



**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 Auriflama, 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**

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

**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 noticia a respeito de decisão final na esfera



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**5ª Câmara de Direito Criminal**

administrativa que não se prestam a esse fim, *ex vi* do art. 83, da Lei nº 9.430/96 e do enunciado da Súmula Vinculante 24 - Imprescindibilidade de demonstração da efetiva inscrição do débito na dívida ativa antes do recebimento da denúncia - *Reformatio in mellius*, Admissibilidade - Precedentes - Condenação, afastada, *ex officio*.

[REDAÇÃO] e [REDAÇÃO] foram condenados, isoladamente, o primeiro, a três anos e seis meses de reclusão, em regime aberto, e a dezesseis diasmulta, no piso; e, os dois últimos, a três anos de reclusão, em regime aberto, e a quinze dias-multa, no valor unitário mínimo, substituídas (com relação a todos) as carcerárias por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, correspondente a dez salários mínimos, por infração ao disposto no artigo 1º, II, combinado com o artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.137/90, oito vezes, na forma do artigo 71, *caput*, do Código Penal.

Inconformados, apelam postulando a absolvição por atipicidade de conduta, ante a ausência de dolo específico.

2

Subsidiariamente, pleiteiam: (i) o reconhecimento de hipótese de excludente de antijuridicidade (estado de necessidade) ou de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa); (ii) a concessão de *anistia*, com espeque na Lei nº 9.639/98; (iii) o deferimento da suspensão condicional do processo, com fulcro na Lei nº 9.099/95; (iv) a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei nº 8.137/90, por ofensa à vedação constitucional de imposição de prisão civil por dívida (CF/88, artigo 5º, LXVII); (v) a aplicação da figura privilegiada prevista no artigo 155, §2º, do Código Penal; (vi) a isenção ao pagamento da sanção pecuniária; ou, ainda, (vii) a redução das básicas; (viii) a substituição das carcerárias por restritivas de direitos e (ix) a fixação de regime prisional aberto.

O i. representante do *parquet* também recorre visando a exasperação das básicas, o afastamento da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, a imposição de regime intermediário e a fixação de *quantum* indenizatório mínimo, *ex vi* do disposto no artigo 387, V, do Código de Processo Penal.



**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 Pùblico 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 designios, 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 cártyulas 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 detém 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 cártyulas 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**

## **5<sup>a</sup> 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] [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