



ACÓRDÃO N.º
PROCESSO Nº 0013187-32.2008.8.14.0401
ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CRIMINAL ISOLADA
RECURSO: APELAÇÃO PENAL
COMARCA: BELÉM/PA
APELANTE: JOSÉ XERFAN NETO (ADV.EDUARDO IMBIRIBA DE CASTRO)
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA
PROC. DE JUSTIÇA: DRA. CÉLIA FILOCREÃO
RELATORA: DESA. VÂNIA LÚCIA SILVEIRA

APELAÇÃO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I E II DA LEI N.º 8.137/90 C/C ART. 71, CAPUT, DO CP, SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE TÍPICIDADE E DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. REJEITADAS. ALEGAÇÃO INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. IMPROCEDENTE. PEDIDO DE REVISÃO DE DOSIMETRIA. PARCIALMENTE PROCEDENTE. PENA DIMINUÍDA E SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Para a configuração do crime contra a ordem tributária narrado na denúncia, não é necessária a presença do dolo específico, bastando a figura do dolo genérico, que se deu quando o acusado deixou de registrar entradas de crédito e saídas de mercadorias, bem como quando deixou de apresentar DIEFs. Precedentes;
2. Não há que se falar em insuficiência de provas quando a conduta criminosa está devidamente comprovada nos autos, seja pela documentação juntada ou pelos depoimentos prestados em juízo. Princípio do livre convencimento motivado;
3. A alegação de inexigibilidade de conduta diversa deve ser devidamente comprovada nos autos, ademais, a jurisprudência já pacificou o entendimento de que a alegação de dificuldade financeira não pode se caracterizar como a excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa. Precedentes;
4. Se o magistrado sentenciante considerou elementos intrínsecos ao tipo penal para desvalorar uma circunstância judicial, deve ser feita a devida retificação por este Tribunal, já que a pluralidade dos verbos, apontada pelo magistrado, na verdade compõe apenas um delito contra a ordem tributária. Precedentes.
5. Estando devidamente comprovada a existência de concurso de crimes, na modalidade crime continuado, não há que se falar em exclusão da causa de aumento de pena prevista no art. 71 do CP;
6. Pena base diminuída para o mínimo legal em abstrato, aplicando-se a majorante do crime continuado, ficando a pena final em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, com o pagamento de 100 (cem) dias-multa, e, por estarem preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, substituir a pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.
7. Recurso conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto da Desa. Relatora.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os



Excelentíssimos Desembargadores componentes da 1ª Câmara Criminal Isolada, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Sala de Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos quatorze dias do mês de março de 2017.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Maria Edwiges de Miranda Lobato.

Belém/PA, 14 de março de 2017.

Desembargadora VÂNIA LÚCIA SILVEIRA
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Penal interposta pelo réu JOSÉ XERFAN NETO, objetivando reformar a decisão da 13ª Vara Criminal de Belém/PA que o condenou à pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e multa de 200 (duzentos) dias-multa pela prática dos crimes tipificados no artigo 1º, I e II da Lei 8.137/90 c/c art. 71, caput do Código Penal. Narra a denúncia que, segundo auto de infração e notificação fiscal de nº 028723 (fls. 07/112), lavrado em 20/10/1999, foi demonstrado que a Sociedade Empresária Polytextil Ltda, com inscrição estadual nº 15.171.879-2, no ano de 1998, perpetrou as seguintes infrações:

Ocorrência I – o contribuinte omitiu saídas de mercadorias no valor histórico de R\$ 44.551,61 (quarenta e quatro mil, quinhentos e cinquenta e um reais e sessenta centavos), conforme quadro e detalhamento anexo, tendo com isso deixado de recolher ICMS no valor histórico de R\$ 8.193,50 (oito mil, cento e noventa e três reais e cinquenta centavos);

Ocorrência II – deixou de entregar no prazo legal, guia de informações – Econômica Fiscal – GIEF, mensal, referente aos meses de janeiro à dezembro de 1998.

Em razões recursais, alega o apelante que o fato descrito na denúncia é atípico, não devendo haver qualquer punição.

Em não sendo acatada a tese de atipicidade, pugnou pela absolvição por insuficiência de provas.

Ultrapassada essa alegação, requereu a exculpante de inexigibilidade de conduta adversa.

