



ACÓRDÃO: _____.

APELAÇÃO PENAL.

PROCESSO N.º: 00176032720168140401

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO (MÁRCIA BEATRIZ REIS SOUZA).

APELADO/APELANTE: JOSE MARIA DA COSTA MENDONÇA.

DEFENSORIA PÚBLICA: ANDRÉ MARTINS PEREIRA.

PROCURADORIA DE JUSTIÇA: CLÁUDIO BEZERRA DE MELO.

RELATORA: ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.

EMENTA: APELAÇÃO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, INCISOS I e II, C/C ART. 12, INCISO I, TODOS DA LEI N.º 8.137/90 .

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1.1. PEDIDO DE INCREMENTO DA PENA BASE COM A VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE E DA CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME. ACOLHIMENTO PARCIAL. O artificioso modus operandi empregado no intento criminoso extrapolou a reprovabilidade inerente ao tipo penal imputado, restando plenamente justificado a exasperação da pena-base pela valoração negativa da culpabilidade do réu. Quanto as circunstâncias do crime são os aspectos referentes ao modo, tempo e lugar da infração, não devem ser consideradas desfavoráveis, pois o fato de o acusado ter praticado o delito de forma prolongada e várias outras vezes já é devidamente negativado legalmente pela existência da causa de aumento de pena a ser considerada posteriormente, nos termos do art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90. Neste momento devendo ser neutra

1.2. APLICAÇÃO DO QUANTUM ½ (METADE) DA MAJORANTE DO ART. 12, I DA LEI Nº 8.137/90. POSSIBILIDADE. Os autos demonstram, com clareza, o elevado dano à coletividade causado pela conduta do contribuinte, que acarretou ao erário o prejuízo, praticamente milionário, de R\$ 1.409.054,40 (um milhão, quatrocentos e nove mil, cinquenta e quatro reais, e quarenta centavos), valor atualizado até 27/09/2011, sem o acréscimo da multa e juros de mora conforme apurado pelo Parquet. (...). Sendo assim, a fundamentação utilizada pelo juízo a quo, para aplicar a incidência da majorante no quantum de 1/3, não se revela idônea.

1.3. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. precedente. A conduta descrita pelo apelante descreve 11 condutas delitivas, como bem reconheceu a sentença do juízo a quo, mostra-se adequado o acréscimo pela continuidade na fração máxima de 23. É firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que o aumento operado em face da continuidade deve levar em conta o número de infrações cometidas.

1.4. DO RECONHECIMENTO DO CONCURSO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE. O agente que incide em mais de uma conduta das previstas no art. 1º da Lei nº /90 não está sujeito às regras do concurso material, mas, sim, da continuidade delitiva. Precedentes.

1.5. DA REPARAÇÃO DO DANO. IMPROCEDENTE. AFASTAMENTO DE OFÍCIO DO VALOR FIXADO NA SENTENÇA. Os Tribunais Superiores já se manifestaram sobre a hipótese. A Fazenda Pública, na qualidade de vítima do crime contra a ordem tributária, tem possibilidade



de recuperar os valores sonegados mediante o manejo de execução fiscal e a consequente inscrição em dívida ativa do débito consolidado, não sendo necessária a fixação de valor mínimo para reparação de danos ao ofendido, (REExt. com Agr nº 958.926 - RS, Rel. da Min. Rosa Weber, STF, 2016; REExt. com Agr nº 1.116.544 - RS, Rel. do Min. Dias Toffoli, 2018; HC n.º 411174 - SC, Rel. da Min. Maria Thereza Assis Moura, 2018.
RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

2.RECURSO DO APELANTE JOSE MARIA DA COSTA MENDONÇA.

2.1. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO ACOLHIMENTO.

Materialidade comprovadas por meio do auto de Infração e Notificação Fiscal n.º 012011510000609-1, pois lavrado pela autoridade fiscal e devidamente inscrito na dívida ativa, obedecendo a todos os trâmites legais, as DIEF's, a confissão do réu em delegacia e as testemunhas ouvidas em juízo. As provas colhidas nos autos evidenciaram o crime em análise. A infração consiste em sonegação fiscal, deixando de recolher ICMS relativo às operações e referentes a créditos fiscais inexistentes de notas fiscais de entrada de sucata de ferro sem destaque de ICMS, sendo escriturado e apropriado no livro de entradas de valores indevidos de créditos fiscais aproveitados na apuração mensal de imposto, reduzindo o valor do ICMS mensal a recolher, no período de janeiro a outubro e dezembro de 2009. Condenação mantida.

2.2. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO EM LESIONAR O FISCO – IRRELEVÂNCIA – Como cediço, o elemento subjetivo dos crimes contra a ordem tributária é o dolo genérico. In casu, o dolo de, mediante a prática de uma das condutas previstas nos incisos do art. 1º, da lei nº 8.137/90, suprimir ou reduzir tributo, de modo que não é necessário o dolo específico do agente em lesionar o fisco.

2.3. DA AUSÊNCIA DE DANO À COLETIVIDADE – IMPOSSIBILIDADE. Considerando que o dano efetivado pelo apelante/apelado contra o fisco, efetivado através de inscrição em dívida pública, perfaz o montante de R\$ 1.409.054,40 (um milhão, quatrocentos e nove mil e cinquenta e quatro reais e quarenta centavos (valor atualizado até 27/09/2011), ou seja, valor este três vezes mais do que o mínimo considerado pelo STF como grave dano à coletividade, que é o valor de 400 mil reais.

2.4. APLICAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL – PREJUDICADO. Reconhecimento de circunstância judicial negativa (culpabilidade). Aplicação da Súmula nº 23: A aplicação dos vetores do artigo 59 do CPB obedece a critérios quantitativos, de modo que, existindo a aferição negativa de qualquer deles, fundamenta-se a elevação da pena base acima do mínimo legal.

2.5. DO ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. A Defensoria Pública do Estado do Pará é órgão de Estado que tem como função precípua a prestação de serviços gratuitos a quem necessitar de assistência judiciária. Nesse contexto, a jurisprudência pátria já firmou entendimento de que é incabível a fixação de honorários em prol de seu Fundo de Aparelhamento, a ser pago pelo assistido, independentemente da condição econômica do acusado

RECURSOS CONHECIDOS E NO MÉRITO, PROVIDO PARCIALMENTE O



RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E IMPROVIDO O RECURSO DA DEFESA. PENA REDIMENSIONADA PARA 7 ANOS E 1 MÊS DE RECLUSÃO E MAIS 50 DIAS-MULTA, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO PELO CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 1º, I E II, C/C ARTIGO 12, I TODOS DA LEI 8.137/90, C/C ART. 71, DO CÓDIGO PENAL.

ACÓRDÃO

Vistos e etc...

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores, por unanimidade de votos, em conhecer dos recursos manejados pelo Ministério Público e pela Defesa, no mérito, dar-lhe parcial provimento ao recurso ministerial e negar-lhe provimento ao recurso da Defesa, nos termos do voto da Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Pará, aos onze dias do mês de maio de dois mil e vinte e um.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Vânia Lúcia Siolveira.
Belém/PA, 11 de maio de 2021.

Desembargadora ROSI MARIA GOMES DE FARIAS
Relatora

ACÓRDÃO: _____.
APELAÇÃO PENAL.



PROCESSO N.º: 00176032720168140401
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO (MÁRCIA BEATRIZREIS SOUZA).
APELADO/APELANTE: JOSE MARIA DA COSTA MENDONÇA.
DEFENSORIA PÚBLICA: ANDRÉ MARTINS PEREIRA.
PROCURADORIA DE JUSTIÇA: CLÁUDIO BEZERRA DE MELO.
RELATORA: ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.

RELATÓRIO

Tratam-se de recursos de Apelação Penal interpostos pelo Ministério Público do Estado do Pará (fls. 264-302) e por JOSÉ MARIA DA COSTA MENDONÇA (fls. 311-336), objetivando reformar a r. sentença prolatada pelo Juízo da 13ª Vara Criminal da Comarca de Belém/PA (fls. 252-262v), que, condenou o ora apelante/apelado à pena de 04 anos de reclusão em regime inicial aberto, além do pagamento de 160 dias-multa, pelo crime tipificado no artigo 1º, incisos I e II, c/c art. 12, I da Lei N.º 8.137/90.

Na denúncia (fls. 02-77), Narra a denúncia que o acusado, na condição de representante, sócio majoritário, gerente, administrador, controlador e responsável tributário da empresa contribuinte COPALA INDUSTRIAS REUNIDAS S/A perpetrou, segundo o Auto de Infração e Notificação Fiscal nº 012011510000609-1 (fl. 06 da peça informativa), as seguintes infrações fiscais: O contribuinte deixou de recolher ICMS relativo às operações e referente a créditos fiscais inexistentes de notas fiscais de entradas de sucata de ferro sem destaque de ICMS, sendo escriturado e apropriado no livro de entradas valores indevidos de créditos fiscais aproveitados na apuração mensal do imposto, reduzindo o valor do ICMS mensal a recolher, no período de janeiro a outubro de 2009 e dezembro de 2009. Denúncia oferecida em 20/09/2016 e recebida em 07/11/2016, por meio da qual avaliou os requisitos do art. 41 do CPP e determinou a citação do acusado (fls. 87), como incurso nas sanções punitivas previstas no artigo 1º, inciso I e II, c/c art. 12, I, ambos da Lei n.º 8.137/90, c/c arts. 69, art. 71, caput, e 91, todos do Código Penal.

Em suas razões de apelação (fls. 264-302), o representante do Ministério Público onde pugna: 1) pela reforma da pena fixada na sentença condenatória, requerendo a valoração negativa das circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade e circunstância do crime, majorando em 10 meses para cada uma das circunstância; 2) aplicação na pena base de 3 anos e 8 meses, a fração de ½ pela incidência da majorante do art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90, uma vez que o dano já extrapola um milhão e quatrocentos mil reais desde 2009; 3) aplicação a pena base de 2/3 de aumento em decorrência da continuidade delitiva, prevista no art. 71 do CPB; 4) aplicação do concurso material, art. 69 do CP ao delito isolado praticado em dezembro de 2009, com a aplicação das circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e circunstância do crime), perfazendo as penas o total de 11 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 5) determinar à reparação dos



danos causados à sociedade, conforme o art. 91, I do CP, incluindo o principal ICMS e seus acessórios (multa penal, juros e correção monetária (art. 113, §§ 1º ao 3º, do CTN, art. 1º da Lei nº 8.137/90 e art. 83, da Lei nº 9.430/96, no valor atualizado a ser requerido à SEFA ao final deste julgamento.

Em sede de contrarrazões (fls. 337-352), o ora apelado apelante/ JOSE MARIA DA COSTA MENDONÇA manifestou-se pelo improvimento do recurso interposto, tendo em vista a não existência de fundamentos suficientes para sustentar as teses e pedidos ali expostos.

Em suas razões de apelação (fls. 311-336), apelante/apelado JOSE MARIA DA COSTA MENDONÇA pugnou: 1) reforma da decisão do juízo a quo, para absolver o acusado, por inexistir provas que o réu tenha sonegado ou ordenado a suposta sonegação de tributos, haja vista que o órgão acusatório não individualizou a conduta do agente e nem se quer demonstrou o nexo de causalidade entre o crime supostamente cometido; 2) ausência de provas de dolo – reponsabilidade penal objetiva – dolo presumido, princípio da presunção de inocência, in dubio pro reo; 3) da ausência de grave dano à coletividade – inexistência de dano específico e determinado, inexistência de nexo de causalidade entre a suposta infração tributária e os problemas sociais do Estado; 4) fixação da pena base no mínimo legal e 5) Arbitramento de honorários advocatícios à Defensoria Pública.

Em sede de contrarrazões (fls. 353-385), o representante do Ministério Público manifestou-se pelo improvimento do apelo defensivo, para manter a decisão de 1º grau no que se refere à condenação do recorrente pelo crime do art. 1º, I e II, c/c art. 12, I, da Lei 8.137/90, uma vez que o decisum, no que tange à autoria e à referida majorante, foi amplamente embasado nas provas produzidas nos autos e está de acordo com a lei, doutrina e jurisprudência Superior que dispõe sobre o assunto, além de ter sido cumprido o devido processo legal.

Nesta Instância Superior (fls. 390-395), a Procuradoria de Justiça do Ministério Público, por intermédio do Dr. Cláudio Bezerra de Melo, manifestou-se pelo conhecimento dos recursos interpostos, porque atendidos os requisitos para sua admissibilidade, e, no mérito, pelo provimento integral da apelação interposta pelo Órgão Ministerial, no sentido que seja reformada a sentença, para que sejam reconhecidas as causas de aumento de pena referente ao concurso material de crimes e da continuidade delitiva, bem como que seja fixada a fração de ½ (metade) pela incidência da majorante do art. 12, inciso I da Lei nº 8.137/90; o aumento da pena base referente às circunstâncias judiciais negativas da culpabilidade e circunstâncias do delito; que aplique a multa penal como acessório principal e que seja fixado ao recorrido o dever de reparar o dano. Quanto ao pleito defensivo do réu José Maria da Costa Mendonça, no mérito, pelo seu improvimento, por total falta de amparo legal.



