



ACÓRDÃO Nº
PROCESSO Nº 000751-14.2007.8.14.0401
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA DE DIREITO PENAL
RECURSO: APELAÇÃO PENAL
COMARCA: BELÉM (VARA DE CRIME CONTRA O CONSUMIDOR E A ORDEM TRIBUTÁRIA)
APELANTE: ZAQUEU GOMES COSTA (ADVOGADO JOSÉ ISAAC PACHECO FIMA – OAB/PA 4.319)
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
REVISOR: Des. RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES
RELATOR: Des.or MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE

EMENTA: PENAL. ARTIGO , INCISO , DA LEI Nº /90. SONEGAÇÃO DE ICMS AO FISCO ESTADUAL - NOTA FISCAL CALÇADA. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFASTAMENTO. NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA. REJEIÇÃO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. MÉRITO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 2º, INCISO I e II, DA LEI Nº 8.137/1990. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTUM ADEQUADO E PROPORCIONAL. RECURSO QUE CONHEÇO E NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. Não há de se falar em ilegitimidade passiva do apelante, quando as provas dos autos demonstraram que o mesmo era, à época dos fatos, o responsável pela administração e gerência da empresa autuada pelo fisco do Estado do Pará. Preliminar rejeitada.

2. Não merece acolhida a preliminar de nulidade do auto de infração, por ausência de notificação, eis que recebido pelo contador da sociedade empresária à época dos fatos. Preliminar rejeitada.

3. Inexiste bis in idem com relação a outra ação penal ajuizada contra o réu, quando está refere-se à omissão de dados em sua declaração econômica e fiscal - DIEF, e a presente ação penal se refere à notas fiscais calçadas. Preliminar rejeitada.

4. Comprovado o resultado naturalístico exigido pelo tipo penal imputado ao recorrente, qual seja, o efetivo prejuízo ao Erário em razão de fraude à fiscalização tributária, bem configurado está o crime do artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, sendo impossível a desclassificação da conduta para o artigo 2º do mesmo diploma legal, cuja aplicação é subsidiária, uma vez que trata de crime formal.

4. É incabível o pedido defensivo de redução da pena-base, quando evidenciado que a magistrada sentenciante observou as diretrizes definidas no artigo 59 do Código Penal, considerando, corretamente, como desfavorável ao apelante as consequências do delito, razão pela qual fixou a reprimenda-inicial em patamar situado próximo ao mínimo legal.

5. Recurso conhecido e desprovido, decisão unânime.

Vistos etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores, componentes da Egrégia 2ª Turma de Direito Penal, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e negar provimento, nos termos do voto Desembargador Relator.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos três dias do



mês de setembro de dois mil e dezessete.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes.

Belém (PA), 03 de outubro de 2017.

Des. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
Relator

PROCESSO Nº 000751-14.2007.8.14.0401

ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA DE DIREITO PENAL

RECURSO: APELAÇÃO PENAL

COMARCA: BELÉM (VARA DE CRIME CONTRA OS CONSUMIDORES E A ORDEM TRIBUTÁRIA)

APELANTE: ZAQUEU GOMES COSTA (ADVOGADO JOSÉ ISAAC PACHECO FIMA – OAB/PA 4.319)

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

REVISOR: Des. RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES

RELATOR: Des.or MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE

RELATÓRIO

ZAQUEU GOMES COSTA, por intermédio do advogado José Isaac Pacheco Fima, interpôs apelação contra a sentença proferida pelo Juízo de Direito da Vara de Crimes Contra o Consumidor e a Ordem Tributária da Comarca da Capital, que o condenou às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto e ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, pela prática delitiva tipificada no artigo 1º, II, da lei nº 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal Brasileiro.

A defesa, preliminarmente, argui a nulidade do processo em razão:

- a) de sua ilegitimidade passiva, pois o apelante não administrava e nem gerenciava a empresa objeto do Auto de Infração e Notificação Fiscal;
- b) da inexistência de notificação pessoal do recorrente; e
- c) do bis in idem com o processo nº 0014745-23.2009.8.14.0401, que tramita na mesma Vara Criminal.

No mérito, pugna pela desclassificação do delito para a figura descrita no art. 2º, I e II da lei nº 8.137/90, com o consequente reconhecimento da prescrição retroativa.

