração n. 37.191.545-7.

Das competências abrangidas pelo Auto de Infração, as quais são objeto da denúncia, apenas foram mantidas as relativas a agosto, outubro, dezembro e décimo terceiro de 2004, bem como a relativa ao mês de setembro de 2005, como se vê do documento PROCADM2, juntado ao evento 10.

Ora, de acordo com a orientação imposta pelo Supremo Tribunal Federal, a conduta é atípica no que tange às competências cujo lançamento foi anulado, quais sejam as compreendidas entre janeiro e julho de 2004, setembro de 2004, janeiro a agosto de 2005, outubro e novembro de 2005, e março de 2006.

Só está demonstrada a materialidade, portanto, quanto às competências de agosto, outubro, dezembro e décimo terceiro de 2004, bem como a relativa ao mês de setembro de 2005.

Autoria

Não há dúvidas quanto à autoria, na medida em que o réu era o administrador da empresa e responsável pelas informações prestadas ao Fisco, na época dos fatos.

No contrato social da empresa Móveis 3Z Ltda., com suas respectivas alterações juntadas ao processo (evento1, INQ2), é possível constatar que o réu passou a administrador único em 1998, mantendo-se nessa condição até a presente data. Quanto às demais empresas, ficou documentalmente provado que o acusado ou era sócio gerente, estabelecido pelo contrato social, ou detinha procuração com amplos poderes de administração.

Nas declarações anuais para fins de imposto de renda da pessoa jurídica, consta o nome do réu como representante legal. Assim também ele consta qualificado no cadastro da empresa contribuinte perante a Receita Federal (evento 1, AP-INQUPOL10), estando consignada a posição de gerência desde 1993 até o início da ação fiscal.

Cumprе notar, ainda, que a exclusão da empresa do SIMPLES, em 2006, foi realizada após procedimento administrativo, do qual o réu, por ser representante legal da empresa, estava ciente e teve a oportunidade de se defender. Observo que, conforme corroborado pela testemunha Helder Schirmer, responsável pela fiscalização da empresa, dois foram os procedimentos administrativos: o de 2006, que levou à exclusão do SIMPLES, e o de 2009, pelo qual foi constatada a prática do crime aqui denunciado. Veja-se:

(...)

TESTEMUNHA: Certo, então, isso foi realizado em 2009, então. Que a empresa foi excluída do SIMPLES em decorrência da minha outra fiscalização em 2006, então, em 2009 foi aberta uma fiscalização com o intuito de fazer o lançamento das contribuições previdenciárias decorrentes da exclusão do contribuinte do SIMPLES. Como ela seria empresa, digamos, normal, depois da exclusão do SIMPLES, seria obrigatório os pagamentos das contribuições previdenciárias devidas sobre a folha de pagamento.

(...)

DEFESA: Quando da fiscalização de 2006, houve a solicitação de documentos das empresas?

TESTEMUNHA: Sim, houve. (depoimento de Helder Schirmer, evento 75)

A legislação que rege o SIMPLES determina que, para a exclusão do contribuinte, a sua notificação é obrigatória. Ou seja, o réu estava ciente do procedimento administrativo, teve a oportunidade de defesa, recebeu a decisão de exclusão e, ainda assim, manteve-se inerte por três anos quanto à retificação da qualificação de sua empresa perante Fisco, mantendo este em erro quanto aos valores devidos.

Além disso, a opção pelo SIMPLES - quando a situação fática da empresa não permitia - deve ser atribuída ao seu administrador, papel que o réu desempenhou durante todo o período de informação falsa.

A administração da empresa pelo réu foi confirmada pelas testemunhas:

'MPF: O Senhor referiu que as empresas Móveis 3Z, Móveis 3 primos, Móveis Perfeccion e Sul Export eram ou são administradas por Aureo Zat, na condição de sócio gerente ou de procurador. O senhor confirma isto também?

JUIZ: O senhor só responde por que é gravado.

TESTEMUNHA: Ah, está.

MPF: Confirma?

TESTEMUNHA: Confirmando.

(...)

MPF: De quem eram essas empresas?

TESTEMUNHA: A 3Z era do Aureo.

MPF: E a outra de quem era?

TESTEMUNHA: Não sei.

MPF: Mas quem é que administrava?