É o relatório com revisão realizada pelo (a) Excelentíssima Desembargadora Vânia Lucia Silveira, passo à análise do mérito.

VOTO

Os recursos em análise devem ser conhecidos em razão do atendimento dos pressupostos e condições para sua admissibilidade, mormente em relação à adequação e à tempestividade

1.RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ.

1.1. PEDIDO DE REFORMA DA PENA BASE FIXADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM A VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS REFERENTES À CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME.

Irresignado com a decisão condenatória que condenou o ora apelante/apelado JOSÉ MARIA DA COSTA MENDONÇA à pena de 04 anos de reclusão em regime inicial aberto além do pagamento de 160 dias-multa, pelo crime tipificado no artigo 1º, incisos I e II, c/c art. 12, I da Lei n.º 8.137/90, o representante do Órgão Acusador pugnou em suas razões recursais pela reforma da pena base fixada na decisão objurgada para que se proceda a valoração negativa das circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade e circunstância judicial, majorando-a em 1 (um) ano e 8 (oito) meses para cada circunstância judicial.

No que concerne ao pedido de valoração negativa das circunstâncias judiciais (culpabilidade e circunstância do crime), esclareço que acolho parcialmente o pedido em comento, pelas razões a seguir delineadas.

Em sede da decisão objurgada, o magistrado sentenciante assim se manifestou sobre a circunstância em questão:

(...)

1) culpabilidade – Cuida da maior ou menor reprovabilidade da conduta da parte ré, da consciência da ilicitude do fato, se era imputável e se era esperada a conduta diversa da que teve. O desvalor da conduta não merece maior reprovabilidade, a não ser aquele já previsto para o tipo em comento.

Não se pode falar do desvalor do ponto de vista da condição de empresário, por ser considerada uma posição social elitizada e privilegiada, já que a Lei é destinada aos representantes das Pessoas Jurídicas Contribuintes, ou seja, se trata de crime próprio de empresário no âmbito tributário e agravar a pena pela condição social, econômica e privilegiada, seria adotar o direito penal do inimigo.

O delito se trata na sua essência de crime questuário, razão pela qual também a reprovação da conduta não pode advir da ganância e lucro



fácil, pois o legislador ao instituir a pena, considerou suficiente àquela prevista na Lei nº 8137/90, pois o crime tributário implica em apropriação de valores monetários referente aos tributos pagos pelos consumidores.

No que se refere a premeditação, não há elemento nos autos que comprovem que os réus planejaram, arquitetaram com elementos para além do realizado para praticar a conduta de sonegação fiscal prevista na Lei nº 8137/90.

2) antecedentes – não existe registro anterior de condenação definitiva por fato delituoso que venha a desabonar essa circunstância, conforme o verbete da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça;

3) conduta social - poucos elementos ou nenhum dado foram coletados, inexistindo laudo a respeito de suas condutas sociais, razão pela qual deixo de valorá-las;

4) personalidade - não existem nos autos elementos técnicos psicossociais relacionados à aferição da personalidade do agente, razão pela qual deixo de aplicá-las;

5) motivo do crime - Os motivos do crime são os fatores psíquicos que levam a pessoa a praticar o fato delituoso, indica tanto a causa que promoveu a atuação criminosa, como a finalidade pretendida com a prática delitiva. O tipo, no caso, já o pune com mais severidade, pois o tipo visa o lucro, um maior ganho, assim, deixo de agravar e evitando a dupla punição, elaboro como elemento neutro;

6) consequências – São os efeitos decorrentes do crime, como exaurimento deste, em prejuízo da vítima, de seus familiares ou da sociedade, de natureza pessoal, moral, afetiva, patrimonial, social ou política as consequências do crime. Não são os efeitos esperado e natural da conduta. No caso presente já são devidamente abalizadas e punidas pelo tipo sancionatório a ser aplicado.

7) circunstâncias – Diz respeito ao fato criminoso em si e ao modo como ocorreu o crime. São elementos acidentais ou secundários, como o modo de execução do crime, os instrumentos empregados em sua prática, as condições de tempo e local em que ocorreu o ilícito penal, etc. São dotadas de caráter residual e, logo, apenas incidirão quando não previstas como qualificadora, causa de aumento, privilégio, causa de diminuição, atenuante ou agravante genérica. Embora seja o crime em testilha de múltipla ação ou de conteúdo variado (vários núcleos verbais), e a parte ré tenha praticado por atos comissivos, além de omissões em mais de um verbo da conduta criminosa, infringindo os incisos I e II do art. 1º da Lei nº 8137/90, compreendo que se encontram ínsitas ao próprio tipo penal

8) o comportamento da vítima - Em nada concorreu para o resultado do crime. É neutro.

Assim, após a análise das circunstâncias judiciais estabeleço como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime a PENA BASE, em 03 (três), bem como multa de 160 (cento e sessenta) dias-multa, considerando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do código penal, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, levando em consideração a situação econômica dos réus.



Inicialmente, salienta-se que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático, levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada que impõe ao magistrado apontar os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime (AgRg no HC n. 188.873/AC, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 8/10/2013, DJe de 16/10/2013).

Sobre este tema, é preciso ter presente que a dosimetria da pena é questão de mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático probatório, a dosimetria da pena é atividade inserida no âmbito da atividade discricionária do julgador, atrelada às particularidades do caso concreto, a partir da apreciação das circunstâncias objetivas e subjetivas de cada crime, estabelecer a reprimenda que melhor se amolda à situação, admitindo-se revisão nesta instância apenas quando for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que deverá haver reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo.

Assim, tem-se que a pena base a ser aplicada, deve ser fixada de acordo com o princípio da legalidade e pautada por critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Ao aplicar a dosimetria da pena ao réu, na sua 1ª fase, o juízo de primeiro grau deixou de levar em consideração na sua individualização, a circunstância judicial (culpabilidade) em que se deu o crime, uma vez que seria impossível cometer os crimes, sem que houvessem um prévio planejamento, uma vez que a conduta delituosa ocorreu por onze meses, sendo dez meses consecutivos, e um mês intercalado, no que resultou em 11 (onze) declarações mensais – Diefs, falsas ao Fisco, nelas sendo informadas que possuiria créditos inexistentes, conseguindo, assim, pagar valor a menor do que devia a título de ICMS (inciso I, art. 1º, da Lei nº 8.137/90).

Ressalte-se ainda que o réu repassou essas informações falsas para dois livros fiscais (Livro de Registro de Entrada de Mercadorias e de apuração de ICMS - inciso II, do art. 1º da Lei nº 8.137/90), durante 11 (onze) meses, gerando graves consequências do crime, que levaram ao elevado prejuízo financeiro à fazenda estadual, logo não há como se levar a esse efeito todos os atos delituosos, sem um prévio planejamento sobre qual seria o modus operandi traria ao réu maior eficácia para o resultado de aferição de maior lucro indevido às custas do erário público.

Com efeito, o artificioso modus operandi empregado no intento criminoso extrapolou a reprovabilidade inerente ao tipo penal imputado, restando plenamente justificado a exasperação da pena-base pela valoração



negativa da culpabilidade do réu, conforme bem delineado nas razões recursais.

Ademais, a Terceira seção do Superior Tribunal de Justiça vem entendendo ser possível o agravamento da pena-base com fundamento no prejuízo sofrido pelos cofres públicos, quando o valor deste representar montante elevado, como ocorreu na espécie, dada a maior reprovabilidade da conduta. Precedentes: AgRg no AREsp n. 704.989/RN, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 19/6/2018, DJe de 29/06/2018; HC n. 446.941/PA, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 22/5/2018, DJe de 30/5/2018; AgInt no AREsp n. 1.088.927/DF, Sexta Turma, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 19/9/2017, DJe de 4/10/2017; RHC n. 49.640/CE, Quinta Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, julgado em 2/12/2014, DJe de 19/12/2014.

No mesmo sentido:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANÁLISE NEGATIVA DA CULPABILIDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE MAJORAÇÃO PELA NEGATIVAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. LEGISLAÇÃO QUE NÃO PREVÊ UM VALOR OU PERCENTUAL FIXO PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. PENA PROPORCIONAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULA/STJ 440. OMISSÃO E AMBIGUIDADE. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.

I - São cabíveis embargos declaratórios quando houver, na decisão embargada, qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada. Podem também ser admitidos para a correção de eventual erro material, consoante entendimento preconizado pela doutrina e jurisprudência, sendo possível, excepcionalmente, a alteração ou modificação do decisum embargado.

II - A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático, levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada que impõe ao magistrado apontar os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime (AgRg no HC n. 188.873/AC, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 8/10/2013, DJe de 16/10/2013).

III - De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". No mesmo sentido, a Súmula 718/STF esclarece que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do



crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada", enunciado que é complementado pelo da Súmula 719/STF, segundo a qual "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

IV - Na hipótese, as súmulas foram observadas pelo Tribunal a quo, porquanto o regime fechado foi imposto com motivação idônea, devendo ser observado o regime legal dos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal. In casu, o v. acórdão considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Como o paciente é primário e a sanção corporal foi fixada em 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, o paciente faz jus ao regime inicial fechado de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal. Embargos de declaração rejeitados. (STJ EDcl no HC 491946 SP 2019/0033515-0, publicado em 13/05/2019).

Destaque-se ainda que a culpabilidade do apelado, que é a reprovabilidade social que incide sobre a ação criminosa, deve ser considerada desfavorável. Isso porque os chamados crimes do colarinho branco, são praticados exatamente pelas pessoas com maior instrução educacional e mais abastadas socialmente, sendo certo afirmar que esses criminosos, necessariamente, devem exercer alguma posição de administração empresarial ou alguma espécie de controle, seja em empresas públicas ou empresas privadas.

Resta configurada a culpabilidade do agente, pois agiu contrário a lei.

O grande mestre MIGUEL REALE JÚNIOR[3] já prelecionava: reprova-se o agente por ter optado de tal modo que, sendo-lhe possível atuar de conformidade com o direito, haja preferido agir contrariamente ao exigido pela lei. (REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do Delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 85-86).

Assim, culpabilidade é um juízo sobre a formação da vontade do agente. (REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do Delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 85-86)

Precisa é a lição de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGEL quando conceituam culpabilidade como a reprovabilidade do injusto ao autor. E seguem esclarecendo que o que é reprovado é o injusto, se reprova porque não se motivou na norma, reprova-se porque lhe era exigido que se motivasse nela. Assim, um injusto penal é também culpável quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não ter se motivado na norma, quando podia fazer e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Brasileiro – Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 571).

Desta forma, a maior formação educacional enseja maiores e melhores oportunidades laborais na vida, o que diminui a probabilidade de alguém entrar no mundo do crime.



Logo, acolho o pleito ministerial, e valoro tal circunstância como positiva.

No que concerne ao pedido de valoração negativa da circunstância do crime, esclareço que melhor sorte não assiste ao ora apelante/apelado.

No caso em análise, verifica-se que a circunstância do crime foi considerada neutra pelo juízo sentenciante, por entender que embora o crime praticado pelo apelado seja de múltipla ação ou de conteúdo variado (vários núcleos verbais), e a parte ré tenha praticado por atos comissivos, além de omissões em mais de um verbo da conduta criminosa, infringindo os incisos I e II do art. 1º da Lei nº 8.137/90, entendeu ser ínsitas ao próprio tipo penal.

Considerando que as circunstâncias do crime são os aspectos referentes ao modo, tempo e lugar da infração, não devem ser consideradas desfavoráveis, pois o fato de o acusado ter praticado o delito de forma prolongada e várias outras vezes já é devidamente negativado legalmente pela existência da causa de aumento de pena a ser considerada posteriormente, nos termos do art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90. Neste momento valorada como neutra.

"[...] as circunstâncias do crime são os fatores de tempo, lugar, modo de execução, excluindo-se aqueles previstos como circunstâncias legais." (PRADO, Luiz Regis et al. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 428)

"Trata-se do modus operandi empregado na prática do delito. São elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, a atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre autor e vítima, dentre outros.

Não podemos nos esquecer, também aqui, de evitar o bis in idem pela valoração das circunstâncias que integram o tipo ou qualificam o crime, ou, ainda, que caracterizam agravantes ou causas de aumento de pena." (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 136)

"São as circunstâncias que cercaram a prática da infração penal e que podem ser relevantes no caso concreto (lugar, maneira de agir, ocasião etc.). Note-se, também quanto a estas, que não devem pesar aqui certas circunstâncias especialmente previstas no próprio tipo ou como circunstâncias legais ou causas especiais (exs.: repouso noturno, lugar ermo etc.), para evitar dupla valoração (bis in idem)." (DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 274)

Dessa forma, não acolho o pedido de valoração desfavorável da circunstância do delito, considero-a neutra.

Na primeira fase da dosimetria, entendo haver equívoco do quantum aplicado na referida sentença, pelo juízo de primeiro grau, primeiro, pelo fato de não reconhecer a circunstância judicial (culpabilidade) negativa;



segundo, embora não tenha reconhecido nenhuma circunstância judicial negativa, aplicou a pena base acima do mínimo legal, no patamar de 3 (três) anos e 160 (cento e sessenta) dias-multa.

