



AUTOS DE RECURSO DE APELAÇÃO PENAL
PROCESSO Nº 0007325-69.2013.8.14.0401
ÓRGÃO JULGADOR: 2.^a TURMA DE DIREITO PENAL
COMARCA: BELÉM (13.^a VARA CRIMINAL)
APELANTE/APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ
(PROMOTOR DE JUSTIÇA FRANCISCO DE ASSIS SANTOS LAUZID)
APELANTE/APELADO: TERESA KESSLER AYRES DE AZEVEDO
PROCURADORA DE JUSTIÇA: MARIA DO SOCORRO MARTINS CARVALHO
MENDO
RELATOR: Des.or RONALDO MARQUES VALLE
REVISORA: DESA. VANIA FORTES BITAR

EMENTA

APELAÇÃO PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFESA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I E II, ART. 12, I, AMBOS DA LEI Nº 8.137/90. RECURSO DA DEFESA: PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE DOLO. NÃO VERIFICADO. RECURSO IMPROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: DOSIMETRIA DA PENA. NEGATIVAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NÃO ACOLHIMENTO. ERRO MATERIAL NO CÁLCULO DA CAUSA DE AUMENTO. OCORRÊNCIA. CORREÇÃO. NECESSIDADE. RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DO GRAVE DANO À COLETIVIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA CORRIGIR ERRO MATERIAL DE CÁLCULO DA PENA. DECISÃO UNÂNIME.

1. RECURSO DA DEFESA:

1.1 Uma vez que para a configuração dos delitos do artigo 1º, inciso I e II, da Lei 8.137/90, exige-se tão somente o dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir, não há que se absolver a apelante sob o fundamento de ausência de dolo.

1.2 Portanto, para a configuração do delito, basta a existência de omissão na prestação de informação devida à autoridade fazendária que culmine a redução do tributo e introduzir informação que não corresponda à realidade em documento ou livro exigido pela lei fiscal.
Precedentes

2. RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO.

2.1 RECURSO DA ACUSAÇÃO:

2.2 Uma vez que as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP foram devidamente analisadas, não há que ser reformada.

2.3 Há que se proceder a correção da pena, na terceira fase da dosimetria, ante a ocorrência do erro material (erro de cálculo) após o reconhecimento da continuidade delitiva - e reconhecimento da fração de 2/3 (dois terços).

3. Uma vez que a majorante do grave dano à coletividade, prevista pelo art. 12, I, da Lei 8.137/90, restringe-se a situações de especialmente relevante dano, valendo adotar-se o critério já administrativamente aceito na definição de créditos prioritários, fixado em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), não há que ser reconhecido o presente caso.

4. RECURSO DA ACUSAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.



RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público do Estado do Pará, por intermédio do Promotor de Justiça Francisco de Assis Santos Lauzid, e pela defesa da ré Teresa Kessler Ayres de Azevedo, em face da sentença proferida pelo Juízo de Direito da 13ª Vara Criminal da Comarca de Belém, que recebeu em parte a denúncia, e a condenou nas sanções do artigo 1º, I e II, art. 12, I, ambos da lei 8.137/90 c/c arts. 71, caput do Código Penal – crime de sonegação fiscal em continuidade delitiva– ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, bem como multa de 120 (cento e vinte) dias-multa, em regime aberto, pena de reclusão que foi substituída por restritiva de direitos (prestação de serviço à comunidade) e multa.

Consta nos autos que a ré, ora apelante, foi denunciada pelo Ministério Público pela prática do crime previsto nos art. 1º, I, II, art. 12, I ambos da lei 8137/90 c/c art. 71 e art. 91, I, ambos do Código Penal, quando na administração da Empresa PONTO E VÍRGULA COMÉRCIO LTDA, com inscrição estadual nº 15.279.177/0001-46, na condição de sócia administradora exclusiva, deixou de recolher ICMS decorrente da omissão de saídas de mercadorias nos períodos de 2001, 2002 e 2003, de acordo com as infrações fiscais descritas no AINF nº 012006510001866-9.