TESTEMUNHA: Quem administrava era o Aureo.

MPF: O Aureo também?

TESTEMUNHA: O Aureo fazia, assinava.' (depoimento de Leonel Zatt, evento 75)

'MPF: Mas quem era o, vamos dizer assim, o diretor dessas empresas?

TESTEMUNHA: O diretor era o Aureo.

MPF: Aureo Zat?

TESTEMUNHA: Aureo Zat que eu lembre, porque assinava isso aí, tem a minha carteira de trabalho e...' (depoimento de Rogério Barbosa, evento 75)

'DEFESA: No dia-a-dia da empresa, a senhora sabe dizer se o Aureo ele cuidava mais da parte do chão de fábrica, digamos assim, ou da parte administrativa?

INFORMANTE: Ele era responsável pela parte administrativa.

DEFESA: Parte financeira também?

INFORMANTE: Também.' (Depoimento de Neura Zatt, evento 75)

Fica clara a responsabilidade do réu pelas informações prestadas ao Fisco e, assim, pela prática do delito denunciado.

Teses defensivas

Atipicidade - Insignificância

No que tange à consideração do crime como de bagatela, a arguição já foi afastada no curso do processo e, mesmo diante da constatação da anulação de parte do lançamento tributário, ainda não merece prosperar.

A 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que só há justa causa para processar e julgar acusados pela prática do crime de descaminho quando o total dos impostos sonegados for superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). A medida levou em consideração decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus 92438 e 95089), que aplicaram o princípio da insignificância nesses casos:

'PENAL E PROCESSO PENAL. DESCAMINHO. INSIGNIFICÂNCIA. ATIPIA. 1. A segurança jurídica da decisão esperada recomenda o prestigiamento dos precedentes, especialmente da Suprema Corte, a dar a solução definitiva em tema de tipicidade - na via do habeas corpus. 2. Adoção pela Seção Criminal desta Corte, na linha de precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC92438 e HC95089) de que o desinteresse fazendário na execução fiscal torna certa a impossibilidade de incidência do mais gravoso e substitutivo direito penal. 3. É o limite de dez mil reais, do art. 20 da Lei n.º 10.522/02, objetivamente indicador da insignificância para o crime de descaminho, ainda que reiterado (STF/HC 77003 e AI-QO 559904). 4. Atipia reconhecida.' (TRF4, ENUL 2004.71.00.032668-7, Quarta Seção, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 26/11/2008)

Da mesma forma, em consonância com a nova orientação do STF, os demais Tribunais Federais (1ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões) e, recentemente, o egrégio

Superior Tribunal de Justiça, também adotaram a tese de que, para o reconhecimento da insignificância nos crimes de contrabando e descaminho, deve ser utilizado o patamar inscrito no art. 20 da Lei 10.522/02.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, pacificou a controvérsia através de recurso repetitivo, como se vê:

'RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 105, III, A E C DA CF/88. PENAL. ART. 334, § 1º, ALÍNEAS C E D, DO CÓDIGO PENAL. DESCAMINHO. TIPICIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

I - Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso - 1ª e 2ª Turmas - incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02.

II - Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte.

Recurso especial desprovido.

(REsp 1112748/TO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 13/10/2009)

Vale citar julgado do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação Criminal nº 2004.71.13.002523-7, o eminente relator Desembargador Federal Néfi Cordeiro assim demonstrou seu entendimento acerca do tema, conforme excertos de seu voto, os quais seguem:

'(...) A segurança jurídica da decisão esperada recomenda o prestigiamto dos precedentes, especialmente da Suprema Corte, a dar a solução definitiva em tema de tipicidade - na via do habeas corpus. Desse modo, tendo já em dois precedentes (HC92438 e HC95089) definido a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, que o desinteresse fazendário na execução fiscal torna certa a impossibilidade de incidência do mais gravoso e substitutivo direito penal, veio a acolher também esta Corte (EI 2006.70.07.000110-1) a compreensão de que o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), do art. 20 da Lei n.º 10.522/02, é objetivamente indicador da insignificância para o crime de descaminho - ainda que tal fato se verifique em mais de uma oportunidade (STF/HC 77003 e AI-QO 559904), pois não cabe o exame de condições pessoais do agente, inclusive reiteração no crime, em questão de tipicidade, como é o caso da tese da insignificância.