Diante do reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável (culpabilidade) ao apelado, prevista no art. 59 do CP, motivo pelo qual acolho parcialmente o pleito requerido pelo Ministério Público, para aplicar a pena base acima do seu mínimo legal, em consonância com a Súmula nº 23 do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão e mais 20 (vinte) dias-multa.

1.2. APLICAÇÃO DO QUANTUM DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 12, I DA LEI Nº. 8137/90, EM 1/2, TENDO EM FACE O DANO ACARRETADO À COLETIVIDADE:

Segundo o Órgão Ministerial, deve ser revista a dosimetria fixada para a aplicação da majorante prevista no art. 12, I da Lei Nº. 8137/90, em face do dano acarretado à coletividade, precarizando, ainda mais, as políticas públicas que deveriam chegar ao cidadão.

Com razão o Órgão Ministerial neste ponto.

A jurisprudência já pacificou o entendimento segundo o qual, quando o contribuinte causar ao erário um prejuízo considerável monetariamente, deve ser aplicada a causa de aumento de pena prevista no art. 12, I da Lei n.º 8.137/90, senão vejamos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REEXAME DOS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. SUM 7/STJ. CAUSA DE AUMENTO DE PENA (ART. 12, I, DA LEI N. 8.137/1990). EXPRESSIVO VALOR DO TRIBUTO SONEGADO. GRAVE DANO À COLETIVIDADE. I – (...). II - O expressivo valor do tributo sonegado pode ser considerado fundamento idôneo para amparar a majoração da pena prevista no inciso I do art.12 da Lei n. 8.137/90 (precedentes). Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.445.217 – PE, Min. Rel. FELIX FISCHER, DJ: 25/11/15)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA (ART. 12, I, DA LEI 8.137/1990). EXPRESSIVO VALOR DO TRIBUTO SONEGADO. GRAVE DANO À COLETIVIDADE. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. DISCUSSÃO SOBRE O VALOR SONEGADO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Restou apurado que o crédito tributário sonegado, à época da denúncia, envolvia diversos tributos e era de R\$ 1.156.819,70, valor ainda não atualizado, não sendo possível identificar, sem o revolvimento de aspectos fáticos-probatórios, o montante inicial



devido, como pretende a agravante (Súmula 7/STJ). 2. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o não recolhimento de expressiva quantia de tributo atrai a incidência da causa de aumento prevista no art. 12, inc. I, da Lei 8.137/90, pois configura grave dano à coletividade. 3. Agravo Regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp n. 1.417.550/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 25/8/2015)

Não é outro o entendimento dessa Egrégia Corte de Justiça, senão vejamos:

RECURSO DE APELAÇÃO PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISOS I, II E V DA LEI N.º 8.137/1990, C/C ART. 71, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. SENTENÇA PENAL CONDEATÓRIA. (...). RECURSO MINISTERIAL. PLEITO DE MAJORAÇÃO DA PENA. REANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 E DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 12 DA LEI N.º 8.137/90. CABIMENTO. RECURSO DA DEFESA CONHECIDO E IMPROVIDO, E RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E PROVIDO, NOS TERMOS DO VOTO DA DESA. RELATORA. DECISÃO UNÂNIME. 1. RECURSO DA DEFESA. 1. (...). 2. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 2.1. A jurisprudência já pacificou o entendimento segundo o qual, quando o contribuinte causar ao erário um prejuízo considerável monetariamente, deve ser aplicada a causa de aumento de pena prevista no art. 12, I da Lei n.º 8.137/90. Assim, tendo em conta o considerável montante que o acusado alcançou com a prática do delito tributário e, nos termos da pacífica jurisprudência do STJ, deve-se aplicar a causa de aumento de pena prevista no art. 12, I da Lei n.º 8.137/90, devendo também, ser reanalisada a fixação da pena-base fixada pelo juízo a quo; 3. Recurso da Defesa conhecido e improvido, e Recurso do Ministério Público conhecido e provido, nos termos do voto da Desa. Relatora. (TJ/PA, ACÓRDÃO Nº 194.281, Rela. Desa. Vânia Silveira, DJ: 17/08/2018)

Assim, verifico que, a decisão objurgada não está de acordo com a jurisprudência superior, segundo a qual "o grave dano imposto à coletividade decorrente do expressivo valor do tributo sonegado é considerado fundamento idôneo para amparar a majoração da pena prevista no art.12 da Lei n. 8.137/90" (AgRg no REsp n. 1.169.589/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 10/2/14).

Como bem ponderou o representante da Procuradoria de Justiça em suas razões recursais nos autos às fls. 286-294, o juízo aplicou a majorante prevista no art. 12, I, da Lei nº 8.137/90, fazendo de forma desproporcional ao montante do dano causado ao erário, no percentual mínimo previsto, de 1/3, mesmo o valor do débito tributário à época da inscrição em dívida ativa, sendo superior a um milhão e quatrocentos mil reais, ou seja, três vezes mais do que o mínimo considerado pelo STF como grave dano à coletividade, que é o valor de 400 mil reais. Além disso, considerou o valor inscrito em dívida ativa, há 8 anos, sem



correção.

Há neste ponto, também ser feita a devida correção do quantum aplicado na referida sentença guerreada, com a aplicação da majorante prevista no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90, na fração máxima de ½ (metade), em razão do grave dano à coletividade causado pela conduta do contribuinte infrator.

Ao contrário do que entendeu o magistrado sentenciante, os autos demonstram, com clareza, o elevado dano à coletividade causado pela conduta do contribuinte, que acarretou ao erário o prejuízo, praticamente milionário, de R\$ 1.409.054,40 (um milhão, quatrocentos e nove mil, cinquenta e quatro reais, e quarenta centavos), valor atualizado até 27/09/2011, sem o acréscimo da multa e juros de mora conforme apurado pelo Parquet. (...). Sendo assim, a fundamentação utilizada pelo juízo a quo, para aplicar a incidência da majorante no quantum de 1/3, não se revela idônea, conforme os fundamentos aqui esposados.

Assim, tendo em conta o considerável montante que o apelante/apelado JOSÉ MARIA DA COSTA MENDONÇA alcançou com a prática delituosa e, nos termos da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deve-se aplicar a causa de aumento de pena prevista no art. 12, I da Lei n.º 8.137/90, no quantum ½ (metade), motivo pelo qual acolho o pedido em questão.

Na segunda fase, não incidem circunstâncias atenuantes. Presente a agravante prevista no art. 12, I da Lei Nº 8.137/90, pelo provimento do recurso interposto pelo Ministério Público, motivo pelo qual agravo a pena em 1/2, no montante de 1 ano e 5 meses de reclusão, e mais 10 dias-multa, o que torno a pena intermediária em 4 anos e 3 meses de reclusão e 30 dias-multa.

1.3. DA CONTINUIDADE DELITIVA E DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES

Neste capítulo se insurgi o representante ministerial contra a decisão do juízo de primeiro grau que deixou de reconhecer a continuidade delitiva, prevista no art. 71 do CPB e o concurso material de crimes, previsto no art. 69 do CPB, mesmo tendo a conduta do réu se repetido por 11 vezes, sendo que a última foi praticada em interregno superior a 30 dias contados do décimo crime, tendo afirmado que a intenção de fraudar o fisco foi única, contrariando jurisprudência do STF, STJ e do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, com fundamento em jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul do ano de 2014.

Primeiramente, importante definir o crime continuado e a sua aplicabilidade nos crimes de ordem tributária. O Código Penal estabelece, em seu artigo 71, os critérios para o reconhecimento do crime continuado:



Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Nos ensina o professor Guilherme Nucci (Curso de Direito Penal - Vol. 1 - Parte Geral. Forense, 11/2016. Pág. 838.):

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, cria-se uma suposição de que os subsequentes são uma continuação do primeiro, formando o crime continuado.

Nas lições do doutrinador Rogério Greco (Código Penal Comentado, Ed. Impetus, p. 227), nossa lei penal adotou a teoria da ficção jurídica, entendendo que, uma vez concluída pela continuidade delitiva, deverá a pena do agente sofrer exasperação. (...).

O crime continuado é, portanto, uma ficção jurídica em que o legislador, apenas para efeito de sanção penal, considera como único uma pluralidade de delitos.

"(...) 2. O Superior Tribunal firmou o entendimento de que, para o reconhecimento e a aplicação do instituto do crime continuado, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e o de ordem subjetiva, assim entendido como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos. Vale dizer, adotou-se a Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva. 3. No caso, presentes os requisitos do crime continuado, imperiosa a aplicação do referido instituto. 4. Recurso provido para reconhecer a violação do art. do e reduzir a pena para 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão mais 80 dias-multa, no regime inicial fechado. (REsp 1631869/MA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 11/05/2017)".

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA EM CONTINUIDADE DELITIVA. SUPRESSÃO DO ICMS. RÉU CONDENADO A 07 ANOS E 09 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PLEITO DE DIMINUIÇÃO DO QUANTUM DA PENA. SENTENÇA QUE SE ENCONTRA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA E OBEDECE AO SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA. APELO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. Existindo nos autos prova da materialidade e da autoria do crime, a condenação do réu é legal e devida;
2. A sentença encontra-se devidamente fundamentada, sendo observado o sistema trifásico de aplicação da pena; desta forma, não há motivos para a sua reforma.
3. Apelo não provido. Decisão unânime. (Apelação Criminal.TJ-PE N° 0014707-63.2016.8.17.0001, publicado 14/11/2018).



A configuração da continuidade delitiva depende do preenchimento de quatro requisitos previstos no artigo 71 do Código Penal: a) a realização de mais de uma ação ou omissão; b) a prática de dois ou mais crimes da mesma espécie; c) condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes; d) os crimes subsequentes devem ser havidos como consequência do primeiro. Ausente um destes requisitos, inviável se torna o reconhecimento da continuidade delitiva.

Como se sabe, a continuidade delitiva se configura quando há a prática de dois ou mais crimes da mesma espécie, quer seja cometido por ação ou quer por omissão, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

O tipo do art. 1º da Lei 8.137/90 é múltiplo, mas com características próprias. Trata-se de reduzir ou suprimir tributos por variados comportamentos, que estão descritos nos incisos. Se um deles for praticado, resultando a redução ou suspensão do tributo, estará consumado o crime. Acaso, algum tempo após, novamente venha a ser realizado comportamento previsto na norma, novamente resultando o prejuízo ao fisco, outra consumação se evidenciará. Entretanto, como o ânimo está direcionado à conduta de sonegar, todos esses atos consumativos serão tidos como um só crime, na forma continuada. Praticada uma sonegação, sobrevivem outras, mas as circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução fazem concluir que à primeira sucederam-se outras em continuação."(TRF 4ª Região, Rel. Juiz Fabio Rosa, DJU 16.6.99,p.355.

De fato, o delito do art. 1º da Lei 8.137/90 é de ação múltipla e se consuma com a prática de qualquer das condutas descritas nos incisos I a V, todas elas direcionadas ao intuito de sonegar ou reduzir tributos. As diversas condutas definidas no referido dispositivo legal constituem modalidade do mesmo crime.

Assim, diante da insurgência recursal, e presente os requisitos da continuidade delitiva, no caso em comento, logo, devem ser aplicada a pena de um só deles e os subsequentes considerados como continuação do primeiro, aumentada de um sexto a dois terços. Sob este aspecto, considero que o édito condenatório necessita ser integralizado para constar a norma do art. 71 do CP, fazendo esta decisão parte do fundamento da sentença, bem como para fins de modificação no dispositivo, principalmente na 3ª fase da dosimetria da pena.

Diante da ausência, na sentença de primeiro grau, onde não houve obediência aos comandos legais quanto ao aumento decorrente da continuidade delitiva, merecendo o ajuste na referida dosimetria. Isso porque o acréscimo a ser implementado em caso de crime continuado é objetivo, qual seja, leva em conta o número de infrações praticadas.



Considerando ainda que foram praticadas 10 condutas delitivas, como bem reconheceu a sentença do juízo a quo, mostra-se adequado o acréscimo pela continuidade na fração máxima de 23. É firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que o aumento operado em face da continuidade deve levar em conta o número de infrações cometidas.

Destaco entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o número de infrações cometidas deve ser considerado quando da escolha da fração de aumento decorrente da continuidade delitiva, dentre os parâmetros previstos no caput do art. 71 do Código Penal, sendo 1/6 para a hipótese de dois delitos até o patamar máximo de 2/3 para o caso de 7 infrações ou mais.