Subsidiariamente, requer a redução da pena-base para o mínimo legal.

Os autos foram remetidos a esta e. Corte, sendo distribuídos à minha relatoria e apresentando-se conclusos ao meu Gabinete, oportunidade em que determinei a remessa ao parecer do custos legis.

Manifestando-se nessa condição, o Procurador de Justiça Claudio Bezerra de Melo posicionou-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

É o relatório.

À revisão do Exmo. Sr. Des. Rômulo José Ferreira Nunes.

Belém, 03 de outubro de 2017.

Des.or MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE



Relator

PROCESSO Nº 000751-14.2007.8.14.0401

ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA DE DIREITO PENAL

RECURSO: APELAÇÃO PENAL

COMARCA: BELÉM (VARA DE CRIME CONTRA OS CONSUMIDORES E A ORDEM TRIBUTÁRIA)

APELANTE: Zaqueu Gomes Costa (Advogado José Isaac Pacheco Fima – OAB/PA 4.319)

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

REVISOR: Des. Rômulo José Ferreira Nunes

RELATOR: Des.or Milton Augusto de Brito Nobre

VOTO

Havendo a arguição de três preliminares, passo de pronto a enfrentar tais matérias. Como deixei consignado no relatório, na primeira preliminar suscitada, a defesa pugna o reconhecimento da ilegitimidade passiva do apelante por não ser administrador, nem gerente da empresa Multiservice Sistemas Elétricos Informática Comércio e Serviços Ltda. EPP. Todavia, razão não lhe assiste.

O artigo , inciso , do :

Art. 135. São pessoas responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos;

(...)

III – Os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. (grifo nosso).

No presente caso, conquanto a empresa notificada tivesse vários sócios, conforme se extrai do seu Contrato Social (fls. 20/35), as provas carreadas os autos demonstraram que o recorrente era o responsável pela administração e gerenciamento da empresa.

Nesse sentido, destaco a cláusula sexta do contrato de alteração de nº 28 da Sociedade Empresaria que tirou o exercício coletivo da administração empresarial e passou-a, exclusivamente, para o apelante, in verbis (fl. 29): A administração da sociedade empresaria caberá a Zaqueu Gomes Costa, com poderes e atribuições de gerente, autorizado o uso do nome empresarial, vedado, no entanto, em atividades estranhas aos interesses sociais ou assumir obrigações, seja em favor de qualquer dos cotistas ou de terceiros, bem como, onerar ou alienar bens imóveis da sociedade, sem autorização de todos os sócios.

Assim, demonstrado que Zaqueu Gomes Costa era o responsável pela administração e gerência da empresa autuada, tenho que não há qualquer dúvida quanto à sua legitimidade para figurar como réu no presente feito, razão pela qual rejeito a preliminar.

Em relação à nulidade do Auto de Infração n.º 030692/99 por ausência de notificação do representante legal da empresa (ofensa ao contraditório e ampla defesa), entendo que não há qualquer irregularidade na notificação que possa representar ofensa aos princípios constitucionais mencionados, como tenta fazer crer a combativa Defesa.

Essa questão foi enfrentada na r. sentença recorrida que, no particular, fez



constar que "(...) refuta-se a tese da defesa de que o réu não teve conhecimento do processo administrativo fiscal, pois, pelo que se observa no AINF foi que o contador da empresa o assinou".

Acrescento aos argumentos da magistrada sentenciante que de acordo com o documento de fl. 47 - o débito do contribuinte MULTISERVICE SISTEMAS ELÉTRICOS INFORMÁTICA COM. SERV. LTDA, inscrição estadual nº 15.128.632-9, referente ao AINF nº 30692, foi objeto de parcelamento (Parcelamento nº 12005090000663-2), formalizado em 02/03/2005, em 120 parcelas mensais, sendo que o contribuinte pagou somente 02 parcelas (...) -, demonstrando que o apelante, como responsável tributário da empresa, teve pleno conhecimento do Auto de Infração e Notificação Fiscal que deu ensejo à presente ação penal.

Dessa forma, forçoso constatar que a empresa foi sim notificada do processo administrativo-fiscal, recolhendo valores a ele relativos.