A denúncia foi devidamente recebida (fls. 06/05/2013), e após regular instrução, a ré foi condenada nas sanções ao norte descritas (sentença fls. 849/862).

Inconformados, defesa e a acusação recorreram da decisão.

O Ministério Público, em suas razões (fls. 869/916), requereu:

- a) A readequação da dosimetria da pena aplicada, para negatizar os vetores da culpabilidade e das circunstâncias do crime;
- b) Que seja corrigido o erro material na sentença (erro de cálculo), cometido na terceira fase da dosimetria, quando do aumento da pena pelo reconhecimento da causa de aumento da continuidade delitiva (art. 71 do CP);
- c) Que seja reconhecida a majorante específica do art. 12, I, da Lei 8.137/1990, e aplicada no seu grau máximo de ½.

Em contrarrazões (fls. 919/933), a defesa afirma, preliminarmente, que o recurso interposto pela acusação é intempestivo. E no mérito, requer a manutenção da dosimetria em todos os seus termos.

A defesa de Teresa Kessler, por sua vez, também apelou da decisão, requerendo a sua absolvição, sob o fundamento de não ter havido fraude na suposta omissão de saída de mercadorias, em razão de inexibibilidade de conduta diversa e, também, ante a ausência de prova do dolo na conduta narrada na denúncia (fls. 946/960).

Em contrarrazões (964/986), o RMP refutou as alegações da apelante, pugnando pela manutenção do decisum, por estarem comprovadas autoria e materialidade do delito. A Procuradora de Justiça Maria do Socorro Martins Carvalho Mendo se manifestou pelo conhecimento e provimento do recurso apresentado



pelo Ministério Público, de maneira que sejam avaliadas como desfavoráveis à ré as circunstâncias judiciais culpabilidade e circunstâncias do crime, com as consequentes modificações na dosimetria da pena, além de que seja reconhecida a causa de aumento de pena prevista no art. 12, I, da Lei 8.137/90. E pelo improvimento do recurso apresentado pela ré Teresa Kessler Ayres de Azevedo, devendo a sentença vergastada ser mantida quanto aos pontos abordados. (fls. 989/995)

É o relatório.

À revisão da Desa. Vania Fortes Bitar em 01 de dezembro de 2020.

V O T O

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo órgão do Ministério Público e pela defesa de Tereza Kessler Ayres de Azevedo, em face da sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, para condená-la como incurso nos artigos 1º, incisos I e II, combinado com o artigo 12, inciso I, ambos da Lei nº 8.137/90, c/c art. 71, caput, do CP, (suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante fraude da fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal, em continuidade delitiva), a pena definitiva de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, bem como multa de 120 (cento e vinte) dias-multa, em regime aberto, pena de reclusão que foi substituída por uma pena restritiva de direitos (prestação de serviço a comunidade) e multa.

O Ministério Público requer a readequação da dosimetria da pena aplicada, para negativar os vetores da culpabilidade e das circunstâncias do crime; Que seja corrigido o erro material na sentença (erro de cálculo), cometido na terceira fase da dosimetria, quando do aumento da pena pelo reconhecimento da causa de aumento da continuidade delitiva (art. 71 do CP); Que seja reconhecida a majorante específica do art. 12, I, da Lei 8.137/1990, e aplicada no seu grau máximo de ½.

A defesa de Teresa Ayres de Azevedo, pugna pela absolvição das condutas descritas na denúncia por ausência de dolo, além de argumentar não ter havido fraude na suposta omissão de saída de mercadorias, em razão de inexibibilidade de conduta diversa.

Por se tratar de pedidos conflitantes, os recursos serão analisados separadamente.

Preliminarmente, verifica-se que os créditos tributários relativos aos Autos de Infração 012006510001866-9 foram constituídos (fl. 766 – vol. III), atendendo ao preceituado na Súmula Vinculante 24-STF: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º incisos I a IV da lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

Por outro lado, também não se cogita de prescrição, considerando a data de constituição do crédito tributário e a pena aplicada.