Nesse sentido:

"(...) Esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações (HC 342.475/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 23/2/2016) (...)". (AgRg no AREsp 724.584/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMETIMENTO DE CRIME COM VIOLÊNCIA REAL. QUANTUM EXASPERAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA SIMPLES EM ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IMPRECISÃO DO NÚMERO DE CRIMES. REITERAÇÃO POR PERÍODO DE 6 MESES CONTRA DUAS VÍTIMAS VULNERÁVEIS. FRAÇÃO DE CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

3. O crime continuado é benefício penal, modalidade de concurso de crimes, que, por ficção legal, consagra unidade incindível entre os crimes parcelares que o formam, para fins específicos de aplicação da pena. Para a sua aplicação, a norma extraída do art. 71, caput, do Código Penal exige, concomitantemente, três requisitos objetivos: I) pluralidade de condutas; II) pluralidade de crime da mesma espécie ; III) condições semelhantes de tempo lugar, maneira de execução e outras semelhantes (conexão temporal, espacial, modal e ocasional); IV) e, por fim, adotando a teoria objetivo-subjetiva ou mista, a doutrina e jurisprudência inferiram implicitamente da norma um requisito da unidade de desígnios na prática dos crimes em continuidade delitiva, exigindo-se, pois, que haja um liame entre os crimes, apto a evidenciar de imediato terem sido os crimes subsequentes continuação do primeiro, isto é, os crimes parcelares devem resultar de um plano previamente elaborado pelo



agente.

4. No que tange à continuidade delitiva específica, descrita no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, além daqueles exigidos para aplicação do benefício penal da continuidade delitiva simples, são concomitantemente requisitos da modalidade específica que os crimes praticados: I) sejam dolosos; II) realizados contra vítimas diferentes; e III) cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

5. Os crimes de estupro de vulnerável, consistentes em conjunção carnal e outros atos libidinosos, foram, de fato, praticados contra duas vítimas, contudo, com violência presumida, motivo pelo qual não deve incidir a regra da continuidade delitiva específica. Isso porque, a violência de que trata a continuidade delitiva especial (art. 71, parágrafo único, do Código Penal) é real, sendo inviável aplicar limites mais gravosos do benefício penal da continuidade delitiva com base, exclusivamente, na ficção jurídica de violência do legislador utilizada para criar o tipo penal de estupro de vulnerável, se efetivamente a conjunção carnal ou ato libidinoso executado contra vulnerável foi desprovido de qualquer violência real, como no caso em tela.

6. A exasperação da pena do crime de maior pena, realizado em continuidade delitiva, será determinada, basicamente, pelo número de infrações penais cometidas, parâmetro este que especificará no caso concreto a fração de aumento, dentro do intervalo legal de 1/6 a 2/3. Nesse diapasão esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.

7. Entrementes, em especial nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis, torna-se bastante complexa a prova do exato número de crimes cometidos. O contexto apresentado nos autos, evidencia que o

paciente mantinha relações sexuais com as duas vulneráveis, por incontáveis vezes, por um período de 6 meses, sendo impossível precisar a quantidade e conjunções carnis ou atos libidinosos praticados, imprecisão esta que não deve levar o aumento da pena ao patamar mínimo, diante da patente desproporcionalidade e vulneração da individualização da pena. Por conseguinte, nesse contexto, a exasperação da pena na fração máxima de 2/3 pela continuidade delitiva é de rigor.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fazer incidir o benefício penal da continuidade delitiva simples, na fração de 2/3, e estabelecer a pena de 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório. (HC 232.709/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. INCONTÁVEIS DELITOS DURANTE LONGO PERÍODO DE TEMPO. FUNDAMENTAÇÃO



IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, "aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações" (HC n. 342.475/RN, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 23/2/2016).

- No caso, restou suficientemente atestada a continuidade delitiva e a reiteração das infrações contra a vítima, que sofreu a violência sexual no período compreendido entre os anos de 2006 e 2013. Assim, tratando-se de incontáveis crimes, o quantum de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, pela configuração do crime continuado, deve ser no patamar máximo legal de 2/3, estando o acórdão recorrido, portanto, alinhado à jurisprudência desta Corte

Precedentes. - Habeas corpus não conhecido. (HC 341.036/sp, Rel. MINISTRO Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 20/04/2017. DJe 27/04/2017)

AÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, DA LEI N. 8.137/90. [...] 5. Conforme precedentes, o aumento da pena pela continuidade delitiva prevista no art. 71, caput, do CP, é proporcional ao número de crimes. 2 infrações ensejam o aumento de 1/6; 3 infrações, 1/5; 4 infrações, 1/4; 5 infrações, 1/3; 6 infrações, 1/2; e 7 ou mais infrações, 2/3. No caso em tela, tendo sido praticado o delito por 6 vezes, cabível o aumento em metade. 6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1640083/RN, REL. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 25/06/2018).

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 1º, I E V, DA LEI N. 8.137/90, C/C O ART. 71, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL), SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE QUE O VALOR SUPRIMIDO É INFERIOR A VINTE MIL REAIS. IRRELEVÂNCIA. TRIBUTO ESTADUAL. ICMS. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 20 DA LEI N. 10.522/03. INCIDÊNCIA SOMENTE NO CASO DE IMPOSTOS DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. LIMITE PREVISTO NA LEI ESTADUAL N. 12.646/03 SUPERADO. PRELIMINAR RECHAÇADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME TIPIFICADO NO ART. 2º, I E II, DA LEI N. 8.137/90. NÃO ACOLHIMENTO. APELANTE QUE, NA CONDIÇÃO DE SÓCIOADMINISTRADOR DA EMPRESA, OMITIU INFORMAÇÕES E DEIXA DE FORNECER NOTAS FISCAIS AO FISCO, SUPRIMINDO IMPOSTOS DEVIDOS. CONDUTAS QUE SE SUBSOMEM AO COMANDO NORMATIVO DO ART. 1º, I E V, DA LEI MENCIONADA. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REFORMA DA DOSIMETRIA. VIABILIDADE. CRITÉRIO TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA.



CONTINUIDADE DELITIVA CONSIDERADA SOMENTE APÓS O CÁLCULO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ADEQUAÇÃO DA FRAÇÃO APLICADA EM RELAÇÃO AO CONCURSO DE CRIMES. DELITOS COMETIDOS POR MAIS DE SETE VEZES. EMPREGO DO PATAMAR DE 2/3 (DOIS TERÇOS). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Apelação Penal . 0003351-94.2012.8.24.0008, TJ-SC, 14/03/2019)

Tendo em vista que foram praticadas 10 (dez) condutas delitivas, (janeiro a outubro de 2009), cometidas em continuidade delitiva, pois ocorreram ininterruptamente, sob as mesmas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução, fazendo presumir (ficção legal) que os crimes subseqüentes a primeira conduta delitiva, como mera continuidade do primeiro, portanto, devendo ser exasperada a pena em 2/3, nos moldes do art. 71, do Código Penal, o que se mostra mais adequado.

No que diz respeito ao concurso material, previsto no art. 69 do Código Penal que estabelece:

Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Assim, para que reste configurado o concurso material deve existir a pluralidade de conduta (mais de uma ação ou omissão) e a prática de dois ou mais crimes (mais de um resultado criminoso).

Por fim, requer o órgão ministerial a aplicação do concurso material entre os "vários blocos" de crimes de SONEGAÇÃO FISCAL previsto no artigo , incisos I e II, por dez vezes (janeiro a outubro de 2009), e art. 1º, incisos I e II, da Lei nº /1990, por uma vez (dezembro de 2009), reclamado na peça denunciatória e em cumprimento aos ditames do artigo , do , sob o fundamento de que entre o décimo e o décimo primeiro delito, não há continuidade delitiva e sim cúmulo material, uma vez que foram praticados em interregno superior a trinta dias

Não merece provimento o referido pleito, porquanto o agente que incide em mais de uma conduta das previstas no art. 1º da Lei nº /90 não está sujeito às regras do concurso material, mas, sim, da continuidade delitiva.

Nesse sentido: EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - INÉPCIA DA DENÚNCIA - NULIDADE DO DESPACHO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - INOCORRÊNCIA - CONDUTAS DESCRITAS NOS INCISOS DO ARTIGO , DA LEI /90 - INFRAÇÃO PENAL ÚNICA - CONCURSO MATERIAL DECOTADO - PENAS-BASE FIXADAS NOS MÍNIMOS ACRESCIDAS DA CONTINUIDADE DELITIVA - MANUTENÇÃO - REGIME CARCERÁRIO ABERTO - SUBSTITUIÇÃO DE PENA - POSSIBILIDADES. Contém a exordial acusatória todos os requisitos previstos no artigo , do , retratando o modo como foi praticado o fato e possibilitando o exercício da ampla defesa. O despacho



que recebe a denúncia não precisa ser motivado, por tratar-se de decisão interlocutória simples, onde se verifica apenas a existência das condições da ação. O dispositivo legal mencionado no caput, do artigo , da Lei /90, constitui uma única infração penal, isto é, suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social e qualquer acessório, não se tratando as condutas previstas em seus incisos de infrações independentes. Decotado o concurso material entre as condutas dos incisos e , do artigo , da Lei /90, mantém-se as penas fixadas nos mínimos e majoradas pela continuidade delitiva. Por ter sido a pena privativa de liberdade fixada entre dois e quatro anos de reclusão, e presentes os requisitos legais, fixa-se o regime carcerário aberto e substitui-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito. Rejeições das preliminares e provimento parcial ao recurso que se impõe. (TJMG - Apelação Criminal 1.0079.12.021073-1/001, Relator (a): Des.(a) Antônio Carlos Cruvinel, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 23/09/2014, publicação da sumula em 01/10/2014)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - - FRAUDE À FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA E FALTA DE FORNECIMENTO DE NOTA FISCAL - SONEGAÇÃO FISCAL DE ICMS (LEI Nº /90, ART. , E)- RECURSO MINISTERIAL: MAJORAÇÃO DA PENA-BASE AO PATAMAR MÁXIMO - DESCABIMENTO - AUMENTO DA FRAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA (, ART.)- IMPERATIVIDADE - INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 12, INCISO I (OCASIONAR GRAVE DANO À COLETIVIDADE) DA LEI Nº /90 - VIABILIDADE - RECONHECIMENTO DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES (, ART.)- IMPOSSIBILIDADE - RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. No tocante à fixação da pena-base, não se constata ilegalidade a ser sanada nesta via recursal, porquanto o juiz sentenciante, em consonância com os preceitos penais, não se limitou à descrição abstrata dos elementos insertos no art. do , os quais diante da ausência de dados concretos desabonadores justificou a fixação da pena-base em patamar mínimo. 2. Doutrina e a jurisprudência pacificaram os seguintes parâmetros para a eleição da fração de aumento em razão da continuidade delitiva: a) dois crimes, acréscimo de 1/6; b) três delitos, acréscimo de 1/5; c) quatro crimes, acréscimo de 1/4; d) cinco delitos, acréscimo de 1/3; e) seis crimes, acréscimo de metade; e f) sete delitos ou mais, acréscimo de 2/3. 3. Na dosimetria dos crimes tributários, os valores sonegados influem na fixação da pena, podendo ser aferidos, na primeira fase, para valorar negativamente circunstância judicial (, art.) ou, para exasperar a pena (Lei nº /90, art.), na terceira fase, com espeque no grave dano causado à coletividade. 3. Quando diversas condutas fraudulentas são realizadas de forma simultânea para supressão de tributos derivados de um único ingresso de valores não há concurso material de crimes. RECURSO DEFENSIVO: PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº /90 E - REJEIÇÃO - ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DO DOLO ESPECÍFICO OU POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou entendimento de que a criminalização de sonegação fiscal, inserta na Lei nº 8.137/1990), não viola o artigo , inciso , da , vez que, em tais casos, o agente não é compelido a adimplir



dívida civil (ou fiscal), sendo, ao revés, responsabilizado por prática de fraude no sistema de recolhimento de tributos com vistas a, por meio de omissão de informações, obstar o recolhimento de impostos. 2. O crime tributário inserto no art. 1º da Lei nº /90 exige apenas o dolo genérico, consistente na vontade livre e consciente de suprimir o recolhimento de tributo mediante a prática de uma das condutas descritas nos incisos. 3. Incabível o pedido de absolvição quando o conjunto probatório produzido nos autos demonstra a prática de crime contra a ordem tributária. EXCLUSÃO EX OFFICIO DA PENA ACESSÓRIA DE MULTA - EXTINÇÃO DO INDEXADOR. Deve ser afastada a pena de multa, porquanto o art. 8º parágrafo único da Lei nº /90 prevê que o dia-multa será fixado em BTN (Bônus do Tesouro Nacional), índice já extinto, não sendo possível a aplicação subsidiária do por flagrante aplicação da analogia em desfavor do réu. V.V.P. - APELAÇÃO CRIMINAL - SONEGAÇÃO FISCAL - DECOTE DA PENA DE MULTA - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA REGRA GERAL DO . A extinção do BTN implica na revogação tácita dos arts. 8º e 9º da Lei /90 e, por consequência, na aplicação da regra geral do na fixação da pena de multa aos crimes contra a ordem tributária. (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0701.13.005503-4/001 – TJ-MG, publicada em 18/09/2019)

Dessa forma, quando diversas condutas fraudulentas são realizadas de forma simultânea para supressão de tributos derivados de um único ingresso de valores, não há falar em concurso material de crimes.