Desse modo, sendo o crime do art. 168-A CP também de dano fazendário, deve a ele incidir igual limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de insignificância. Observo que se por um lado tem-se no art. 168-A CP apropriação de valores de terceiros, de outro lado no descaminho já existiam interesses de terceiros (proteção da indústria nacional, da saúde e moralidade públicas...), também atingidos pelo crime. No mais, tanto na sonegação dos tributos de II e IPI (do descaminho), como na sonegação do 168-A CP, o limite de manutenção das execuções fiscais permanece o mesmo do art. 20 da Lei n.º 10.522/02 (...).'

A redução no recolhimento dos tributos definitivamente lançados perfaz o valor original de R\$ 21.538,07, além de deverem ser considerados os encargos de juros e multa, nos termos do Discriminativo Analítico do Débito Retificado - AI n. 37.191.545-7, juntado ao evento 10 (PROCADM2).

Como se vê, o valor ultrapassa o patamar da insignificância, que é R\$ 10.000,00 (dez mil reais). A arguição do réu não pode ser acolhida.

Negativa de autoria

Conforme a prova já analisada, a afirmação de que o réu não era responsável pelas questões contábeis mostrou-se inverídica, uma vez que é clara a autoria do delito.

Também não pode ser acolhida a arguição de ausência de dolo. O réu estava plenamente ciente da situação falsa, já que era o efetivo administrador do grupo de empresas, e mesmo assim levou a efeito a opção da empresa Móveis 3Z Ltda. pelo SIMPLES e, depois da exclusão do regime, não promoveu a regularização de sua declaração.

Excludente de culpabilidade - dificuldades financeiras

A excludente de culpabilidade invocada não pode ser acolhida.

Veja-se que o crime praticado não se resume à omissão no pagamento dos tributos, que o réu poderia alegar ter sido provocada por uma invencível impossibilidade financeira. A prática do delito envolve comportamento fraudulento, do qual o contribuinte não pode se valer para o descumprimento de suas obrigações tributárias.

Vale asseverar que o bem protegido pela legislação, aqui, não é meramente o patrimônio público, mas a própria ordem tributária, visando coibir a utilização de meios escusos para a redução dos tributos.

Por essa razão, a excludente não é admissível no crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90.

No mesmo sentido tem se posicionado a Corte Regional:

'PENAL. PROCESSUAL PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATOS ANTERIORES À INSERÇÃO DO ART. 337-A NO CÓDIGO. SUPRESSÃO DE TRIBUTO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONTINUIDADE DELITIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. INAPLICABILIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA 1. A materialidade e a autoria do delito restaram devidamente comprovadas nos autos. 2. Nos crimes de sonegação fiscal, que exige efetiva supressão ou redução de tributo para a sua consumação (crime material), é necessária a constituição definitiva do crédito tributário como condição de procedibilidade da ação penal, sendo ela caracterizada pelo lançamento tributário. 3. As condutas delituosas atualmente previstas no artigo 337-A, do Código Penal, encontravam-se tipificadas no artigo 1º, da Lei nº 8.137-90, anteriormente à vigência da Lei nº 9.983/00. 4. Inaplicável a aplicação do princípio da insignificância quando o valor dos tributos suprimidos ultrapassa R\$10.000,00 - valor dado pela Lei nº 11.033/2004 ao artigo 20 da Lei nº 10.522/2002. 5. Não é admitida a aplicação da excludente de culpabilidade por dificuldades financeiras nos casos de sonegação de contribuição previdenciária, que se perfaz com a

utilização de meios fraudulentos para suprimir ou reduzir contribuição social, diferentemente do que ocorre com o crime de omissão de recolhimentos de contribuições previdenciárias. 5. A pena de multa, que deve ser simétrica à pena privativa da liberdade concretamente aplicada, em caso de crime continuado, é calculada sem a incidência do disposto no art. 72 do Código Penal.' (TRF4, ACR 2004.70.10.000076-5, Sétima Turma, Relator Luiz Carlos Canalli, D.E. 03/03/2011)