De mais a mais, destaco que o processo criminal não é a via adequada para a impugnação de eventuais nulidades ocorridas no procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário. (STJ, Quinta Turma, AgRg no AREsp 336549/SP, rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, j. 13/08/2013, DJ 20/08/2013).

Nesse sentido, creio pertinente também citar julgado recente do e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

APELAÇÕES CRIMINAIS - SONEGAÇÃO FISCAL -PRESCRIÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA - ABSOLVIÇÃO - CULPABILIDADE - CAUSA DE AUMENTO DO ART. 12, I, DA LEI 8.137/90. I. O prazo quinquenal é considerado apenas perante o fisco, para o pagamento dos impostos suprimidos. No caso, para que ocorra a prescrição, o lapso temporal necessário é de 12 anos, a teor do art. 109, III, do CP. II. As esferas criminal e administrativa são independentes entre si. Eventual nulidade no processo administrativo é incapaz de macular o processo penal. III. Incabível a absolvição quando o réu admite que deixou de recolher os impostos devidos para quitar outros débitos. IV. O excesso de infrações além do limite doutrinário e jurisprudencial para a fração máxima, considerada em abstrato, não altera a culpabilidade. V.É necessária a demonstração do grave dano à coletividade no caso concreto para a incidência do art. 12, I, da Lei 8.137/90. VI. Recurso desprovido. (, 20110111481503APR, Relator: SANDRA DE SANTIS, Revisor: ESDRAS NEVES, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 18/02/2016, Publicado no DJE: 25/02/2016. Pág.: Sem Página Cadastrada. Por tais motivos, rejeito a vestibular arguida.

Quanto à preliminar de bis in idem com o processo nº 0014745-23.2009.8.14.0401, que tramita na mesma Vara Criminal, também não há razão ao recorrente.

Digo isso porque, o aludido processo versa sobre Procedimento Investigativo Criminal pela prática de crimes previsto no art. 2º, II, da lei 8.137/90, diverso, portanto, do crime tratado nestes autos.

Tal questão também foi enfrentada pelo juízo a quo – quando do julgamento dos embargos de declaração opostos contra a sentença condenatória -, que assim se manifestou:

Cuida, em verdade, o processo mencionado, de situação diversa deste.

Naquele, o réu-embargante já fora denunciado pelo MP por conduta típica



prevista no art.2º, I da lei 8.137/90 em razão de simples omissão de dados em DIFs, o que, pelo decurso do tempo, restou alcançada pela prescrição dada a pouca quantidade de pena prevista em abstrato, ocasionando-lhe a extinção da punibilidade.

Neste, porém, a toda evidência, a conduta é outra - (omissão por falta de apresentação de NFs, com descaracterização e divergências dos referidos documentos, com a prática do chamado calçamento de nota) - o que impôs a subsunção da conduta a preceito secundário mais grave do tipo penal previsto no art.1º da lei de regência.

Sendo irretocável essa manifestação, que por isso adoto integralmente, rejeito, também, a preliminar.

Ultrapassadas as questões preliminares, passo ao exame do mérito.

De início, averbo que o pleito de desclassificação da conduta para figura inserta no art. , inc. , da Lei nº /90, não comporta provimento.

Explico.

Contempla o art. 2º as hipóteses não previstas no art. 1º, tendo, portanto, natureza residual.

Sobre o tema, vale conferir o magistério de Andreas Eisele:

"O tipo é subsidiário em relação ao previsto no art. 1º, caput, porque descreve de forma autônoma uma conduta que pode caracterizar fase de execução deste fato típico (o que configura sua forma tentada). Portanto, se o sujeito realiza uma conduta que consista na tentativa da prática do fato tipificado no art. 1º, caput, a tipicidade será estabelecida em relação à descrição veiculada pelo art. 2º, I, solucionando-se o concurso aparente de leis pela aplicação do critério da subsidiariedade." (Crimes contra a Ordem Tributária, 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 169).