Subsidiariamente, requereu a revisão da dosimetria, a fim de que a circunstância judicial referente às circunstâncias do crime, seja reanalisada para que a pena-base seja fixada no mínimo legal e, que seja afastada a figura do crime continuado.

Em contrarrazões, o Ministério Público se manifesta pelo improvimento do apelo.

Nesta Superior Instância, a douta Procuradora de Justiça Célia Filocreão manifesta-se pelo conhecimento e improvimento do recurso.



É O RELATÓRIO

À DOUTA REVISÃO

VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

1. AUSÊNCIA DE ILICITUDE.

Segundo o recorrente, não houve o dolo específico de suprimir ou reduzir tributo neste caso, o que enseja a atipicidade da conduta narrada na denúncia.

Contudo, não merece guarida a alegação, já que a conduta do denunciado se deu em deixar de registrar as entradas de créditos e saídas de mercadorias em seus livros fiscais, o que impediu de se calcular o valor do imposto incidente na operação. E mais, deixou de apresentar DIEFs – Documento de Informação Econômico Fiscal junto à SEFA por meses, deixando ainda de emitir notas fiscais com relação à saída de mercadorias.

Com efeito, não há de fato que se falar em atipicidade da conduta neste caso, pois a jurisprudência já pacificou o entendimento de que a sanção por essas condutas, prescindem do dolo específico, exigindo apenas a presença do dolo genérico, in verbis:

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º DA LEI N. 8.137/1990. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DE UTILIDADE. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ACÓRDÃO FUNDADO NOS ELEMENTOS DE PROVAS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ALTO VALOR SONEGADO QUE JUSTIFICA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PRECEDENTES.

1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada.
2. Deixou o recorrente de infirmar o fundamento do acórdão de que não ficou demonstrada a utilidade da diligência, diante do entendimento da Corte Regional no tocante à necessidade somente de haver dolo genérico para se configurar o tipo penal previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990.
3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que os delitos tipificados no art. 1º da Lei n. 8.137/90 são materiais, dependendo, para a sua consumação, da efetiva ocorrência do resultado, não necessitando, porém, para sua caracterização, da presença do dolo específico.
4. A inversão do que ficou decidido, como pretendido pelo recorrente, demandaria o reexame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência que contraria a Súmula 7/STJ.
5. É da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que as referências à obtenção de lucro e à existência de prejuízo, para o acréscimo da sanção, são igualmente indevidas, pois tais questões são inerentes ao próprio tipo penal. No entanto, o montante do lucro obtido, tido por elevado, é fundamento concreto que justifica o aumento da pena-base.
6. Agravo regimental improvido. (STJ, 6ª Turma, AgRg no AGRAVO EM RECURSO



ESPECIAL Nº 253.828 – SP, Relator Ministro: Sebastião Reis Junior)

Assim, descabe falar-se em falta de tipicidade in casu, já que o dolo específico não é requisito para a configuração do crime, pelo que rejeito essa alegação.

2. DA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS.

Nada há a se discutir acerca da autoria e da materialidade do delito narrado na denúncia que se encontra perfeitamente demonstrada nos autos.

Há o auto de infração com a documentação de fls. 42/144 denotando a materialidade do crime, além do que, os testemunhos prestados se mostram escorregiosos para demonstrar a autoria do delito contra a ordem tributária narrado na denúncia.

O Auditor Fiscal HENRY MUFARREJ HAGE, ouvido às fls. 286/287 esclareceu acerca da existência das infrações penais, dizendo que havia discrepância entre os valores que o contribuinte havia registrado em seus livros e o que efetivamente havia pago de ICMS, pois o contribuinte vendeu mais mercadorias do que declarou, fato que fez com que pagasse tributo a menor, tendo tal fato ocorrido nos meses de janeiro a dezembro de 1998.

O próprio acusado, JOSÉ XERFAN NETO, quando ouvido em juízo, afirmou que seria sim possível a ocorrência do delito, sem que houvesse qualquer intenção de fraude, já que ele, inclusive, efetuou o parcelamento para cumprir a obrigação por falta de condições financeiras, sendo certo afirmar que ele assumiu toda a responsabilidade pelo ocorrido, pois disse que era o único responsável pela empresa, mas que passou por problemas pessoais, o que não lhe permitiu dar a devida atenção ao problema na empresa.

