



ACÓRDÃO N.º  
PROCESSO N.º 0006680-72.2008.8.14.0401  
3ª TURMA DE DIREITO PENAL  
COMARCA DE BELÉM  
APELAÇÃO PENAL  
APELANTE: ANTÔNIO FRANCISCO BATISTA PICANÇO  
ADVOGADO: DR. ANDRÉ MARTINS PEREIRA- DEFENSOR PÚBLICO  
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA  
PROCURADOR DE JUSTIÇA: DRA. DULCELINDA LOBATO PANTOJA  
RELATOR: DES. RAIMUNDO HOLANDA REIS  
REVISORA: DESA. MARIA DE NAZARÉ SILVA GOUVEIA DOS SANTOS

EMENTA: APELAÇÃO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, II, DA LEI 8.137/90. PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL POR CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEITADA. MÉRITO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. IMPROVIMENTO

1. Em face da existência de matéria prejudicial de mérito na defesa preliminar, bem como a ausência da prova do efetivo prejuízo na abertura de vistas dos autos à acusação após a defesa prévia, não se acolhe preliminar de nulidade.
2. Devidamente provada a conduta omissiva dolosa do réu, único sócio administrador da empresa autuada, não há como absolvê-lo do crime contra a ordem tributária previsto no art. 1º, II, da Lei n.º 8.137/90.
3. A pena arbitrada ao réu obedeceu aos parâmetros legalmente instituídos pelos arts. 59 e 71 do CP, devendo ser mantida a reprimenda.
4. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Penal, da Comarca de Belém, acordam os Excelentíssimos Desembargadores componentes da 3ª Turma de Direito Penal do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, em CONHECER E NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto, nos termos do voto do Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator.

Trata-se de Apelação Penal interposta por ANTONIO FRANCISCO BATISTA PICANÇO contra a sentença prolatada pelo MM. Juízo de Direito da Vara de Crimes Contra o Consumidor e a Ordem Tributária que o condenou à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 120 (cento e vinte) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, pela prática do crime do Art. 1º, II da lei 8.137/90.

Narra a exordial, em resumo, que o acusado é proprietário da firma individual ANTONIO FRANCISCO BATISTA PICANÇO - ME, e teria omitido a saída de mercadorias de seu estabelecimento, e conseqüentemente deixado de recolher o ICMS correspondente nos exercícios de 2001 a 2003, conforme AINF de 10.09.2003, e mesmo após a fase recursal administrativa, em que foi parcialmente provido seu recurso, deixou de adimplir o crédito tributário, assim como em razão de fraude, deixou de recolher o ICMS, com o intuito de lesar o erário. Por tal conduta foi incurso no art. 1º, II, da Lei n.º 8.137/1990 c/c art. 71 do CP.



O feito tramitou regularmente e às fls. 262/267, sobreveio sentença condenatória, contra a qual o réu recorreu às fls. 274/297, protestando pela nulidade do feito, por cerceamento de defesa, e no mérito, sua absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer o redimensionamento da pena.

Constam contrarrazões às fls. 298/342.

Às fls. 248/357, a D. Procuradoria de Justiça apresentou parecer pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

Feito revisado, nos termos regimentais.

É o relatório.

#### VOTO

O objeto recursal divide-se em dois argumentos básicos: preliminar de nulidade processual e absolvição por insuficiência de provas.

##### a) Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa:

A defesa do Apelante arguiu, em sede preliminar, a nulidade do processo, pois o magistrado, após a apresentação da defesa preliminar, teria aberto vistas dos autos ao Ministério Público, o que viola o devido processo legal, já que não há previsão legal para tanto e coloca a defesa em desvantagem processual.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que, para o reconhecimento de qualquer nulidade há que se provar o efetivo prejuízo à defesa em relação ao fato do Ministério Público ter sido intimado a se manifestar a respeito da defesa preliminar.

Em segundo lugar, como a defesa preliminar levantou teve prejudicial de mérito com matéria de ordem pública, seria prudente ao magistrado realmente abrir vistas dos autos à acusação para manifestação.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em caso análogo, decidindo inexistir nulidade na abertura de vistas dos autos ao Ministério Público após a defesa prévia. Nesse sentido: Não se vislumbra nulidade do feito decorrente da abertura de vista ao Ministério Público após a defesa prévia, na medida em que, ex vi da orientação jurisprudencial deste Sodalício, "a manifestação acusatória após a defesa inicial, embora não prevista em lei, vem justamente a atender ao princípio do contraditório, como oportunidade de ambas as partes se manifestarem sobre teses e fatos do processo, sob pena de vir o magistrado a diretamente acolher preliminares arguidas na defesa preliminar sem jamais a respeito ter-se manifestado a parte contrária." (RHC 66376/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 19/05/2016). (STJ - RHC 86893/SP, Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, DJ 18/10/2018).