*PENAL. ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ARTIGO 1º, INCISOS I E II, DA LEI 8.137/90) E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (ARTIGO 337-A, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL). TIPICIDADE. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DOLO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INAPLICABILIDADE NOS DELITOS DE SONEGAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PENHORA JUDICIAL. NÃO EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENAS SUBSTITUTIVAS. PENA DE MULTA. PRESCRIÇÃO. CRIME CONTINUADO. CONCURSO DE CRIMES. DUPLA MAJORAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO NE BIS IN IDEM. 1. Nos delitos contra a ordem tributária, a tipicidade se verifica pela constituição do crédito tributário revisado de ofício (artigo 201 do CTN), apurada em regular processo administrativo fiscal. 2. Nos delitos dos artigos 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/90, e 337-A, inciso III, do Código Penal, o dolo é genérico (STF, AP 516, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 03-12-2010; STJ, REsp 480.395, 5ª Turma, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU 07-4-2003). 3. **Haja vista que o que caracteriza os delitos de sonegação de impostos ou de contribuições previdenciárias é não só a inadimplência, mas também a fraude, eventuais dificuldades financeiras não são aptas a descaracterizar o dolo inserto na conduta do agente. Logo, a alegação de inexigibilidade de conduta diversa é tese inaplicável aos delitos dos artigos 1º da Lei 8.137/90 e 337-A do Código Penal. Precedentes dessa egrégia Corte.** 4. A efetivação de penhora judicial no processo de execução fiscal não gera a extinção da punibilidade para os crimes contra a ordem tributária. Precedentes desse egrégio Tribunal Regional Federal. 5. Acerca da modalidade de sanções substitutivas, as penas restritivas de direitos que melhor atingem a finalidade da persecução criminal, no caso, são a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e a prestação pecuniária. A prestação pecuniária substitutiva, no entanto, deve levar em conta as condições econômicas do condenado. 6. A pena de multa deve ser fixada em atenção a dois critérios: a proporcionalidade com a pena privativa de liberdade aplicada e a capacidade econômica do réu. 7. Tratando-se de crimes de idêntica gravidade, não há óbice para o reconhecimento do acréscimo decorrente do concurso formal na pena de quaisquer deles, pois não há crime mais leve que possa prescrever com crime mais grave e, assim, não há risco de ofensa ao artigo 119 do Código Penal. 8. 'A prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação' (Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal). 9. Aplicada a majorante da continuidade delitiva, não incide a causa especial de aumento decorrente do concurso formal de crimes, sob pena de bis in idem. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desse egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região. (TRF4, ACR 0001472-46.2008.404.7004, Oitava Turma, Relator Victor Luiz dos Santos Laus, D.E. 28/02/2012)*

A arguição da defesa deve ser afastada.

De todo o exposto, impõe-se a condenação do réu pela prática do delito pelo qual foi denunciado.

Passo à aplicação da pena.

A sanção catalogada no artigo 1º da Lei 8.137/90, para o crime ora examinado, é de reclusão de 02 (dois) a 05 (cinco) anos e multa.

Atendendo ao disposto no artigo 68 do Código Penal e considerando nesta fase as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma, verifico que a culpabilidade é normal, não há antecedentes, personalidade do agente sem dados concretos para análise. Os motivos e circunstâncias são inerentes ao tipo. Conduta social foi abonada pelas testemunhas ouvidas em audiência (evento 75). As conseqüências do crime estão inseridas no tipo. Inviável falar-se em comportamento da vítima. Fixo, assim, a pena base em 2 (dois) anos de reclusão.

Não há agravantes ou atenuantes.

Não há causas de diminuição. Reconheço a existência da continuidade delitiva - art. 71 do Código Penal (a redução de tributos ocorreu dentro do período de um ano). Dessa forma, foram cometidos 5 (cinco) delitos (competências de agosto, outubro, dezembro e décimo terceiro de 2004, e setembro de 2005), os quais, pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, podem ser tidos como continuação do primeiro. Assim, considerando o número de delitos cometidos, aumento a pena em 1/6 (um sexto), **tornando-a definitiva em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.**

Passo a aplicar a pena de multa. O art. 8º da Lei nº 8.137/1990 prevê critérios especiais para a fixação da pena de multa nos crimes definidos naquela lei. Porém, considerando a extinção do índice oficial por ela adotado (BTN), fixo a pena de multa com base nos critérios gerais adotados pelo Código Penal (arts. 49 e 60, caput e §1º).