Na mesma linha, revela-se a orientação jurisprudencial dos Tribunais, consoante se depreende do Acórdão assim ementado:

PENAL. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. LEGITIMIDADE. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. , , DA LEI Nº /90. MATERIALIDADE, AUTORIA E ELEMENTO SUBJETIVO COMPROVADOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. DA LEI Nº /90. DESCABIMENTO. CULPABILIDADE ELEVADA. ART. , , DA LEI Nº /90. NÃO INCIDÊNCIA. VALOR DO DIA-MULTA MANTIDO. (...). Comprovada a efetiva supressão ou redução do tributo, mostra-se inoportuna a desclassificação para o tipo do art. da lei nº /90. (...). (TRF4, ACR 0001291-08.2009.404.7102, SÉTIMA TURMA, Relator SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, D.E. 08/03/2016). (grifo nosso).

Logo, comprovado, através do Auto de Infração e Notificação nº 030692/99, que houve, efetivamente a omissão no recolhimento de tributos, em valor de R\$ 78.487,94 (setenta e oito mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e noventa e quatro centavos - atualizados até agosto de 2011 - fl. 120), mostra-se inviável a desclassificação.

Ademais, perfeitamente demonstrado que o réu praticou a defraudação fiscal denominada nota fiscal calçada, deixando de apurar, lançar e recolher ICMS devido à Fazenda Estadual.

Além disso, como alhures referido, a criminalização está em deixar de recolher contribuição descontada ou cobrada, não havendo necessidade do acusado se apropriar materialmente dos valores não repassados à Fazenda



Pública estadual, mas simplesmente deixar de repassá-las, sendo prescindível demonstrar o animus rem sibi habendi.

Logo, não prosperam esses argumentos.

Quanto ao alegado excesso da pena-base, para um melhor exame, faz-se necessário recuperar as palavras da magistrada de primeiro grau, in verbis: Isto posto, julgo procedente a denúncia ofertada pelo Representante do Ministério Público, para condenar o réu ZAQUEU GOMES COSTA, já qualificado às fls. 03, nas sanções punitivas previstas no art. 1º, II, da Lei 8.137/90 c/c artigo 71 do CPB. Atenta as diretrizes estabelecidas nos artigos 59 e 60 da legislação penal, procedo ao cálculo da pena-base, para isso, levando em conta as seguintes circunstâncias:

a) a culpabilidade está evidenciada em nível normal, pois o réu fraudou a fiscalização tributária, omitindo registros, nos livros fiscais de entradas e saída de mercadorias de sua empresa.

b) o réu não registra antecedentes criminais, já que o outro feito com trâmite nesta vara teve a punibilidade extinta (fls. 156);

c) a sua conduta social é considerada normal, à falta de elementos para sua valoração;

d) sua personalidade se afigura normal, pois os autos não revelam ser pessoa insólita ou agressiva;

e) os motivos do crime são normais ao tipo, qual seja, sonegação fiscal.

f) as circunstâncias normais ao tipo.

g) consequências do crime lhe são de todo desfavoráveis, já que o fisco estadual não recolheu aos cofres públicos o valor do débito fiscal.

h) não há como se aferir o comportamento da vítima, no caso a coletividade.

Assim, fixo a pena base no limite mínimo de 2 (dois) anos e 6(seis) meses de reclusão, e multa no valor de 18(dezoito) dias-multa. Ausentes atenuantes ou agravantes. Presente a causa de aumento de pena em razão da continuidade delitiva, pelo que aumento a pena em 1/3 (um terço), passando a mesma para 3(três) anos e 4(quatro) meses de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa cada qual no valor de 1/3 do salário mínimo, vigente a época do fato, sem embargo de atualização na fase executória da pena, como prevê o art. 49, § 1º c/c o art. 60, do Código Penal, levando em consideração a situação financeira do réu. Ausentes outras causas de aumento ou diminuição da pena, pelo que a torno concreta e definitiva.

A pena deverá ser cumprida no Regime Aberto. (grifo nosso).

De fato, constata-se que a magistrada sentenciante considerou corretamente como desfavorável ao apelante as consequências do delito, em virtude do Fisco ainda não ter recebido o valor a si devido, o que, além de gerar a necessidade de uma maior censura da sua conduta, justifica a fixação da sanção acima do mínimo legal, mormente porque é cediço que a presença de uma única circunstância judicial desfavorável já revela-se suficiente para elevar a pena-base acima do mínimo legal, com fulcro no que estabelece a Súmula nº 23 deste Tribunal.

Face do exposto, em consonância com o parecer ministerial, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Belém (PA), 03 de outubro de 2017.



Des. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
Relator