I - RECURSO DA DEFESA:

Sustenta a defesa, que a acusada deve ser absolvida das condutas descritas na denúncia, já que entende que não houve dolo na conduta da



mesma, além de argumentar não ter havido fraude na suposta omissão de saída de mercadorias, em razão de inexibibilidade de conduta diversa.

Adianta, que o recurso merece ser improvido.

Consta, que a ré Tereza Kessler, quando ouvida em juízo (mídia degravada fl. 563), afirmou que desconhecia em absoluto as irregularidades, já que com toda a mercadoria adquirida era dada entrada e quando saída para lojas era emitido notas de transferências e notas fiscais (sic), ressaltando que para o consumidor fiscal era emitido cupom fiscal.

Disse, que desde o início, a parte tributária era feita por um escritório de contabilidade.

Admitiu que a empresa veio a declarar falência por sucessivos erros seus, somado a chegada da internet. Verberou, também, que ficou com um vasto estoque de livros sem ser comerciáveis.

Respondeu que sempre foi a administradora da empresa.

O advogado da defesa, requereu, em audiência, prazo para apresentar novo laudo técnico emitido por perito, que foi concedido pelo magistrado (prazo de 10 dias).

O Ministério Público, por sua vez, requereu, na mesma ocasião, que o citado auditor, após juntada do Laudo (requerido pela defesa), fosse reinquirido após a análise da documentação (juntada pela defesa). – Mídia degravada fl. 590, vol. II.

A defesa da acusada justificou, através de declarações acostadas às fls. 193 e 194, a não juntada da citada prova – Laudo técnico -, bem como que a empresa PONTO E VÍRGULA COMÉRCIO LTDA, não possui Balanço, Diário, Razão e Caixa – 2000 a 2003 (verbis).

A testemunha arrolada pela acusação, auditor Carlos Emanuel Norat Jorge, mesmo sem a juntada do Laudo pela defesa, foi novamente reinquirido (mídia fl. 782 – vol. III), onde detalhou todo o trabalho de auditoria realizado, informando que a documentação não foi totalmente apresentada pela defesa.

Disse, que da análise financeira (através da contabilidade dela), detectou que a empresa não fazia o livro diário, que é obrigatório pela legislação societária, não fazia o razão, nem o balanço patrimonial, dentre outros deveres, tendo o auditor que realizar o estudo baseado apenas no livro apresentado por eles, ou seja, o levantamento foi efetuado unicamente com base nas mercadorias registradas pela empresa.

Detalhou, de forma minuciosa (através de especificações técnicas), o modo como chegou a apuração dos valores devidos, enfatizando, (durante a primeira inquirição – mídia fl. 590 – vol. II), que a empresa trabalhava tanto com livros (que possuem isenção), como com outras mercadorias tributáveis, como cadernos, embalagens para presentes e etc.

Narrou, que teve o cuidado de separar o que era livro de mercadorias que possuíam apuração normal, débito e crédito, detalhando que o levantamento consistiu no levantamento contábil, (que se revela pelo custo das mercadorias vendidas, estoque inicial, mais compras, menos estoque final). Que pegou o estoque inicial nos livros (cópias nos autos) e também estoque final (também no livro), além das compras feitas no período, tendo, ao final, chegado ao custo.



Detalhou, que como a empresa não tinha escrita contábil, utilizou uma estimativa da SEFA, que de acordo com a atividade econômica, se coloca uma margem de lucro, e foi colocado sobre este custo a margem do lucro e chegou sobre as vendas apuradas. Depois, é subtraída das vendas declaradas pelo contribuinte, chegando-se a conclusão de que as vendas apuradas eram muito maiores que as vendas declaradas, ressaltando, quando isto acontece, que é capitalizada a omissão de saída, e sobre a diferença é calculado o imposto.