Reconhecida a incidência do instituto da continuidade delitiva entre os crimes praticados entre janeiro a outubro de 2009 e dezembro de 2009. Entretanto, as referidas causas de aumento não devem ser aplicadas sob a ótica do princípio da incidência isolada (pelo qual elas incidem, cada uma, sobre a pena-base), mas sim, cumulativamente, diante do sedimentado entendimento da Corte Superior, segundo o qual as causas de aumento devem ser aplicadas cumulativamente (método sucessivo), e não de forma isolada (método fracionário), de modo que, no caso de crime continuado, "o acréscimo correspondente deve incidir sobre a pena já alimentada por outra causa, e não sobre a pena-base fixada, verbis:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA. DESPROPORCIONALIDADE. 1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da culpabilidade, cuja avaliação negativa se ampara nas circunstâncias particulares de cometimento do crime - por ter o autor se aproveitado da condição de semianalfabeta da vítima e também do fato de esta trabalhar como empregada doméstica na casa da genitora do autor por muitos anos -, mostra-se adequada a avaliação negativa da circunstância judicial apontada. 2. O quantum de elevação comporta reparo, pois, apesar de ter indicado corretamente o fundamento para elevar a pena-base, verifica-se que dobrar a sanção nesta etapa em razão da presença de uma circunstância judicial desfavorável mostra-se, por certo, desproporcional, sendo devida a redução para um patamar adequado e razoável ao caso. 3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da



pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 (um sexto) para cada fator desfavorável, exceto quando houver fundamentação concreta que justifique o aumento em patamar superior, o que não ocorre no caso destes autos. TERCEIRA FASE. CONCORRÊNCIA DE CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO. "Se concorrem duas causas de aumento, uma prevista em lei especial e outra no Código Penal, o juiz, ao individualizar a reprimenda, deve proceder ao segundo aumento não sobre a pena-base, como defende o Impetrante, mas sobre o quantum já acrescido na primeira operação" (HC 27.253/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 11/04/2005, p. 337). CONTINUIDADE DELITIVA. CÁLCULO DA PENA DE MULTA. NÃO INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte assentou compreensão no sentido de que o art. 72 do Código Penal é restrito às hipóteses de concursos formal ou material, não sendo aplicável aos casos em que há reconhecimento da continuidade delitiva. Desse modo, a pena pecuniária deve ser aplicada conforme o regramento estabelecido para o crime continuado, e não cumulativamente, como procedeu a Corte de origem. 2. Agravo regimental parcialmente provido para redimensionar a pena corporal, que passa a ser de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 2 (dois) dias de reclusão, em regime inicial aberto, reduzindo-se a sanção pecuniária para 21 (vinte e um) dias-multa, calculados conforme a sentença condenatória, e também para restabelecer a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal, tal como fixado pela sentença condenatória. (STJ - AgRg no AREsp 484.057/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 09/03/2018)

REDIMENSIONAMENTO DA PENA

Na 1ª fase, diante da existência de uma circunstância negativa (culpabilidade), modifico a pena-base, alterando para 02 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Na 2ª fase, não há atenuantes ou agravantes.

Na 3ª fase, incide a causa de aumento do artigo , , da Lei /90, conforme consignado acima, cabível a majoração da pena à fração máxima (1/2), passando a 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão e mais 30 (trinta) dias-multa e, pela fração referente à continuidade delitiva em 2/3, concretizando, assim, a pena de JOSE MARIA DA COSTA em 7 (sete) anos e 1 (um) mês de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

O regime inicial do cumprimento da pena deve ser o semiaberto (artigo , , 'b', do).

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (artigo , , do).



1.4. DA REPARAÇÃO DO DANO

Sem razão.

A sanção da reparação do dano aplicada em sentença encontra-se descrita no artigo , inciso , do , que:"art. . O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV-fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido".

Tratando-se a vítima de Pessoa Jurídica de Direito Público, há a possibilidade de a Fazenda Pública recuperar o débito, mediante a inscrição em dívida ativa, por meio de execução fiscal.

Por fim, verifico que o valor fixado na sentença à título de reparação de danos causados ao Erário, não deve prevalecer, necessitando-se o seu afastamento de ofício.

A Magistrada a quo fixou valores mínimos para reparação dos danos causados ao fisco tomando como base "o valor consolidado da dívida, excetuando a aplicação da multa e abatidos os valores pagos por ocasião do parcelamento, caso houver) descritos na exordial" (fl. 258).

Os Tribunais Superiores já se manifestaram sobre a hipótese. A Fazenda Pública, na qualidade de vítima do crime contra a ordem tributária, tem possibilidade de recuperar os valores sonegados mediante o manejo de execução fiscal e a consequente inscrição em dívida ativa do débito consolidado, não sendo necessária a fixação de valor mínimo para reparação de danos ao ofendido, (REExt. com Agr nº 958.926 - RS, Rel. da Min. Rosa Weber, STF, 2016; REExt. com Agr nº 1.116.544 - RS, Rel. do Min. Dias Toffoli, 2018; HC n.º 411174 - SC, Rel. da Min. Maria Thereza Assis Moura, 2018.

É esse o entendimento pacífico pela jurisprudência:

APELAÇÕES CRIMINAIS - RECURSOS DO MP E DO RÉU -CRIME TRIBUTÁRIO - PRELIMINAR DE DUPLICIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO AFASTADA - ABSOLVIÇÃO PRETENDIDA - DOLO DEMONSTRADO - DOSIMETRIA -CRIME CONTINUADO - MULTA - EXCLUSÃO.

(...) VI. O pleito de indenização pelos danos materiais ao erário mostra-se inócuo, já que o débito tributário foi aferido e inscrito na dívida ativa. A execução fiscal está adiantada, com medidas assecuratórias efetivas, como o sequestro de bens imóveis.

VII. Desprovimento do apelo do MP. Provimento parcial ao recurso do réu para reduzir a pena e excluir a multa. (Acórdão n.1059870, 20120910115198APR, Relator: GEORGE LOPES, Relator Designado:SANDRA DE SANTIS, Revisor: SANDRA DE SANTIS, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 09/11/2017, Publicado no DJE: 22/11/2017. Pág.: 150/168)

PENAL. ART. , INCISO , DA LEI /90, EM CONTINUIDADE DELITIVA. RECURSO DEFENSIVO -ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS -AUSÊNCIA DE DOLO - MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. APELO MINISTERIAL. FIXAÇÃO DE PENA DE MULTA - EXTINÇÃO DO BTN (BÔNUS DO TESOUREO NACIONAL) - SUBSTITUIÇÃO PELO PARÂMETRO DO



SALÁRIO MÍNIMO, DO ARTIGO , , DO - VIABILIDADE. REPARAÇÃO DE DANOS - DÉBITO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA E COM EXECUÇÃO FISCAL EM CURSO - IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO E APELO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(...) Estando o débito tributário já inscrito em dívida ativa e com execução fiscal em andamento, afastasse o pedido de fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, sob pena de cobrança duplicada do valor sonegado (Precedentes). (Acórdão n.1074576, 20130410026183APR, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, Revisor: ANA MARIA AMARANTE, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 08/02/2018, Publicado no DJE: 20/02/2018. Pág.: 115/139) (Grifou-se)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. DIFICULDADE FINANCEIRA. MERA INADIMPLÊNCIA FISCAL. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS. ACUSADO QUE, NA QUALIDADE DE SÓCIO-ADMINISTRADOR DA EMPRESA, DECLARA ICMS NAS DIME'S, MAS DEIXA DE REPASSAR/RECOLHER, NO PRAZO LEGAL, VALOR DOS TRIBUTOS, DESCONTADO OU COBRADO, COMO SUJEITO PASSIVO DE OBRIGAÇÃO AO ESTADO DE SANTA CATARINA. DOLO CONFIGURADO. CRIME DE NATUREZA FORMAL QUE DISPENSA RESULTADO. FATO TÍPICO CARACTERIZADO.

EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. DIFICULDADE FINANCEIRA QUE NÃO AFASTA A EXIGÊNCIA DO TRIBUTO. CULPABILIDADE DO AGENTE CONFIGURADA. EXCEPCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS. ÔNUS QUE COMPETE À DEFESA. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. RECONHECIMENTO DE CRIME HABITUAL. IMPOSSIBILIDADE. DELITO QUE NA-O EXIGE A REITERAÇÃO DE CONDUTAS PARA A SUA CONSUMAÇÃO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. INVIABILIDADE. PLURALIDADE DE CONDUTAS CONCRETIZADAS AO DEIXAR DE RECOLHER AOS COFRES PÚBLICOS, POR 03 (TRÊS) VEZES, ICMS COBRADO E/OU DESCONTADO NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO. EX OFFICIO. AFASTAMENTO DA FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO. FAZENDA PÚBLICA QUE POSSUI OS MEIOS NECESSÁRIOS PARA COBRAR OS VALORES SONEGADOS. PRECEDENTES. (Apelação Criminal TJ-SC n.0002262-87.2014.8.24.0033)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ARTS 2º, II, E 12, I, AMBOS DA LEI N. 8.137/90) E PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO (ART. 387, IV, DO CPP). ABSOLVIÇÃO POR NÃO CONSTITUIR O FATO INFRAÇÃO PENAL. INCONFORMISMO DO PARQUET. SONEGAÇÃO FISCAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DOLO DO AGENTE EVIDENCIADO. PREJUÍZO AO ERÁRIO COMPROVADO. RÉU QUE DEIXOU DE RECOLHER ICMS. TRIBUTO COBRADO DOS CONSUMIDORES FINAIS.



CONTRIBUINTES DE FATO DO IMPOSTO. DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO TÊM O CONDÃO DE AFASTAR A RESPONSABILIDADE PENAL. DEVER DE ARRECADAR O ICMS E REPASSÁ-LO AO FISCO. OMISSÃO CARACTERIZADA. CONDUTA TÍPICA. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO [...] REPARAÇÃO DE DANO. DE ACORDO COM O POSICIONAMENTO ADOTADO POR ESTA QUARTA CÂMARA CRIMINAL, JULGA-SE INDEVIDO O PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO, TENDO EM VISTA A EXISTÊNCIA DE MEIOS PRÓPRIOS À FAZENDA PÚBLICA REAVER OS VALORES SONEGADOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0005434-13.2013.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. José Everaldo Silva, Quarta Câmara Criminal, j. 09-11-2017

Diante dos fundamentos expostos, de ofício deve ser afastado o valor fixado na sentença à título de reparação de danos causados ao Erário.

2.RECURSO DO APELANTE/APELADO JOSÉ MARIA DA COSTA MENDONÇA

Não havendo questões preliminares, passo à análise do mérito recursal.

ALEGOU A DEFESA DO ORA APELANTE/APELADO JOSÉ MARIA DA COSTA MENDONÇA A AUSÊNCIA DE NEXO DE IMPUTAÇÃO – CONDIÇÃO DE SÓCIO OU EMPREENDEDOR INDIVIDUAL QUE NÃO IMPLICA EM RESPONSABILIDADE PENAL – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA – OFENSA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – OFENSA A AMPLA DEFESA – OFENSA AO CONTRADITÓRIO – OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Adianto desde logo que não acolho às alegações defensivas, conforme razões delineadas a seguir.

No caso, verifico que o conjunto probatório acostado aos autos trouxe a consistência probatória necessária e suficiente para comprovar a ocorrência do crime fiscal em estudo, uma vez que amplamente comprovado, que o ora apelante/apelado cometeu o crime de sonegação fiscal, deixando de recolher ICMS relativo às operações e referentes a créditos fiscais inexistentes de notas fiscais de entrada de sucata de ferro sem destaque de ICMS, sendo escriturado e apropriado no livro de entradas de valores indevidos de créditos fiscais aproveitados na apuração mensal de imposto, reduzindo o valor do ICMS mensal a recolher, no período de janeiro a outubro e dezembro de 2009, conduta irregular apurada por meio do AINF n° 012011510000609-1.

Esclareço inicialmente que os presentes argumentos levantados pela defesa nas razões de apelo representa a reprodução das alegações finais defensiva, que fora adequadamente rebatida em sede de sentença condenatória. Assim, a fim de evitar tautologia, transcrevo, em



parte, os fundamentos da decisão objurgada, adotando-os como razões de decidir no presente voto em homenagem ao julgador singular:

Consoante narrado na Exordial Acusatória, o acusado José Maria da Costa Mendonça, teria deixado de recolher ICMS relativo às operações e referente a créditos fiscais inexistentes de notas fiscais de entradas de sucata de ferro sem destaque de ICMS, sendo escriturado e apropriado no livro de entradas valores indevidos de créditos fiscais aproveitados na apuração mensal do imposto, reduzindo o valor do ICMS mensal a recolher, conduta irregular apurada por meio do AINF n° 012011510000609-1.

O tributo sonegado é de competência estadual, detendo, por isso, o Estado do Pará, a prerrogativa para regulamentá-lo na forma do art. 6° do Código Tributário Nacional e artigo 155, II, da CF.

Observo que o processo atendeu aos requisitos dos pressupostos e condições da ação, contendo todos os elementos indispensáveis para a sua propositura e necessários para o exercício do contraditório e ampla defesa, fundando-se em regular procedimento fiscal, logo, em consonância com a Súmula Vinculante n° 24 do STF, com créditos tributários inscritos em dívida ativa em 27/09/2011, cuja denúncia foi recebida em 07/11/2016.