Disse também que sabia da lavratura do auto de infração pelo recolhimento a menor, afirmando que isso foi uma falha.

Destarte, entendo que a sentença recorrida observou o princípio do livre convencimento motivado, tendo sido pautada por provas escorregiosas para caracterizar o delito previsto no art. 1º, I e II da Lei n.º 8.137/90, não havendo que se falar em equívoco no decisum, sendo certo que agiu bem o magistrado quando fundamentou assim a sentença:

No presente caso, se constata que as saídas de mercadorias foram registradas em livros, no entanto, foram expedidas guias e recolhidos impostos a menor, assim como não foi cumprido a obrigação de apresentar as GIEFs referente a janeiro a dezembro de 1998.

Ademais, toda vez que a obrigação tributária acessória não ocorre, se estará afrontando à Lei e sonogando imposto por ocasião da não emissão de notas fiscais durante a venda realizada pelo contribuinte e o não registro da saída e apuração do ICMS.

São condutas que denotam apropriação indébita com o fim específico em obter vantagem em detrimento do Fisco, de acordo com os tipos supracitados.

O prejuízo ao erário resultou efetivado pela conduta do réu no valor descrito no AINF às fl. 37, posto que deixou de arrecadar o tributo que lhe era devido decorrente da supressão de registro de saída de mercadorias.

Ademais, a infração penal foi praticada ao longo do tempo, nas mesmas condições de tempo e lugar, caracterizando uma continuidade delitiva e o



dolo renovado de querer sonegar imposto, na medida em que houve a omissão de registros de saídas de mercadorias em livros fiscais, e de apuração de ICMS durante as vendas praticadas na Empresa de dezembro de 1998 a março de 1999, consoante documentos de fl. 09 e verso e 37.

A responsabilidade de recolher o imposto pertence ao representante legal da Empresa Contribuinte, posto que são coobrigados, segundo contrato social, assumindo todo o risco e obrigações de seu empreendimento ao gerir e auferir lucro.

Logo concluo que a autoria também foi conclusiva, visto que o réu era o sócio majoritário, fundador e o principal beneficiário do não recolhimento do ICMS, consoante o que prevê o artigo 121 do Código Tributário Nacional..

Como se vê, não há que se falar em insuficiência de provas para a condenação, devendo o recurso ser improvido também neste ponto.

3. DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.

Neste ponto, o recorrente aduz que, quanto a ter deixado de recolher o ICMS, não lhe restou outra alternativa, pois sua empresa se encontrava em dificuldades financeiras, fato que excluiria a culpabilidade do delito.

Contudo, a jurisprudência já pacificou o entendimento que as dificuldades financeiras não elidem a existência do crime, conforme se observa no julgado colacionado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DE TRIBUTO OU CONTRIBUIÇÃO SOCIAL, MEDIANTE OMISSÃO OU PRESTAÇÃO DE DECLARAÇÕES FALSAS ÀS AUTORIDADES FAZENDÁRIAS - ARTIGO 10, INCISO I, DA LEI /90 - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS - INEXISTÊNCIA DE PROVA DE DIFICULDADES FINANCEIRAS - COMPROVADO O DOLO EM LESAR O FISCO. - A omissão de operações comerciais em livro exigido pela lei fiscal a fim de elidir o pagamento de tributos e contribuições sociais constitui crime contra a ordem tributária, previsto no artigo , inciso , da Lei /90. - Dificuldades financeiras não excluem a culpabilidade nos crimes de sonegação fiscal, mesmo que comprovadas. A falta de pagamento de tributo não constitui crime. O que o Direito Penal pune não é o inadimplemento, mas, sim, o meio fraudulento utilizado para reduzir ou suprimir tributo. - Apelação a que se nega provimento. (TRF2, Primeira Turma Especializada, ACR 5710 RJ 2002.50.01.000665-9, Relatora: Desa. Federal MARIA HELENA CISNE)

Assim, é de todo improcedente a alegação. Mesmo porque, tratou-se de mera alegação fática, sem qualquer substrato probante, devendo ser rejeitada mais essa alegação.

4. DO PEDIDO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA. REANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E DA EXCLUSÃO DO CRIME CONTINUADO.