Em sendo assim, não há qualquer nulidade na simples abertura de vistas dos autos, sem demonstração de efetivo prejuízo.

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

##### b) Mérito:

Alega a defesa a inexistência de provas do crime tributário, afirmando que o Réu por ser sócio da empresa demandada pela Fisco não pode responder penalmente pelos atos praticados na empresa se não for demonstrada sua ação pessoal.



Ocorre que a empresa demandada pelo Fisco é individual, portanto, só possui o Réu como proprietário e sócio-administrador, restando somente a ele a responsabilidade criminal sobre atos ilícitos cometidos. Nesse sentido: Não há se falar em responsabilidade penal objetiva, tendo em vista que, ao que se tem da denúncia, o recorrente, na condição de sócio-administrador, detinha o poder de determinar, de decidir e de fazer com que seus empregados e contratados executem o ato, sendo que a efetiva autoria e o modo de execução da prática delitativa serão devidamente apreciados durante a instrução processual. (STJ - AgRg no RHC 75117/PE, Ministro NEFI CORDEIRO, DJ 04/09/2018).

Outro ponto levantado pela defesa é o fato de que a acusação não teria provada a conduta ilícita do Réu, posto que o Auto de Infração não é suficiente para provar a materialidade delitativa, a qual deveria ter sido comprovada por outros meios documentais.

Ocorre que o Auto de Infração que redundou na formação do crédito tributário não pago pelo Réu é sim suficiente para provar a materialidade delitativa, já que o acusado sofreu processo administrativo sendo-lhe dada ampla defesa e ele não apresentou qualquer prova de que não havia realmente omitido a saída de mercadorias de seu estabelecimento, não efetivando os lançamentos necessários nos livros de registro dolosamente. Nesse sentido: A materialidade delitativa foi afirmada pela instância ordinária com fundamento na constituição definitiva do crédito tributário. No ponto, portanto, o acórdão recorrido atende à orientação jurisprudencial consolidada pela Súmula Vinculante 24/STF, no sentido de que a aferição dos crimes materiais contra a ordem tributária depende do completo exaurimento do processo administrativo destinado ao lançamento definitivo do tributo. (STJ - AgRg no AREsp 469137/RS, Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJ 05/12/2017).

In casu, o Réu praticou ato omissivo doloso ao deixar de registrar a saída de mercadorias de sua empresa individual e em razão disso gerar o recolhimento de ICMS em valor menor do que o efetivamente devido, caso não tivesse praticado a conduta ilícita.

O Réu foi devidamente citado e não apresentou qualquer contraprova em relação à acusação, a qual revestiu a denúncia de comprovação documental constituída no AINF n.º 01351004032-4, o qual passou por todas as instâncias administrativas até que fosse constituído o crédito tributário no valor de R\$-50.356,47, após julgamento pelo Tribunal Administrativo de Recursos Tributários.

O Réu não negou em nenhum momento a conduta omissiva em si, apenas alegou irresponsabilidade sobre as omissões apontadas, o que já foi rechaçado diante da sua total responsabilidade por ser único administrador da empresa, razão pela qual não pode se esquivar da responsabilidade criminal.

No que tange à dosimetria da pena, nada justifica o pedido de redimensionamento exarado na petição recursal, pois o magistrado foi claro e autoexplicativo em sua sentença, apontando todos os motivos que redundaram no arbitramento da pena-base quase no mínimo legal de 2 anos e 6 meses de reclusão, em face da existência de circunstâncias negativas que assim o autorizaram, sendo que o crime do art. 1º da Lei n.º



8.137/90 tem pena que varia entre 2 e 5 anos e multa.

A pena final restou em 3 anos e 4 meses de reclusão em razão da continuidade delitiva, já que o ato criminoso foi praticado em 2 exercícios consecutivos, cujo aumento foi feito no grau médio de 1/3.

Em sendo assim, razão não há para efetivar-se qualquer retificação na sentença combatida.

Pelo exposto, conheço do recurso de apelação interposto e NEGO-LHE PROVIMENTO, para manter a sentença a quo por seus próprios fundamentos.

Este julgamento foi presidido pela Exma. Sr. Desa. MARIA DE NAZARÉ SILVA GOUVEIA DOS SANTOS.

Belém/PA, 9 de maio de 2019.

Desembargador RAIMUNDO HOLANDA REIS  
Relator