Logo, a condição objetiva de punibilidade, qual seja, o lançamento definitivo do crédito tributário, está assente no auto de infração acima referido e espelhada na respectiva CDA (certidão de inscrição em dívida ativa).

Do Direito:

O tipo do artigo 1°, da Lei 8.137/90, por todos os seus incisos, traduz conduta dolosa (tipicidade subjetiva), cuja consumação exige obrigatoriamente a ocorrência de um resultado naturalístico, que é a ocorrência da sonegação do imposto, em detrimento do crédito tributário pertencente ao Estado.

O dolo que caracteriza o crime contra a ordem tributária se funda pelo propósito fraudatário com a prática de atos inidôneos a este fim, que é burlar a Fazenda Pública e sonegar imposto.

Somente haverá incidência da responsabilidade penal sobre crimes de sonegação fiscal se os agentes efetivamente empregam, de forma livre e consciente, qualquer fraude que tenha por escopo a redução ou supressão do tributo e, uma vez obtido o resultado, responderão nos termos do art. 1° da Lei em comento.

Todavia, no âmbito penal, não se trata de delito, tão somente, o não pagamento do tributo, mas sim quando o contribuinte pratica ato ou omissão fraudulenta visando sonegar o imposto, deixando de realizar uma obrigação.

Na hipótese de o contribuinte não honrar com sua obrigação tributária, estará sujeito a uma sanção de natureza administrativa que só atingirá a esfera penal dos responsáveis se houver relevância e seletividade, bem como se restar provada, não só a materialidade, como a autoria dolosa, isto é, o animus por parte do agente, de empregar meios que tenham como objetivo fraudar o fisco.

Ademais, se assim não fosse, estaria a esfera penal extrapolando sua



competência e servindo como meio de coação para cobrança de dívida e restabelecendo a prisão por dívida, o que não é admitida na Constituição Federal.

Geralmente, a designação e responsabilidade do administrador decorre do ato constitutivo da empresa, é quem assume o risco do negócio, ou melhor, em certa medida, é quem dá as diretrizes administrativo-financeiras, detém a obtenção do lucro - proveito e fiscaliza o bom andamento dos seus negócios, praticados, em geral, por seus procuradores, prepostos e subordinados.

A responsabilidade criminal em crimes societários decorre em parte de interpretação trazida com a teoria do domínio do fato, pois, quem assume o risco do negócio, pressupõe-se também (dever) fiscalizar o seu bom andamento, realizando as declarações fiscais, mantendo livros e documentos devidamente registrados, recolhendo os impostos pagos pelos contribuintes, seja como responsável direto ou substituto tributário.

Acerca dela, porém, da teoria do DOMÍNIO DO FATO, pertinente descrever breve advertência de CEZAR R BITENCOURT, citando o seu criador CLAUS ROXIN:

(...) nem uma teoria puramente objetiva nem outra puramente subjetiva são adequadas para fundamentar a essência da autoria e fazer, ao mesmo tempo, a delimitação correta entre autoria e participação. A teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como uma teoria objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, aspecto subjetivo, não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. Mas é indispensável que resulte demonstrado que quem detém posição de comando determinou a prática da ação, sendo irrelevante, portanto, a simples posição hierárquica superior, sob pena de caracterizar autêntica responsabilidade objetiva. Autor, enfim, é não só o que executa a ação típica, como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata). Como ensinava Welzel, a conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige de forma planejada é o que transforma o autor em senhor do fato. Porém, como afirma Jescheck, não só a vontade de realização resulta decisiva para a autoria, mas também a importância material da parte que cada interveniente assume no fato. Recentemente, visitando o Brasil (esteve no Rio de Janeiro fazendo uma conferência), e incomodado com a interpretação, por vezes equivocada, de sua teoria do domínio do fato, pelo Supremo Tribunal Federal, Claus Roxin concedeu entrevista ao jornal Folha de S.Paulo, e fez o seguinte esclarecimento: É possível usar a teoria para fundamentar a condenação de um acusado supondo sua participação apenas pelo fato de sua posição hierárquica? Não, em absoluto. A pessoa que ocupa a posição no topo de uma organização tem também que ter comandado esse fato, emitido uma ordem. Isso seria um mau uso. O dever de conhecer os atos de um subordinado não implica em corresponsabilidade? A posição hierárquica não fundamenta, sob nenhuma circunstância, o domínio do fato. O mero ter que saber não



basta. Essa construção ["dever de saber"] é do direito anglo-saxão e não a considero correta. No caso do Fujimori, por exemplo, foi importante ter provas de que ele controlou os sequestros e homicídios realizados. A opinião pública pede punições severas no mensalão. A pressão da opinião pública pode influenciar o juiz? Na Alemanha temos o mesmo problema. É interessante saber que aqui também há o clamor por condenações severas, mesmo sem provas suficientes. O problema é que isso não corresponde ao direito. O juiz não tem que ficar ao lado da opinião pública. (Grifei e sublinhei. Trecho do artigo A teoria do domínio do fato e a teoria colateral – CONJUR, nov/2012).

De efeito, é nessa perspectiva – e não em incidências puramente pragmáticas - que este juízo valora os elementos de prova que sustentam, em cada processo, a imputação ministerial quanto a conduta dos autores.

Feitas as considerações necessárias a respeito da necessidade de comprovação do dolo do agente em fraudar o Fisco, passo a análise dos tipos penais descritos na legislação extravagante.

A Lei nº 8.137/90 considera crime contra a ordem tributária as seguintes condutas:

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

Tipos especiais de falsidade ideológica, que ocorre com a omissão ou quando se oculta intencionalmente informação da existência do fato gerador à autoridade fiscal, quando se deixa de realizar uma atividade que é um dever; ou quando se presta informação errônea, adulterada, inverídica, que não representa a realidade dos fatos, com idoneidade para iludir a autoridade fiscal sobre a ocorrência do fato gerador no momento do lançamento.

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

Este inciso visa resguardar a credibilidade dos livros e documentos fiscais. É um tipo de estelionato, em que se visa enganar, trapacear por ardid a autoridade fiscal durante a fiscalização tributária. As condutas do inciso I são abrangidas pelo inciso II, principalmente quando se releva que o falso pode ser um crime meio para se praticar o crime fim – estelionato, sendo absorvido por este. A diferença entre ambos está no momento em que o falso e a omissão são cometidos. A omissão de operação de qualquer natureza oculta informação da autoridade fiscal e a prestação de declaração falsa insere elementos inexatos em documento ou livro exigido pela lei fiscal. Quem presta declaração falsa, a intenção é omitir a informação correta no período da fiscalização, visando suprimir tributos.

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.

Inclusive terceiros que não o sonagador, a conduta de falsificação, a



contrafação e a circulação ou utilização de documento público ou particular para elidir o pagamento do tributo, relevado neste caso, os fatos anteriores e posteriores impuníveis, quando servem de crime meio para outro crime.

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

A nota fiscal é um documento obrigatório a ser expedido no ato da compra pelo consumidor, devendo inclusive ser comunicada ao Fisco mensalmente para fins de constituição do crédito fiscal.

Inexistindo qualquer vício de forma, contando com descrição suficiente dos fatos e possibilitando o amplo exercício da defesa pelo ora apelante/apelado supracitado, o que fora efetivamente levado a efeito, não havendo, por conseguinte, prejuízo a ser declarado ao contraditório ou ampla defesa

2.1. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS:

O art. da Lei n.º /1990 assevera que é um crime contra a ordem tributária 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.

Diante do arcabouço de provas juntadas nos autos, a materialidade ficou devidamente comprovada através de AINF n° n° 012011510000609-1 (fl. 08 dos autos em apenso), pois lavrado pela autoridade fiscal e devidamente inscrito na dívida ativa, obedecendo a todos os trâmites legais, as DIEF's (fls. 120-157), a confissão do réu em delegacia, e as testemunhas ouvidas em juízo.

Verifico que o conjunto probatório trouxeram a consistência necessária e suficiente para comprovar a ocorrência do crime fiscal em estudo, uma vez que amplamente provado que o ora apelante/apelado cometeu o crime de sonegação fiscal, deixando de recolher ICMS relativo às operações e referentes a créditos fiscais inexistentes de notas fiscais de entrada de sucata de ferro sem destaque de ICMS, sendo escriturado e apropriado no livro de entradas valores indevidos de créditos fiscais aproveitados na apuração mensal de imposto, reduzindo o valor do ICMS mensal a recolher, o que acarretou o não pagamento de ICMS ou recolhimento.

Quanto a materialidade delitiva, nossa Corte já decidiu em aresto colacionado de que o AINF, juntamente com a CDA são suficientes para a comprovação da materialidade delitiva:

APELAÇÃO PENAL. PROCESSO N°: 0002640-96.2008.814.0401. COMARCA DE ORIGEM: 13ª VARA CRIMINAL DE BELÉM/PA. APELANTE: MARCELA MORENO CORRADINI ROSSY. ADVOGADO (A): JOSÉ ALFREDO DA SILVA



SANTANA (OAB/PA 2721). APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO. PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA: MARIA CÉLIA FILOCREÃO GONÇALVES. RELATOR: JUIZ CONVOCADO PAULO GOMES JUSSARA JUNIOR. EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 1º, INCISOS II DA LEI N.º. 8.137/90 (FRAUDAR A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA, INSERINDO ELEMENTOS INEXATOS, OU OMITINDO OPERAÇÃO DE QUALQUER NATUREZA, EM DOCUMENTO OU LIVRO EXIGIDO PELA LEI FISCAL). ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO AUTO DE INFRAÇÃO. TESE NÃO ACATADA. A EXISTÊNCIA DE SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO COMPORTA DISCUSSÃO NO ÂMBITO DA AÇÃO PENAL, DEVENDO SER APURADA EM AÇÃO PRÓPRIA, PERANTE O JUÍZO CÍVEL COMPETENTE. ADEMAIS, A MATERIALIDADE DO DELITO DESCRITO NA DENÚNCIA FOI DEMONSTRADA NO AUTO DE INFRAÇÃO E NOTIFICAÇÃO FISCAL, NO TERMO DE INSCRIÇÃO DO DÉBITO NA DÍVIDA ATIVA E COMPROVADA PELOS DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS E PELOS DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO. PARA O INÍCIO DA PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES MATERIAIS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, BASTA O ENCERRAMENTO DO ÂMBITO ADMINISTRATIVO, COM O DEVIDO LANÇAMENTO DEFINITIVO DO DÉBITO. SÚMULA N.º 24 DO STF. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE CONDUTA DOLOSA DA APELANTE. TESE NÃO ACATADA. O TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 1º DA LEI N.º 8.137 /90 NÃO EXIGE A VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DE SUPRIMIR OU REDUZIR TRIBUTO, FAZENDO-SE NECESSÁRIO APENAS O DOLO GENÉRICO PARA A SUA CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. PREQUESTIONAMENTO. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III E 5º, INCISOS XXXIX E LVII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGOS 1º E 13º DO CP E 155 DO CPP. INOCORRÊNCIA. A CONDENAÇÃO BASEOU-SE NA COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA, POIS O AINF E A INSCRIÇÃO DO DÉBITO NA DÍVIDA ATIVA SÃO SUFICIENTES PARA A COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO CRIME E A AUTORIA TAMBÉM RESTOU EVIDENCIADA NAS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS, PRINCIPALMENTE, NO QUE CONCERNE AOS DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO. EXISTÊNCIA DE DOLO GENÉRICO POR PARTE DA APELANTE, O QUE JÁ CONFIGURA A AUTORIA DELITIVA. INEXISTENTE SUPOSTA "INVERSÃO" DO ÔNUS DA PROVA. RECURSO. CONHECIDO E IMPROVIDO.

É a confirmação do entendimento de nossa Corte:

APELAÇÃO PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISOS I, II E V DA LEI N.º 8.137/1990, C/C ART. 71, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, COM FULCRO NO ART. 386, INCISO VII, DA LEI ADJETIVA PENAL. SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO CONDENATÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. REFORMA DA SENTENÇA. CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, NOS TERMOS DO VOTO DA DESA. RELATORA. DECISÃO UNÂNIME. 1. Para a encetadura da persecução penal nos crimes materiais contra a ordem tributária, basta o encerramento do âmbito administrativo, com o devido lançamento definitivo do débito, segundo preconizado no verbete sumular vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal



Federal, assim redigido: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da lei n.º 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. Na hipótese sub judice, verifica-se que o crédito foi constituído na esfera administrativa, e o conseqüente reconhecimento de sua exigibilidade (an debeat) e valor devido (quantum debeat), com a inscrição do débito na Dívida Ativa, conforme fls. 87, cujo valor do imposto devido, atualizado até 22/02/2013, soma a quantia de R\$ 165.202,48 (cento e sessenta e cinco mil, duzentos e dois reais e quarenta e oito centavos); 3. Na espécie, nota-se que a autoria delitiva encontra-se sobejamente comprovada, na medida em que o apelado José Pedro da Silva Souza, atuava, à época, com exclusividade, na condição de sócio e administrador da empresa contribuinte, respondendo, por esta razão, pessoalmente, por obrigações tributárias, cíveis e penais; 4. Não há falar em ausência de dolo na conduta perpetrada pelo réu, uma vez demonstrada, à saciedade, sua nítida intenção de fraudar o fisco estadual, de forma, inclusive, continuada, ao efetuar a saída de mercadorias do estabelecimento infrator, durante todo o exercício do ano 2000, sem a emissão de documento fiscal idôneo, suprimindo, conseqüentemente, o ICMS devido. Desta forma, restou devidamente comprovada a conduta típica descrita na denúncia, não havendo que se falar em insuficiência de provas para a condenação, pelo que dou provimento ao recurso ministerial e, por conseqüente, condeno o apelado JOSÉ PEDRO DA SILVA SOUZA às sanções previstas no art. 1º, I, II e V da Lei 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal Brasileiro. Assim, a dosimetria da pena, foi realizada nos termos do art. 59 do CP; 6. Recurso conhecido provido, nos termos do voto da Des. Relatora. (2018.02977530-05, 193.711, Rel. VANIA LUCIA CARVALHO DA SILVEIRA, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PENAL, Julgado em 2018-07-17, Publicado em 2018-07-26).