No que concerne ao cálculo da pena, o qual foi impugnado pelo recorrente, passo à sua análise.

A parte dispositiva da sentença impugnada, com relação à pena fixada, tem



o seguinte teor:

- 1) culpabilidade – O desvalor da conduta se encontra adstrito ao que se reverbera ao tipo penal, considerando, principalmente, que o réu tentou, embora sem sucesso, em minorar o dano com o pagamento do tributo sonegado, por estas razões deixo de aplicar uma maior reprovação ao réu;
- 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 foram coletados a respeito de sua conduta social, razão pela qual deixo de valorá-la;
- 4) personalidade - não existem nos autos elementos à aferição da personalidade do agente, razão pela qual também deixo de aplicá-las;
- 5) motivo do crime - o tipo já o pune com mais severidade, assim, evitando a dupla punição, elaboro como elemento neutro;
- 6) consequências - as consequências do crime são devidamente abalizadas e punidas pelo tipo sancionatório a ser aplicado.
- 7) circunstâncias – Com relação ao modo como ocorreu o crime, pode se dizer que é relevante, sendo o crime em testilha de múltipla ação ou de conteúdo variado (vários núcleos verbais), o réu praticou por atos comissivos, além de omissões em mais de um verbo da conduta criminosa contra a ordem tributária, não entregando as GIEFS e declarando e recolhendo valor a menor do que a venda realizada;
- 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 02 (dois) anos e 6 (seis) meses, bem como multa de 120 (cento e vinte) 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 ou agravantes a considerar.

Na terceira fase, há que incidir, a causa de aumento de pena prevista no artigo 71 do Código Penal, haja visto que os fatos cometidos pelo acusado deram-se em continuidade delitiva, tendo sido perpetrado, mês a mês, ou seja praticado ao longo de 12 meses consecutivos, em mesmas circunstâncias de tempo (anos consecutivos), de lugar (na mesma comarca ou em comarcas contíguas), de maneira de execução (mesmo modus operandi) e outras semelhantes fazem presumir (ficção legal) os crimes subsequentes como mera continuidade do primeiro, ou seja, os 12 delitos devem ser tratados como um só, aplicando-se a majorante respectiva.

Comungando do entendimento do Ministério Público, a causa de aumento de pena cominada no caput do art. 71 do Códex Penal (1/6 a 2/3) deverá ser aplicada em seu grau máximo (2/3), uma vez que, consoante a jurisprudência pátria, essa inflicção é orientada sempre que o agente houver cometido sete ou mais infrações penais em continuidade delitiva, in casu, o réu cometeu 12 crimes, um por mês, durante os meses de janeiro a dezembro de 1998.

Em face do entendimento, promovo o AUMENTO da pena provisória à razão de 2/3 (dois terços), correspondente a 1 (ano) e 8 (oito) meses; ficando a PENA INTERMEDIÁRIA em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e multa de 200 dias-multa.

Não havendo ou concorrendo causa de diminuição de pena, fica o réu **CONDENADO DEFINITIVAMENTE** a pena em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e multa de 200 dias-multa, mantendo-se o valor anteriormente



fixado.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade do sentenciado será o semi - aberto (artigo 33, § 2, b do Código Penal).

Pelo que se vê, tem razão apenas em parte o recorrente neste ponto.

Observo que a grande maioria das circunstâncias foram valoradas de forma favorável ao acusado, utilizando-se, o juízo a quo, de fundamentações escorregadas e de acordo com o que determina a primeira fase da dosimetria da pena.

No entanto, no ponto que se refere às circunstâncias do delito, entendo que não há que se desvalorá-la, já que, deve-se considerar o modo, o tempo e o lugar da infração, sendo certo que apesar do delito ser de múltipla ação, o fim é único e as condutas consideradas pelo juízo a quo, são na verdade complementares, fazendo parte de um único tipo penal, previsto no caput do art. 1º da Lei n.º 8.137/90, que é suprimir ou reduzir o tributo, conforme leciona o Magistrado Federal José Paulo Baltazar, em sua obra, Crimes Federais, 6ª edição, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006:

O tipo objetivo do crime de sonegação de tributos em geral contém dois verbos: suprimir ou reduzir tributo, contribuição social ou qualquer acessório. Essa é a primeira parte do crime, sendo complementada, como já referido, por uma das condutas fraudulentas previstas nos incisos. O crime de sonegação de tributos, em geral é composto pela soma da supressão ou redução de tributo com a presença da fraude prevista em, pelo menos, um dos incisos.