Disse, ainda, que no início da fiscalização foram solicitados diversos documentos, inclusive a parte contábil e, uma vez que a empresa era regida pelo lucro presumido da Receita Federal (segundo sua normatização), você é obrigado, (contudo pode optar por não escriturar o diário). No entanto, tem que escriturar o livro caixa, que no presente caso, não foram apresentados pela defesa.

Expressou, que também não foram apresentadas todas as Notas Fiscais, sob a justificativa da defesa de que algumas notas foram comidas pelo Cupim. Afirmando, que, no entanto, este sinistro deveria ter sido registrado Boletim de Ocorrência e feito laudo, o que também não ocorreu.

Elucidou, que não constatou a presença de nenhum documento comido pelo Cupim, mas havia vestígios de cupim (poeira).

Respondendo às perguntas do Advogado da defesa, explicou que existem os livros comerciais (diário e razão), além de escrita contábil (balanço patrimonial e resultado de exercício). Descreveu que existem três levantamentos que podem ser feitos, que são: 1) o levantamento quantitativo de mercadorias - que revela omissões e entradas de mercadorias - desde que se tenha acesso a todos os documentos, ou seja de todas as notas fiscais de entrada e saída; 2) o Levantamento Contábil - efetuado a partir do livro diário e razão - pois tem vendas que são realizadas sem notas fiscais, mas contabilmente eles ficam registrados e o levantamento fiscal contábil, como está escriturado, analisando a partir dos livros de entrada e saída, 3) bem como livro inventário.

Externou, que como não teve acesso a nenhuma das duas primeiras, foi procedido de acordo com esta última, enfatizando que o estoque físico não pôde fazer porque a fiscalização foi em 2005, e o período apurado foi 2001, 2002 e 2003.

Elucidou, ainda, durante seu depoimento, o modo como chegou aos valores devidos, exemplificando, que a empresa tinha uma receita no registro de saída de R\$ 93 mil (noventa e três mil reais) e tinha um custo de R\$227 (duzentos e vinte e sete mil reais).

Destacou, que a empresa passou a comprar mais do que vendia durante três anos. Os levantamentos estavam no livro e nesse tipo de levantamento dispensa as notas fiscais, mas se tivesse as notas fiscais, indicaria que houve saída de produtos que totalizariam 93 mil e conseqüentemente o quantitativo.

Disse, que aqui não se está falando de um levantamento financeiro da empresa, destacando que a empresa apenas vendia 10% das mercadorias que eram tributáveis, o restante eram livros.

Desse modo, constatou, que de fato, nos períodos de 2001, 2002 e 2003, houve omissão de saída de grande volume de mercadoria, redundando



em ICMS que deixou de ser recolhido.

Por outro lado, constatei, da análise do Contrato Social (fl. 74) registrado na Junta Comercial (fl. 75), que a sociedade empresária autuada (PONTO E VÍRGULA COMÉRCIO LTDA) tinha como sócia administradora e gerente da empresa a ré Teresa Kessler Ayres de Azevedo (Cláusula oitava).

Nesse contexto, verifico que a ré foi, de fato e de direito, a única responsável pela administração da citada empresa desde 2001 (quando da cessão das quotas do então sócio Raymundo Ayres de Azevedo).

Por outro lado, impende salientar que o crime tributário previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/1990 exige apenas o dolo genérico, consistente na vontade livre e consciente de suprimir o recolhimento de tributos mediante ao menos uma das condutas descritas nos seus incisos, todas elas de natureza fraudulenta. E, como bem fundamentou a D. Procuradora de Justiça em seu brilhante parecer: (...) para a configuração dos delitos do artigo 1º, inciso I e II, da Lei 8.137/90, exige-se tão somente o dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir.

Basta, assim, a existência de omissão na prestação de informação devida à autoridade fazendária que culmine a redução do tributo e introduzir informação que não corresponda à realidade em documento ou livro exigido pela lei fiscal.