Quanto a autoria do crime do art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/1990, constato que restou devidamente demonstrada nos autos, uma vez que a responsabilidade do administrador decorre do ato constitutivo da empresa e suas alterações (fls.17-46 dos autos apenso). Sendo àqueles que assumem o risco do negócio, ou possui o domínio do fato, na medida em que é quem dá as diretrizes e possui o dever de fiscalizar o bom andamento dos seus negócios, praticados por seus subordinados, não podendo atribuir a terceiros a responsabilidade da gestão de seus negócios.

Entendo que tal arguição, de não responsabilização do réu, não merece prosperar, uma vez que os argumentos trazidos pela defesa, da existência de um contador responsável pelas atividades tributárias, e quem deteria o poder e conhecimento de escrituração dos livros e documentos fiscais, são frágeis diante das circunstâncias em que ocorreu o delito, conforme as provas colhidas durante a instrução processual.

Ressalte-se que o réu/apelante fora ouvido durante o inquérito policial (fl. 77-78 do IPL), tendo declarado ser o único responsável pelos atos de contribuinte e assumindo plena responsabilidade pelos atos que implicaram na autuação fiscal do AINF nº 012011510000609-1. (fl. 06 do



IPL).

Em sede de audiência de instrução e julgamento (mídia acostada à 187), acerca da apuração do delito de sonegação fiscal cometido no âmbito da Empresa COPALA - INDÚSTRIA REUNIDAS S/A, a testemunha de acusação, Auditor Fiscal RÔMULO ROLDÃO BRANDÃO DE SOUSA, esclareceu em síntese:

Que foi o auditor responsável pela autuação fiscal do Ainf em questão, não se lembrando se teve contato com o réu. Relatou que a documentação solicitada foi fornecida pelo setor contábil que funcionava dentro do estabelecimento empresarial. Explicou que a infração consistia no fato de o contribuinte ter atribuído valores de crédito que não eram originados da operação de aquisição de sucatas, com o intuito de reduzir a base de cálculo do ICMS a pagar na saída dessa mercadoria. Esclareceu que o crédito pode se originar de uma operação tributada ou, caso previsto, por meio de ato administrativo. Em nenhuma dessas hipóteses se enquadrava a operação de comercialização de mercadorias realizadas pelo contribuinte infrator, pois nelas não havia possibilidade de geração de créditos, não havia a possibilidade de atribuir e abater os valores devidos. No entanto, o contribuinte registrou créditos inexistentes nas notas fiscais de entrada, no livro de apuração e ainda repassou essas informações incorretas para as Diefs. Esclareceu que a utilização do crédito indevido possibilitou que o contribuinte infrator deixasse de recolher o imposto devido, por ter diminuído a sua base de cálculo.

A testemunha de defesa MARIA DE NAZARÉ DOS SANTOS MESCOUTO afirmou em seu depoimento:

Que trabalhou no estabelecimento comercial e que, no ano de 2009, passou a fazer parte do Conselho de Administração como 2ª vice-presidente, e que anteriormente desempenhava a função de técnica de contabilidade, mas o responsável pela contabilidade do contribuinte era o funcionário de nome Hélio e que ela apenas o auxiliava. Relatou que houve uma época em que fora feita uma compensação de crédito, com fundamento em uma medida provisória, publicada no Diário do Estado, que autorizava o contribuinte a comprar as sucatas e fazer essa compensação. Acredita que essa medida provisória ainda estava em vigor no ano de 2008, período das infrações apuradas, não sabendo precisar essa informação, porque nessa época estava atuando mais na área trabalhista da empresa. Declarou não ter conhecimento se a operação de compra de sucata de ferro era diferida. Não soube informar se o contribuinte infrator apresentou impugnação ao auto de infração. Também não soube esclarecer porque na fase administrativa não foi suscitado pela defesa do contribuinte infrator a existência de tal medida provisória. Afirmou que o responsável pelo contribuinte era o réu. Disse que não teve contato com o auditor fiscal no período de fiscalização, não foi ela quem forneceu os documentos solicitados e também não era responsável pela escrituração dos livros fiscais. Confirmou haver prestado depoimento à polícia.

A testemunha de defesa LEANDRO BOTELHO MARTINS disse em juízo:
Que trabalhava no contribuinte infrator e nele desempenhou diversas



atividades, sempre na área industrial, não tendo conhecimento da parte administrativa. Disse que o responsável pelo contribuinte era o réu e que todos os setores fiscal, contábil e administrativo, funcionavam dentro do próprio estabelecimento, sob a gestão do acusado. Diante das declarações prestadas em juízo, que confirmaram que o acusado era o diretor presidente da empresa COPALA e o único responsável pelos atos de administração, logo não procede o pleito da defesa, uma vez que a própria testemunha de defesa LEANDRO BOTELHO, confirmou ser o réu o único que mantinha controle administrativo, contábil e fiscal da empresa referida, inclusive, por essa razão, os referidos setores funcionavam dentro da própria empresa.

O que se observa é que a defesa tentou justificar a não responsabilização do apelante/apelado, sob o prisma de existir um escritório de contabilidade que funcionava dentro da própria empresa, e que este sim que deteria o controle administrativo, contábil e fiscal, fato este contraposto pela testemunha de defesa e pelo próprio réu em delegacia, quando afirmou que era somente ele quem mantinha o controle administrativo, contábil e fiscal dessa sociedade anônima e o setores fiscal e contábil funcionavam em seu estabelecimento sob sua inteira gestão.

Imperioso destacar que o réu como único responsável que detinha conhecimento sobre a movimentação financeira e as operações tributárias, bem como possuía o pleno domínio do fato, uma vez que mantinha controle da empresa pessoalmente, tinha o dever de cumprir com as obrigações tributárias a elas referentes, portanto, entendo que as condutas praticadas pelo acusado se enquadram aquelas descritas nos incisos I e II do artigo 1º da lei 8.137/90, .

Neste sentido é a jurisprudência, a saber:

(...). CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (...). 1. Comprovadas a materialidade e autoria e o dolo do réu na prática do delito previsto no art. 1º, I da Lei Nº 8.137/90, e sem causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, deve ser mantida a condenação. (...). (TRF 4ª REGIÃO, Apelação Nº 0001591.96.2002.404.7010, Des. Federal Márcio Antônio Rocha, DJ: 01/02/17)

APELAÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISO II, DA LEI N.º 8137/90, C/C ART. 71 DO CP. OMISSÃO DE VENDA DE MERCADORIAS, NAS GUIAS INFORMATIVAS SIMPLIFICADAS. DOLO COMPROVADO. Verificado que o apelante era o único administrador de empresa de pequeno porte, evidente que tinha conhecimento das fraudes praticadas através da omissão de vendas de mercadorias, nas guias informativas simplificadas, objetivando reduzir o saldo devedor de ICMS. Apelação da defesa, improvida. (TJ/RS - ACR n.º 70059222745 RS, Relator: Des. Gaspar Marques Batista, Data de Julgamento: 27/07/2014,). GRIFEI.

Portanto, não há em que se falar em responsabilidade objetiva contra o



apelante/apelado, por restar evidente arguição de haver o acusado praticado dolosamente fraudes e apropriação indébita de ICMS contra o fisco, não restando qualquer dúvida da sua participação através do acervo probatório colhido na instrução processual.

2.3. DA AUSÊNCIA DO DOLO

Deve ser ressaltado, por oportuno, que os crimes tributários previstos no art. 1º, da lei 8137/90, ao contrário do que foi aduzido pelo apelante em suas razões recursais, exigem para sua consumação apenas o dolo genérico, consistente na livre e consciente vontade de suprimir o recolhimento de tributos mediante ao menos uma das condutas descritas nos seus incisos,

No que tange à alegada ausência de dolo, melhor sorte não assiste ao apelante/apelado Jose Maria da Costa Mendonça, pois cediço que de acordo com amplo entendimento jurisprudencial e doutrinário, no art. 1º, da Lei 8.137/90, ao contrário do que foi aduzido em suas razões recursais, o dolo exigido para consumação, nesta espécie de crime, é o genérico, consistente na livre e consciente vontade de suprimir o recolhimento de tributos mediante ao menos uma das condutas descritas nos seus incisos, sendo prescindível a demonstração de dolo específico, consubstanciado na vontade livre e consciente de fraudar o Fisco, tem-se os julgados, in verbis:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. (...). 1. Demonstrando as provas dos autos que, no período de janeiro a dezembro de 2009, deixou o acusado de recolher o ICMS, constata-se a correta imputação ao réu do crime previsto no art. , incisos , e , da Lei n.º /90. 2. As declarações prestadas pelo acusado confirmam o dolo necessário para conduta delitiva. Deve-se lembrar que, de acordo com amplo entendimento jurisprudencial e doutrinário, o dolo exigido nesta espécie de crime é o genérico e não o específico. 3. (...). 4. (...). (TJ/DF - APR n.º 20130110722337 DF, Relator: Des. JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Publicação: 02/07/2015). Grifei.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOLO GENÉRICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 07/STJ. OFENSA AO CONTRADITÓRIO ADMINISTRATIVO. DISCUSSÃO NA SEDE ADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O dolo, enquanto elemento subjetivo do tipo capitulado no art. 1.º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, é o genérico, consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, do valor devido aos cofres públicos. No caso dos autos, cabe observar que o Tribunal de origem, soberano na análise do acervo probatório, concluiu pela presença do dolo genérico. A desconstituição de tal entendimento demandaria a incursão em matéria fático-probatória, acarretando a incidência da Súmula 07/STJ. Precedentes. 2. Esta Corte possui entendimento no sentido de que o juízo penal não é sede própria para a discussão de existência de nulidade no procedimento administrativo-fiscal. Precedentes. 3. Agravo regimental



desprovido. (AgRg no AREsp 1225680/PR, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/08/2018, DJe 24/08/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, INCISOS I e II, DA LEI N. 8.137/90 - REDUÇÃO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS FEDERAIS). PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. PRESCINDIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA ASSENTE. REEXAME DE PROVAS. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O pleito de absolvição demanda revolvimento fático-probatório dos autos, providência de todo inviável nesta instância recursal, por óbice do enunciado n. 7 da Súmula/STJ. Precedentes. 2. É firme a jurisprudência esta Corte Superior no sentido de que "os crimes de sonegação fiscal e apropriação indébita previdenciária prescindem de dolo específico, sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, dos valores devidos" (AgRg no AREsp 469137, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, DJe 13/12/2017). 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1123098/GO, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 11/12/2018, DJe 19/12/2018).

STJ: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DELITO CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRESENÇA DE AUTORIA E MATERIALIDADE. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE.

