



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2019.0000190435

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº 0002407-62.2001.8.26.0060, da Comarca de Aurifloma, em que são apelantes/apelados [REDACTED], e [REDACTED], e é apelado/apelante o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM dos apelos defensivos, negaram provimento ao apelo do M.P. e absolveram ex officio os acusados nos termos do voto do E. Relator. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente) e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 14 de março de 2019.

JUVENAL DUARTE

relator

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL: 0002407-62.2001.8.26.0060

COMARCA: AURIFLAMA

APELANTES/APELADOS: MINISTÉRIO PÚBLICO

VOTO: 31.327

Apelação criminal - Crimes contra a ordem tributária, em continuidade delitiva - Sonegação fiscal (fraude à fiscalização tributária) - Inconformismo das partes - Recursos defensivos, não conhecidos, porque extemporâneos - Reclamo do MP visando a alteração da dosimetria que devolve ao Tribunal *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada e daquela que deve ser conhecida de ofício - Absolvição, imperativa, *in casu*, diante da ausência de justa causa para a ação penal - Materialidade não comprovada - Auto de infração e notícia a respeito de decisão final na esfera



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5ª Câmara de Direito Criminal

Regularmente processados os recursos, opina a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento dos reclamos defensivos e pelo acolhimento do apelo da acusação.

É, em síntese, o relatório.

De início, cumpre consignar que os recursos defensivos, de fato, não devem ser conhecidos porque, consoante bem ressaltou o i. Promotor de Justiça em suas contrarrazões (fls. 1.354), são extemporâneos.

É que, efetivamente, foram interpostos após o transcurso do lapso de tempo (cinco dias) previsto no artigo 593, *caput*, do Código de Processo Penal, conforme se depreende de fls. 1313 e 1328.

De outro vértice, no entanto, não há como desconsiderar que a apelação tirada pelo Ministério Público contra a sentença penal condenatória devolve ao Tribunal *ad quem* não somente o conhecimento da matéria impugnada (na espécie, a dosimetria), mas também da que pode ser conhecida de ofício, tais como as condições de admissibilidade da ação penal, a materialidade, a autoria e a culpabilidade.

Nesse passo, emerge imperativa, *in casu*, a *reformatio in melius* (RT 568/272, 561/359, 556/348, 528/326, 526/394, 514/357, 490/327, Resp. 247.821, 299.405, 660.694, 708.415, 728.004, 753.396, RT 870/661) porque a materialidade dos crimes em estudo, ao reverso do que se reconheceu na *decisum*,

3

não ficou demonstrada, como se verá a seguir.

Pois bem, os acusados foram condenados porque, nas condições de tempo e lugar descritas na denúncia, agindo em concurso e com identidade de desígnios, de forma continuada, fraudaram a fiscalização tributária, pois omitiram perante a Fazenda Estadual informações concernentes a (...) *operações de recebimento e abatimento de gado (sic)*, sonegando o recolhimento de ICMS no valor total de R\$ 159.777,04.

Reza a inicial acusatória, *verbis*:

(...)

Em 09 de setembro de 1996, por ocasião de fiscalização procedida pelo Fisco Estadual, foi constatado que, no período de 01 de janeiro de 1996 a 31 de agosto de 1996, EMERSON MARTINS DA SILVA, no exercício da administração da sua empresa FRIGORÍFICO AURIFLAMA LTDA., com inscrição, CNPJ nº



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5ª Câmara de Direito Criminal

68.059.195.0001-89 e Inscrição Estadual nº 191.008.710.117, agindo em concurso e com identidade de propósitos com [REDACTED] e [REDACTED] (pessoas responsáveis pela compra de gado em nome da empresa), fraudaram a Fazenda Estadual, omitindo operações de recebimento e abatimento de gado, dando margem ao Auto de Infração nº 22035469-1, suprimindo tributo no valor de R\$ 159.777,04 (cento e cinquenta e nove mil, setecentos e setenta e sete reais e quatro centavos valor atualizado até 06 de dezembro de 2004).