Desse modo, não há que se falar em ausência de dolo na conduta da acusada, pois, conforme já descrito acima, a ré era a única responsável pela administração da empresa, ao tempo dos fatos, e, nessa condição, deveria escriturar os livros corretamente e recolher os impostos devidos, o que não ocorreu.

Até porque, os delitos se perpetraram durante longo período de tempo – 2001 a 2003, sendo assim, nada provável que a acusada, única administradora da empresa, desconhecesse tal prática.

Sobre a prescindibilidade de dolo específico, colaciono recente julgado do STJ:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SONEGAÇÃO FISCAL. ART. 1º, I e II, DA LEI Nº 8.137/1990. DOLO ESPECÍFICO. PRESCINDIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. FRAÇÃO DE AUMENTO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, 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 469.137/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/12/2017, DJe 13/12/2017).

2. Na espécie, a instância ordinária, após detida análise do acervo fático e probatório amealhado aos autos, concluiu que o acusado agiu com dolo, de modo que a alteração do julgado, quanto ao ponto, encontra óbice na Súmula 7 desta Corte Superior.

(...)

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no AREsp 1650790/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em



04/08/2020, DJe 13/08/2020) destaquei.

E ainda,: "nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, 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 469.137/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 13/12/2017). No mesmo sentido, vejam-se, ainda, os seguintes precedentes: o AgRg no AREsp 1077468/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017; (AgRg no REsp 1477691/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 28/10/2016; AgRg no AREsp 536.829/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014.

Nesse passo, tenho que certa a assertiva constante na sentença recorrida, quando afirma, verbis: Restou demonstrado que a ré possuía o domínio do fato, sendo administradora da empresa, tinha o ônus de recolher imposto cobrado do cliente e repassar ao Fisco, cumprindo obrigação tributária.

Pelo contrato, tinha a obrigação de administrar a empresa contribuinte, conseqüentemente detinha a responsabilidade tributária de recolher todos os impostos gerados pela negociação ou atividade que seu empreendimento gerava.

Na hipótese de um contribuinte se abster de sua obrigação tributária estará ele, irremediavelmente, sujeito a uma sanção de natureza administrativa que só atingirá a esfera penal se houver relevância e seletividade, com conseqüente maior reprovação social. É o que ocorre, a exemplo, com a atitude de quem emprega uma fraude ou se omite dolosamente do recolhimento do imposto.

A empresa possuía na maioria de suas mercadorias a isenção fiscal, apenas uma pequena parte era tributado, que, ainda sim, deixou de cumprir com sua obrigação, mantendo escrituras incorretas e pagamento em dia do tributo. Não é crível que tenha agido sem intenção de sonegar o fisco ou alicerçada em esculpa de inexibibilidade de conduta diversa. O tipo do artigo 1º, 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 idôneos a este fim, que é burlar a Fazenda Pública e sonegar imposto, que ocorre quando o agente efetivamente emprega ou empregou, de forma livre e consciente, qualquer fraude que tenha por escopo a redução ou supressão do tributo e, uma vez obtido o resultado, responderá nos termos do art. 1º da Lei em comento.

Portanto, concluo que a materialidade e a autoria foram devidamente comprovadas, até porque a ré no seu depoimento não negou o fato,



apenas disse que não sabia explicar como isto aconteceu, pois tudo era emitido nota fiscal, bem como realizados os registros, sendo que os livros eram isentos. No final, admitiu que cometeu muitos erros na administração da empresa.

A ausência do elemento volitivo ou doloso não prosperou diante das provas carreadas aos autos, tanto que não apresentaram a contra prova da perícia, embora tenha pedido prazo para isso, além de que, na época, era assessorado por um escritório Contábil e, nem mesmo denunciou o contador por eventuais equívocos.

Logo, a conduta contida na denúncia fez subsumir o regramento contido nos incisos I, II do artigo 1º da Norma sob enfoque, mormente porque, houve, como apurado, dano à arrecadação com a supressão ou redução do crédito tributário. Em virtude disto, diante de conduta punível, típica e antijurídica, deverá ser responsabilizada criminalmente pelas sanções contidas no art. 1º da Lei nº 8.137/90.