Entendo que a pena de multa deve guardar proporção com a pena privativa de liberdade fixada, razão pela qual fixo a pena pecuniária em 48 **(quarenta e oito) dias-multa**, arbitrando o valor do dia-multa, tendo em conta a situação econômica do réu (conforme os documentos juntados não tem patrimônio e está desempregado) em **1/10 do salário mínimo vigente em 30/09/2005**, que deverá ser atualizado até o efetivo pagamento.

Ausentes os requisitos da prisão preventiva, poderá o réu apelar em liberdade.

Com fundamento no artigo 33, § 2º, do Código Penal, determino o regime aberto, como o inicial, para o cumprimento da pena, uma vez que a ré não é reincidente e a pena não é superior a 04 (quatro) anos.

Substituição da pena

Substituo a pena privativa de liberdade aplicada para o réu - 02 (dois) anos e 4 meses de reclusão- por duas penas restritivas de direito (art. 44, §2º, segunda parte do CP), consistente na prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas (art. 43, IV, do CP), pelo mesmo tempo previsto na pena

privativa de liberdade (2 anos e 4 meses), e prestação pecuniária no valor total de 02 (dois) salários mínimos a instituições de cunho social a ser fixada pelo Juízo da Execução Penal. A substituição ora efetuada é decorrência da aferição dos requisitos objetivos e subjetivos expressos no art. 44, I a III, do CP (nova redação), isto é, quantidade de pena privativa de liberdade aplicada inferior a 04 anos, réu não reincidente em crime doloso e culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, bem como os motivos e circunstâncias indicam essa substituição como suficiente à prevenção e reprovação do delito praticado.

As tarefas gratuitas do condenado ser-lhe-ão atribuídas conforme suas aptidões, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, não podendo prejudicar a jornada normal de trabalho (art. 46, parágrafos 1º e 3º, do CP).

No que pertine à escolha dessas penas alternativas, tenho que a opção pela prestação de serviços à comunidade revela-se mais indicada para fins de repressão e prevenção, na medida em que estimula e permite a readaptação do apenado na comunidade. Já a prestação pecuniária possui, além do aspecto punitivo, inerente a qualquer sanção, um caráter de justiça social, na medida em que os valores são revertidos aos menos afortunados, através de doações a entidades assistenciais, a serem definidas pelo juízo da execução.

Dispositivo

Ante o exposto, **julgo parcialmente procedente** a denúncia para condenar o réu ÁUREO ZATT, como incurso nas sanções do artigo 1º, I da Lei 8.137/91, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e ao pagamento da pena pecuniária de 48 (quarenta e oito) dias-multa, fixado o dia-multa no valor de 1/10 (um décimo) do salário mínimo da época dos fatos (setembro de 2005)

A pena corporal deve ser cumprida inicialmente sob o regime aberto (art. 33, parágrafo 2º, letra 'c', do CPB).

Cumpridos os requisitos legais (art. 44, I a III, do CP, nova redação dada pela Lei nº 9.714/98), substituo a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos nas modalidades de prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas (art. 43, IV, do CPB) e prestação pecuniária de 02 (dois) salários mínimos, em benefício de instituição social a ser fixada pelo Juízo da Execução Penal.

O réu poderá recorrer em liberdade, nos termos da fundamentação.

A multa deverá ser atualizada pelos índices oficiais e recolhida no prazo de 10 (dez) dias, contados do trânsito em julgado desta decisão (art. 50, caput, do CP).

Arcará o sentenciado, ainda, com o valor das custas do processo.

Transitada em julgado: a) lance-se o nome dos réus no livro rol de culpados; b) preencha-se e remeta-se o boletim estatístico (art. 809 do CPP); c) oficie-se ao Egrégio Tribunal Regional Eleitoral; d) intime-se o condenado para pagar as custas processuais e a pena de multa.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Bento Gonçalves, 24 de junho de 2013.

LUCIANA DIAS BAUER
Juíza Federal

Documento eletrônico assinado por **LUCIANA DIAS BAUER, Juíza Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfrs.jus.br/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **9535399v13** e, se solicitado, do código CRC **824BB667**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): LUCIANA DIAS BAUER

Data e Hora: 01/07/2013 16:02