Dita conduta incidiu sobre o recebimento e abate de gado pelo citado frigorífico, quando os acusados [REDACTED] e [REDACTED] (esta mulher de EMERSON certidão de casamento a fl. 364), através de cheques de suas contas correntes (conta nº 21.089.-5, do Banco Itaú e conta nº 21.784-1, do Banco Itaú), adquiriam gado diretamente do produtor rural para abate e comercialização pelo FRIGORÍFICO AURIFLAMA, ausente qualquer documentação fiscal comprovando a negociação, com o fim de sonegar imposto.

Consta da peça informativa que os denunciados promoviam este tipo de conduta para mascarar o verdadeiro adquirente do gado, qual seja, o citado FRIGORÍFICO, sendo que os fiscais lograram êxito em desvendar o crime, mormente porque no escritório da empresa foram localizadas agendas e anotações paralelas de compra e abate de gado pela respectiva empresa (fls. 10/12).

No caso retratado nos autos, como inúmeras anotações não guardavam qualquer correspondência com documentos fiscais a serem elaborados pela empresa, mormente porque a compra das reses partiu dos acusados [REDACTED] e [REDACTED], tais anotações deram azo à quebra do sigilo bancário das referidas contas onde se apurou pagamentos dos registros nos cadernos de controle de conta bancária apreendida e que a negociação tinha como beneficiária a citada empresa.

Tal omissão resultou na supressão de tributo

4

estadual (ICMS) no montante acima referido, à medida em que a Fazenda não havia tomado conhecimento das compras e abates realizados através das referidas anotações, só o fazendo quando foi procedida a fiscalização corroborada pela quebra do sigilo bancário e denotando que tais compras não vieram precedidas de notas fiscais.

E com o fim de sonegar impostos, os acusados, de comum acordo, utilizavam-se de cédulas de pessoas físicas, que somente possuíam ligação de fato com a empresa, visando mascarar o beneficiário direto, qual seja, a empresa, fato este comprovado pelas anotações paralelas e a existência de tal controle nas dependências do FRIGORÍFICO.

A prática retratada perdurou, em continuidade delitiva, no período acima mencionado, resultando em supressão de tributo em detrimento dos cofres estaduais.

O mesmo se dá em relação à autoria, posto que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5ª Câmara de Direito Criminal

sendo EMERSON administrador da empresa, este detêm o “domínio do fato”, o poder de determinar, de decidir e de fazer com que seus empregados e contratados executem o ato, sendo responsável pela ocorrência da supressão do tributo.

No mesmo sentido, os denunciados [REDACTED] e [REDACTED], anuentes da fraude, que para sonegar o tributo emitiram cártulas de suas contas particulares para a aquisição do gado com o fim de recebimento e abate de animais, simulando as aquisições para ambos, quando na verdade o beneficiário era o FRIGORÍFICO AURIFLAMA, cuja conduta visava a não incidência do fato gerador do tributo.

Por fim, reza o artigo 11 da Lex specialis 8.137/90, que quem de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a este cominada, na medida de sua culpabilidade.

(...), sic, fls. 1D/3D.

E, após o término da instrução, concluiu o e. magistrado que há prova da autoria dos crimes em comento e que a respectiva (...) *materialidade delitiva restou provada pela cópia do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 2035469-1 (fls. 05/06), pelo Demonstrativo de Débito Fiscal (fls. 07/08), pela cópia do Auto de Apreensão de Livros e Documentos nº 107977, série “A” (fls. 09), pelos demonstrativos de confronto entre os documentos apreendidos (fls. 10/12), pelas cópias de folhas de contas correntes e cheques (fls. 15/157), pelas cópias dos extratos bancários (fls. 182/202), pelo laudo de exame contábil (fls. 230/232), pelas cópias dos termos de contagem e abate (fls. 239/268), pelas cópias das notas fiscais (fls. 269/340) e demais documentos acostados aos autos (sic, fls. 1.259).*

Porém, respeitado, evidentemente, o entendimento esposado em sentido contrário, a absolvição, na espécie, é medida que se impõe, diante da ausência de justa causa para a ação penal.