Por todo exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA.**

II – DAS RAZÕES RECURSAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO:

Em apertada síntese, requer a acusação: a) que a dosimetria da pena seja reanalisada, e com isso negatizar os vetores da culpabilidade e das circunstâncias do crime; b) que seja corrigido, na terceira fase da dosimetria, o cálculo da causa de aumento de pena previsto no artigo 71 do CP; c) que seja reconhecida a majorante específica do art. 12, I, da Lei 8.137/1990, e aplicada no seu grau máximo de ½.

De início, pontuo que em que pese a defesa arguir em contrarrazões a intempestividade do recurso, não há que ser acolhido, vez que após a sentença, a defesa opôs embargos de declaração, o que levou a interrupção dos prazos recursais, sendo sua contagem reiniciada após o julgamento dos mesmos, que se deu em 25/04/2016 (data da publicação da sentença), logo, o recurso é TEMPESTIVO.

1. Da dosimetria da pena:

Requer a acusação, que as circunstâncias judiciais sejam reanalisadas e negativados os vetores da culpabilidade e das circunstâncias do crime. Sobre o ponto, destaco trecho da sentença na parte que interessa:

1) Culpabilidade - A reprovabilidade ou o desvalor da conduta se encontra adstrito ao que se reverbera ao tipo penal, razão pela qual deixo de aplicar uma maior reprovação ao réu;

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. No caso presente, não vislumbro elementos outros que não os já contidos no tipo penal.

Nesta esteira, quanto a valoração atinente a culpabilidade prevista no art. 59 do CP, imperioso ressaltar, como ensina Guilherme Nucci, que na ótica causalista, não mais se deve discutir dolo ou culpa, que compõe a



culpabilidade, considerada como elemento do crime. No máximo, passa-se à verificação da intensidade do dolo (direto ou eventual) e ao grau de culpa (leve ou grave). (NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 154).

Quanto a valoração das circunstâncias do crime, leciona o mesmo Guilherme de Souza Nucci, que são os elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito, em código penal comentado. 13ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 436, verso).

Portanto, não vislumbro reparos a serem feitos nesses dois pontos da sentença, conquanto a conduta em testilha tenha, precisamente, perpassado pelos contornos da moldura legal sem que, com isso, se possa falar em maior censurabilidade da conduta para além dos parâmetros tipificados na legislação penal, ou mesmo que tenha havido elementos acidentais que extrapolassem a estrutura do tipo, motivo porque, rejeito a pretensão recursal e mantenho como neutros os vetores da culpabilidade e das circunstâncias do delito.

Em segundo momento, o parquet hostiliza a terceira fase da dosimetria penal com dois argumentos distintos, senão vejamos:

Em um primeiro momento, requer que seja corrigido o erro material cometido pelo magistrado quando procedeu ao cálculo da pena - após o reconhecimento da continuidade delitiva - e reconheceu a fração de 2/3 (dois terços).

Tenho, que assiste razão ao Ministério Público. Vejamos os termos da sentença, na parte que interessa:

(...) Assim, após a análise das circunstâncias judiciais estabeleço como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime a PENA BASE, em 02 (dois) anos, bem como multa de 90 (noventa) 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 do réu.

Não ocorrem circunstâncias atenuantes e agravantes a considerar.

Na terceira fase, há que incidir, a causa de aumento de pena prevista no artigo 71 do Código Penal, haja vista que os fatos cometidos pela ré deu-se em continuidade delitiva por três exercícios sucessivos, em face da qual promovo o AUMENTO da pena provisória à razão de 2/3 (dois terços), correspondente a 8 (oito) meses; ficando a PENA INTERMEDIÁRIA no mínimo legal de 02 (dois) anos e 8 (oito) meses, bem como multa de 120 (cento) dias-multa. Não havendo ou concorrendo causa de diminuição de pena, fica a ré CONDENADA DEFINITIVAMENTE a pena em 02 (dois) anos e 8 (oito) meses, bem como multa de 120 (cento) dias-multa, mantendo-se o valor anteriormente fixado.