1. A impugnação alusiva à materialidade e à autoria do crime demandaria indubiosamente o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado na via especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ, in verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." 2. Conforme entendimento consolidado, o tipo penal previsto no art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990 prescinde de dolo específico, sendo suficiente a presença do dolo genérico, consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, do valor devido aos cofres públicos. 3. A jurisprudência do STJ assentou o entendimento de que, regularmente "publicada a pauta e ocorrendo o adiamento do julgamento, é desnecessária a renovação da intimação do patrono do acusado quando o feito é levado a julgamento na sessão subsequente". (HC 260169/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 02/04/2014). 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 604.797/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 09/12/2015)

TJDF: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL DE ICMS. ARTIGO 1º, INCISO II, LEI Nº 8.137/90. PRELIMINAR NULIDADE. REJEITADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADOS. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INCABÍVEL. DOLO ESPECÍFICO. DOLO GENÉRICO SUFICIENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCABÍVEL. CAUSA DE AUMENTO. ARTIGO 12, INCISO II, LEI 8.137/90. GRAVE DANO À COLETIVIDADE. CONFIGURADO. PENA DE MULTA. AFASTAMENTO. 1) Eventuais vícios no procedimento administrativo são irrelevantes para o processo penal em que se apura



crime contra a ordem tributária, devendo ser apreciadas no juízo competente. 2) Prática o crime previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 quem deixar de recolher tributo devido, quando constituído o crédito tributário, mediante fraude contra a fiscalização tributária por meio de omissão de operação de qualquer natureza em documento ou livro fiscal exigido pela lei fiscal. 3) Conforme entendimento fixado na Sumula Vinculante nº 24 do STF, "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." Ou seja, trata-se de crime material que exige, além da prática da conduta descrita em algum dos incisos do art. 1º dessa lei, a constituição definitiva do tributo e a supressão do seu pagamento pelo sujeito ativo. 4) Incabível a absolvição do acusado quando demonstradas, por provas documentais e testemunhais, a materialidade do crime e a autoria delitiva. 5) O crime tributário do art. 1º da Lei n. 8137/90 exige apenas o dolo genérico, consistente na vontade livre e consciente de suprimir o recolhimento de tributo mediante a prática de uma das condutas descritas nos incisos. 6) Em delitos contra a ordem tributária, a jurisprudência entende que é cabível a aplicação do princípio da insignificância quando o valor do crédito tributário suprimido, devidamente constituído e atualizado, apenas quando não superar os limites estabelecidos em lei que dispensa a cobrança do crédito via execução fiscal. 7) Na dosimetria dos crimes tributários, os valores sonegados influem na fixação da pena. Valores superiores ao crime de bagatela podem representar uma elementar comum do tipo penal: podem servir para valorar negativamente as circunstâncias judiciais quando implicarem conseqüências anormais do delito devido aos altos valores sonegados; ou então podem, inclusive, dependendo do grande vulto do tributo suprimido, corresponder à causa especial de aumento de pena (art. 12, inc. I, da Lei n. 8.137/90), quando ficar evidente o "grave dano à coletividade". O parâmetro a ser adotado é o valor do tributo subtraído do erário, e não seu valor atualizado, acrescido de sanções tributárias. 8) Não há que se falar em fixação de valor para a reparação do dano quando não houver pedido expresso na denúncia, além de o valor devido já estar inscrito em Dívida Ativa, com ação de execução fiscal em curso. 9) A extinção da unidade de valor "Bônus do Tesouro Nacional" - BTN -, que servia de base para estabelecer o valor da multa cominada aos tipos descritos na Lei 8.137/90, implica a impossibilidade de sua imposição, pois não se pode interpretar em desfavor do réu normas penais por analogia. 10) Apelos ministerial e defensivo conhecidos. Preliminar rejeitada. Apelo ministerial parcialmente provido. Apelo defensivo parcialmente provido.

(TJ-DF 20150110405053 DF 0012111-22.2015.8.07.0001, Relator: ANA MARIA AMARANTE, Data de Julgamento: 30/08/2018, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 04/09/2018 . Pág.: 148/158)

A aplicação do In Dubio pro reo somente ocorreria, se os fatos, conjuntamente com as provas, não fossem capazes de dar certeza sobre o cometimento do crime por parte do apelante.



Destaco o entendimento de André Nicolitt, juiz e professor da Universidade Federal Fluminense, a respeito do assunto, preleciona: Note-se que o In dubio pro reo tem incidência no momento do julgamento pelo magistrado, quando existir uma dúvida em relação à existência do fato e/ou quanto à autoria, enquanto a presunção de inocência atua durante todo o curso do processo.

Vale ressaltar que nossa legislação pátria consagra o princípio da livre convicção fundamentada, pela qual o magistrado não fica adstrito a critérios valorativos, sendo, portanto, livre na sua escolha, aceitação e valoração das provas. Nos termos do artigo 381, III, do CPP, assim a sentença somou os motivos de fato e de direito que formaram o convencimento do magistrado.

Pelo exposto, não acolho o pleito absolutório defensivo.

2.4. DA AUSÊNCIA DE GRAVE DANO À COLETIVIDADE

A jurisprudência já pacificou o entendimento segundo o qual, quando o contribuinte causar ao erário um prejuízo considerável monetariamente, deve ser aplicada a causa de aumento de pena prevista no art. 12, I da Lei n.º 8.137/90, senão vejamos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REEXAME DOS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. SUM 7/STJ. CAUSA DE AUMENTO DE PENA (ART. 12, I, DA LEI N. 8.137/1990). EXPRESSIVO VALOR DO TRIBUTO SONEGADO. GRAVE DANO À COLETIVIDADE. I – (...). II - O expressivo valor do tributo sonegado pode ser considerado fundamento idôneo para amparar a majoração da pena prevista no inciso I do art.12 da Lei n. 8.137/90 (precedentes). Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no RECURSO ESPECIAL N° 1.445.217 – PE, Min. Rel. FELIX FISCHER, DJ: 25/11/15)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA (ART. 12, I, DA LEI 8.137/1990). EXPRESSIVO VALOR DO TRIBUTO SONEGADO. GRAVE DANO À COLETIVIDADE. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. DISCUSSÃO SOBRE O VALOR SONEGADO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Restou apurado que o crédito tributário sonegado, à época da denúncia, envolvia diversos tributos e era de R\$ 1.156.819,70, valor ainda não atualizado, não sendo possível identificar, sem o revolvimento de aspectos fáticos-probatórios, o montante inicial devido, como pretende a agravante (Súmula 7/STJ). 2. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o não recolhimento de expressiva quantia de tributo atrai a incidência da causa de aumento prevista no art. 12, inc. I, da Lei 8.137/90, pois configura grave dano à coletividade. 3. Agravo Regimental desprovido. (STJ, AgRg



no REsp n. 1.417.550/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 25/8/2015)

Não é outro o entendimento dessa Egrégia Corte de Justiça, senão vejamos:

RECURSO DE APELAÇÃO PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISOS I, II E V DA LEI N.º 8.137/1990, C/C ART. 71, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. SENTENÇA PENAL CONDEATÓRIA. (...). RECURSO MINISTERIAL. PLEITO DE MAJORAÇÃO DA PENA. REANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 E DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 12 DA LEI N.º 8.137/90. CABIMENTO. RECURSO DA DEFESA CONHECIDO E IMPROVIDO, E RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E PROVIDO, NOS TERMOS DO VOTO DA DESA. RELATORA. DECISÃO UNÂNIME. 1. RECURSO DA DEFESA. 1. (...). 2. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 2.1. A jurisprudência já pacificou o entendimento segundo o qual, quando o contribuinte causar ao erário um prejuízo considerável monetariamente, deve ser aplicada a causa de aumento de pena prevista no art. 12, I da Lei n.º 8.137/90. Assim, tendo em conta o considerável montante que o acusado alcançou com a prática do delito tributário e, nos termos da pacífica jurisprudência do STJ, deve-se aplicar a causa de aumento de pena prevista no art. 12, I da Lei n.º 8.137/90, devendo também, ser reanalisada a fixação da pena-base fixada pelo juízo a quo; 3. Recurso da Defesa conhecido e improvido, e Recurso do Ministério Público conhecido e provido, nos termos do voto da Des. Relatora. (TJ/PA, ACÓRDÃO N° 194.281, Rel. Des. Vânia Silveira, DJ: 17/08/2018)

Considero impertinente o pleito proferido pela defesa, tendo em vista que o dano efetivado pelo apelante/apelado contra o fisco, efetivado através de inscrição em dívida pública, perfaz o montante de R\$ 1.409.054,40 (um milhão, quatrocentos e nove mil e cinquenta e quatro reais e quarenta centavos (valor atualizado até 27/09/2011), ou seja, valor este três vezes mais do que o mínimo considerado pelo STF como grave dano à coletividade, que é o valor de 400 mil reais.

Assim, tendo em conta o considerável montante que o apelante/apelado JOSÉ MARIA DA COSTA MENDONÇA alcançou com a prática do delito tributário e, nos termos da pacífica jurisprudência do STJ, deve-se aplicar a causa de aumento de pena prevista no art. 12, I da Lei n.º 8.137/90, no quantum ½ (metade), motivo pelo qual não acolho o pedido em questão.

2.5. DA APLICAÇÃO DA PENA BASE NO SEU MÍNIMO LEGAL

A pretensão recursal em enfoque litiga a aplicação da pena base no seu mínimo legal, sob o fundamento que a sentença do juízo de primeiro grau não reconheceu a existência de circunstância judicial desfavorável do art. 59 do Código Penal, ao apelante, entretanto, exasperou em um ano a pena base, havendo dessa feita equívoco a ser reparado do



referido quantum aplicado.

No direito brasileiro, a atividade judicial de dosagem da pena privativa de liberdade, em atenção à garantia da individualização da pena, encartada no artigo 5Q, inciso XLVI, da Constituição da República de 1988, segue ao critério trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal: primeiro, fixa-se a pena-base à luz das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal; em seguida, analisa-se a existência de circunstâncias atenuantes e agravantes genéricas e, por fim, verifica-se a presença das causas de diminuição e aumento de pena. Para melhor compreensão da matéria, trago à colação o teor dos dispositivos constitucional e legal testilhados, in verbis:

CR/88:

Art. 5º. (...)

XLVI - A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; CP:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Compulsando a sentença penal condenatória, nota-se que o magistrado singular, em observância ao disposto no artigo 59 do Código Penal, fixou em 3 (três) anos de reclusão, além de 160 (cento e sessenta) dias-multa, embora não tenha reconhecido nenhuma circunstância judicial desfavorável.

É de conhecimento comum que no primeiro estágio da individualização da pena privativa de liberdade o julgador dispõe da chamada discricionariedade juridicamente vinculada: sem desprender-se do dever de motivação da sua decisão, concretiza a pena-base com relativa subjetividade, sem poder, contudo, desbordar da quantidade mínima e máxima abstratamente cominada no tipo legal, consoante leciona Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado. 11- Edição. Editora Revista dos Tribunais: p. 414):

Trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando a suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e



máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada) (...).

Ao julgador singular, na 1ª fase da individualização da pena, não é dada a possibilidade de exasperar a pena-base com espeque em referências vagas e genéricas. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus NQ 191734/PE, distribuído para a relatoria da Ministra Laurita Vaz, com Acórdão publicado no Diário de Justiça em 26/9/2012, assentou que: "(...) Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, tais como, tinha consciência de que agia em desacordo com a lei (culpabilidade) e vítima em nada contribui para o crime (comportamento da vítima) (...)".

Na perspectiva valorativa da pena, basta a existência de uma circunstância judicial negativa para que a pena-base já não possa mais ser fixada no mínimo legal (STF, HC 76196, Rel. Min. Maurício Corrêa, Publicação: 15/12/2000). Aqui, convém mencionar que (...) a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada (...) (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no HC 149.456/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Publicação: 02/05/2012).

Segundo o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado, 11ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 418): (...) é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no art. 59, caput, para a fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo. No mesmo sentido, Cleber Masson (Direito Penal Esquematizado, 2ª Edição, Editora Método: p. 592), ensina que (...) Somente quando todas as circunstâncias forem favoráveis ao réu a pena deve ser fixada no mínimo legal (...).

Entendimento este, inclusive, sumulado por este Tribunal de Justiça do Estado do Pará, in verbis:

Súmula nº 23: A aplicação dos vetores do artigo 59 do CPB obedece a critérios quantitativos, de modo que, existindo a aferição negativa de qualquer deles, fundamenta-se a elevação da pena base acima do mínimo legal.

Diante do reconhecimento da circunstância judicial (culpabilidade) valorada negativamente contra o apelante, motivo pelo qual, não acolho o pedido do apelante Jose Maria, e aplico a pena base acima do seu mínimo legal, no patamar de 2 (dois) anos e 10 meses de reclusão e mais 100 dias-multa.



2.5. DO ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS À DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública do Estado do Pará é órgão de Estado que tem como função precípua a prestação de serviços gratuitos a quem necessitar de assistência judiciária. Nesse contexto, a jurisprudência pátria já firmou entendimento de que é incabível a fixação de honorários em prol de seu Fundo de Aparelhamento, a ser pago pelo assistido, independentemente da condição econômica do acusado.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. DESCAMINHO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. HONORÁRIOS EM FAVOR DA DPU. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. 1. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo, e ausentes causas excludentes da ilicitude ou da antijuridicidade, impõe-se a condenação do réu pelo delito previsto no artigo do . 2. Descabe a fixação de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública da União contra o próprio assistido, independentemente de sua condição econômica, visto que se trata de sua finalidade institucional. 3. Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. (TRF4, ACR 5006727-23.2015.4.04.7110, SÉTIMA TURMA, Relator LUIZ CARLOS CANALLI, juntado aos autos em 21/11/2018)

Ante o exposto, **CONHEÇO** dos recursos interpostos e no mérito, **PROVIDO PARCIALMENTE** o recurso do Ministério Público e **IMPROVIDO** o recurso da defesa, redimensionando a pena para 7 (SETE) ANOS E 1 (UM) MÊS DE RECLUSÃO E MAIS 50 DIAS-MULTA, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, pelo crime tipificado no artigo 1º, I e II, c/c artigo 12, I todos da Lei 8.137/90, c/c art. 71, do Código Penal.

É como voto.

Belém/PA, 11 de maio de 2021.

Desembargadora ROSI MARIA GOMES DE FARIAS
Relatora