5

É que a materialidade delitiva, ao contrário, não ficou demonstrada, pois o auto de infração e imposição de multa (AIIM 2035469-1, fls. 5/6), tampouco a decisão final proferida na esfera administrativa, cujo teor manteve incólume o mencionado ato administrativo (fls. 520/525), a rigor, não são suficientes para se comprovar a constituição definitiva do débito tributário.

Nem mesmo a Representação Fiscal para Fins Penais têm o condão de suprir a ausência de prova inequívoca a respeito do *lançamento definitivo do tributo*, tal como exige a Súmula Vinculante 24, mesmo porque esse documento se limitou a consignar



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5ª Câmara de Direito Criminal

o encaminhamento de (...) cópia do AIIM nº 2035469-1, de 24.10.2000, lavrado contra o contribuinte FRIGORÍFICO AURIFLAMA LTDA., I.E. nº 191.008.710.117, que cogita de situação que, em tese, pode configurar Crime Contra a Ordem Tributária, previsto na Lei Federal nº 8.137/90, juntamente com cópia da última DECA da empresa autuada (sic, fl. 3), não contendo, como se viu, informação alguma acerca da efetiva inscrição do débito tributário na Dívida Ativa do Estado, emergindo irrelevante, a esta altura, indagar-se a respeito de superveniente concretização do lançamento.

E isto porque predomina o entendimento no sentido de que o Ministério Público só poderá oferecer denúncia independentemente da representação fiscal para fins penais, **se**, por outros meios, tiver **conhecimento inequívoco do lançamento definitivo**, notadamente porque, antes de constituído definitivamente o crédito tributário, não há justa causa para a ação penal.

Aliás, não faria mesmo sentido a instauração de inquérito ou de ação penal para, durante a investigação ou instrução criminal, concluir-se, no âmbito administrativo, inexistir débito tributário.

Além do mais, não há como olvidar que, mesmo que se comprove a inscrição da dívida, o pagamento de débitos tributários e acessórios **antes do recebimento da denúncia**, também enseja a extinção da punibilidade, *ex vi* do disposto no artigo 34, da Lei 9.249/95.

E, a Súmula Vinculante 24, repise-se, não deixa dúvida:

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.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS CONTRA INDEFERIMENTO DE LIMINAR NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRIME DE

6

SONEGAÇÃO FISCAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VÍCIO INSANÁVEL. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Súmula Vinculante 24 estabelece que “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”. 2. Instaurada a persecução penal em momento anterior ao lançamento definitivo do débito tributário, não há como deixar de reconhecer a falta de justa causa para a ação penal. 3. Circunstância que a jurisprudência majoritária



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5ª Câmara de Direito Criminal

do Supremo Tribunal Federal tem como “vício processual que não é passível de convalidação” (HC 100.333, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma). Precedentes: HC 97.118, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma; HC 105.197, Rel. Min. Ayres Britto. 4. Superação da Súmula 691/STF. 5. Ordem concedida, ratificada a liminar deferida, para anular o processo-crime instaurado contra o paciente. (STF, HC 97854, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. em 11.03.2014).

Diante disso, exsurge imperativa a absolvição dos acusados, *ex vi* da ausência de prova da materialidade delitiva.

Por tais razões, NÃO SE CONHECE dos apelos defensivos e *ex officio* ABSOLVE-SE [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] da imputação da prática do crime previsto no artigo 1º, II, combinado com o artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.137/90, em continuidade delitiva, com fulcro no artigo 386, II, do Código de Processo Penal.

JUVENAL

DUARTE

relator