(...)

Bem por isso, na denúncia por crime contra a ordem tributária, a acusação está obrigada a indicar o tributo reduzido ou suprimido, e seu valor além do meio fraudulento utilizado, tudo a se constituir em requisito essencial da peça (...).

Ademais, não se descarta o fato de que ambos os núcleos dos verbos considerados pelo magistrado sentenciante compõem o tipo penal, sendo certo afirmar que, se já há reprovação pela norma penal, não há que se desvalorar novamente.

Sobre as circunstâncias do crime, vale ainda colacionar a sempre e clássica lição de Adalberto Dias Tristão, in Sentença Criminal, prática de aplicação de pena e medida de segurança, 7ª edição, Del Rey, Belo Horizonte 2008:

São aquelas circunstâncias acessórias que não compõem o crime, mas influem sobre sua gravidade, como o estado de ânimo do réu, as condições de tempo, lugar, maneira de agir e ocasião. Referem-se, ainda, às atitudes, durante e após o crime.

Desta forma, merece provimento o apelo neste ponto, a fim de que a circunstância referente às circunstâncias do crime seja considerada favorável ao réu.

No entanto, quanto ao pleito de exclusão da continuidade delitiva, resta claro que o apelante realmente praticou mais de uma ação ou omissão, praticando uma pluralidade de crimes da mesma espécie e, que, pelas



condições de modo, tempo e lugar, devem ser consideradas como continuação do primeiro, não havendo, assim, que se falar em exclusão da majorante.

Assim, considerada a circunstância por mim valorada, juntamente com aquelas analisadas pelo juízo de piso, e, restando todas favoráveis ao réu, deve a pena base ser fixada no mínimo legal em abstrato, ou seja, em 02 (dois) anos de reclusão, com o pagamento de 100 (cem) dias-multa, cada um equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Inexistem circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Mantendo ainda o patamar de aumento levado a cabo pelo juízo a quo, majoro em 2/3 a pena, passando ao quantum de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, com o pagamento de 100 (cem) dias-multa, cada um equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, tornando definitiva esta sanção.

O regime inicial de cumprimento de pena deve ser o aberto, nos termos do que dispõe o art. 33, § 2º, c do Código Penal.

No que concerne à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, analisando as circunstâncias judiciais consideradas nestes autos, entendo como suficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos neste caso.

Destarte, considerando o que dispõe o artigo 12, combinado com os artigos 43, 44, e 45 do Código Penal, e considerando que o réu preenche os requisitos legais, uma vez que o quantum da pena privativa de liberdade cominada e suas condições pessoais assim o permitem, não tendo ele agido com violência ou grave ameaça; é primário; além do que sua culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivo e circunstâncias, indicam que tal substituição seja recomendável, converto a pena privativa de liberdade, por duas penas restritivas de direitos, as quais deverão ser fixadas pelo juízo de direito em que as sanções forem executadas (execuções penais ou vara de penas e medidas alternativas).

Transitada em julgado esta decisão, procedam-se às anotações de praxe.

Ante o exposto, CONHEÇO do recurso e DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, reconhecendo as circunstâncias do crime como favorável ao acusado JOSÉ XERFAN NETO, fixando a pena base no mínimo legal em abstrato, bem como, modificando o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, e, ainda, com fundamento do art. 44 do CP, substituir a pena privativa de liberdade, por duas restritivas de direito, a serem fixadas pela Vara em que as medidas serão cumpridas, tudo nos termos da fundamentação.

É O VOTO.

Belém/PA, 14 de março de 2017.

Desa. VÂNIA LÚCIA SILVEIRA
Relatora



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Pará
BELÉM
SECRETARIA DA 1ª TURMA DE DIREITO PENAL
ACÓRDÃO - DOC: 20170107534987 Nº 171920



00131873220088140401



20170107534987

Fórum de: **BELÉM**

Email:

Endereço: **Av. Almirante Barroso, 3089**

CEP: **66.613-710**

Bairro:

Fone: **(91)3205-3305**