Percebe-se, de plano, que o magistrado errou quando efetuou o cálculo da pena, cabendo a mim, corrigi-lo, o que farei no momento oportuno.

Pretende ainda o parquet, na terceira fase da dosimetria penal, a incidência da causa especial de aumento de pena descrita no art. 12, I da Lei 8.137/90, que assim prescreve:



Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:

I - ocasionar grave dano à coletividade;

Sobre o ponto, a sentença assim declarou:

(...) No que diz respeito ao grave dano à coletividade como majorante prevista no art. 12, I da Lei nº 8.137/90, não é possível conjecturar quando não fica demonstrado concretamente no caso concreto. Com efeito, uma dívida original de R\$ 658.506, 55 (CDA fl. 766), não pode ser considerada "a priori" como geradora de "grave dano à coletividade", sem que, a despeito se demonstre concretamente o que o Estado poderia ou deixou de adquirir com esse valor em termos de bens e serviços. Não é razoável se supor que essa supressão gerou ou gere transtorno de tal monta capaz de ser identificado como "grave dano".

Contudo, a incidência da referida causa especial de aumento de pena decorre de uma consideração objetiva, firmada através de reiterada orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, destaco:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 12, I, DA LEI 8.137/90. TRIBUTO FEDERAL. VALOR SONEGADO. INCLUSÃO DE JUROS E MULTA. GRAVE DANO À COLETIVIDADE. CAUSA DE AUMENTO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O dano tributário é valorado considerando seu valor atual e integral, incluindo os acréscimos legais de juros e multa.

2. A majorante do grave dano à coletividade, prevista pelo art. 12, I, da Lei 8.137/90, restringe-se a situações de especialmente relevante dano, valendo, analogamente, adotar-se para tributos federais o critério já administrativamente aceito na definição de créditos prioritários, fixado em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), do art. 14, caput, da Portaria 320/PGFN.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1849662/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 13/10/2020)

Assim, considerando montante devido pela ré, que circunscreve a quantia aproximada de R\$ R\$ 658.506, 55 (seiscentos e cinquenta e oito mil, quinhentos e seis reais e cinquenta e cinco centavos), entendo como inviável o seu reconhecimento.

Diante de tal quadro fático processual, passo a considerar a dosimetria penal após as reformas necessárias:

Na primeira fase, mantenho a pena base fixada pelo juízo de origem, qual seja: 02 (dois) anos, bem como multa de 90 (noventa) dias-multa.

Na segunda fase, mantenho, mais uma vez, os termos da sentença.

Na terceira fase, aumento a pena em 2/3 (dois) terços pelo reconhecimento da continuidade delitiva, ficando a pena intermediária no valor de restando fixada em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 150 (cento e cinquenta) dias-multa.

Não havendo ou concorrendo causa de diminuição de pena, fica a ré **CONDENADA DEFINITIVAMENTE** a pena em 03 (três) anos e 04



(quatro) meses de reclusão e 150 (cento e cinquenta) dias-multa.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade da sentenciada será o aberto (artigo 33, § 2, c do Código Penal).

Nos termos do artigo 44, I a III e §2º do Código Penal, SUBSTITUO a pena privativa de liberdade ora imposta, por restritivas de direitos e uma de multa, a ser fixada pelo Juízo da Vara de Execução Penal da Capital.

Diante de todos o exposto, conheço dos recursos e JULGO IMPROCEDENTE O RECURSO DA DEFESA, e ainda PARCIALMENTE PROCEDENTE O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO UNICAMENTE PARA CORRIGIR ERRO MATERIAL NA SOMATÓRIA DA PENA.

É o meu voto.

Belém, 24 de maio de 2021.

Des. RONALDO MARQUES VALLE
Relator