



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000001538

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001582-81.2018.8.26.0106, da Comarca de Caieiras, em que é apelante AMARILDO DOS SANTOS CARVALHO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram do recurso e, no mérito, por v.u. deram-lhe provimento para: a) absolver AMARILDO DOS SANTOS CARVALHO da imputação da prática do delito tipificado pelo art. 1º, incisos IV, da Lei 8.137/1990, combinado com o artigo 71 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal; e b) conceder os benefícios da gratuidade de justiça, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto n. 9178

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal n. 0001582-81.2018.8.26.0106

Apelante: AMARILDO DOS SANTOS CARVALHO

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Caieiras

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. SONEGAÇÃO FISCAL. ARTIGO 1º, INCISO IV, DA LEI 8.137/1990. SENTENÇA CONDENATÓRIA, COM DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PENA EM CONCRETO. RECURSO DA DEFESA.

1. CASO EM EXAME

1.1. Recurso de apelação interposto pela defesa de AMARILDO DOS SANTOS CARVALHO contra a sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Caieiras que o condenou pela prática do delito tipificado pelo art. 1º, IV, da Lei 8.137/1990, combinado com o art. 71 do Código Penal, declarando, em seguida, extinta a punibilidade pela prescrição da pena em concreto.

1.2. Pedido de absolvição por insuficiência de provas. Reconhecimento da extinção da punibilidade do apelante pela prescrição da pretensão punitiva.

1.3. Preliminar de não conhecimento por ausência de interesse de agir suscitada pela Procuradoria de Justiça.

2. FATO SUBMETIDO A JULGAMENTO

Acusado que, na condição de sócio-gerente da empresa Ciborplas Comércio e Indústria de Borracha e Plásticos, reduziu ICMS devido à Fazenda Pública Estadual, no valor de R\$ 149.266,71, mediante a utilização de notas fiscais que sabia ou deveria saber falsas, em nome da empresa Comercial El de Guine.

3. RAZÕES DE DECIDIR

3.1. Preliminar de não conhecimento por ausência de interesse de agir. Afastamento. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em sua natureza retroativa que tem como pressuposto a comprovação da existência do fato típico, ilícito e culpável. Necessidade de análise do mérito recursal que é condição indispensável. Prescrição que não o afasta dever de comprovação da infração penal. Recurso de apelação interposto pela defesa que deve ser conhecido.

3.2. Da tese acusatória. Denúncia que atribuiu ao acusado a responsabilidade direta pela redução de valores de ICMS, mediante a utilização de notas fiscais que sabia ou deveria saber falsas. Base da denúncia que repousa na atribuição da autoria direta ao acusado, erguido à condição de autor imediato da conduta. Situação que supõe a atuação frontal do agente, que domina a ação, executando diretamente as condutas nucleares que se encontram previstas no tipo penal. Narrativa que ressalta o cargo de sócio-gerente do acusado no âmbito da empresa-contribuinte. Objeto da acusação sobre o qual deve se estruturar a reconstrução dos fatos que compõem o objeto do processo penal.

3.3. Do mérito. Fragilidade do conjunto probatório. Materialidade delitiva que restou demonstrada. Insuficiência de provas quanto à autoria. Agentes fiscais que não descreveram as condutas que teriam sido efetivamente realizadas pelo réu. Acusado que alegou desconhecimento acerca da inidoneidade das notas fiscais emitidas pela empresa Comercial El de Guine. Impossibilidade responsabilização por atos de terceiros, considerando a delimitação dos fatos constante da denúncia. Ausência de elementos probatórios capazes de estruturar um quadro de certeza quanto aos termos da imputação. Consagração do princípio in dubio pro reo.

3.4. Gratuidade de justiça. Cabimento. Presença dos requisitos do art. 99 do Código de Processo Civil.

4. DISPOSITIVO

Recurso conhecido e provido.

5. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CITADAS

Lei 8.137/1990, art. 1º, IV; CP, art. 71; CPP, art. 386, VII; STJ, AgRg no AREsp 2.349.371/PB, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 12.09.2023, DJe de 19.09.2023; STJ, HC n. 821.162/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 12.09.2023.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa de **AMARILDO DOS SANTOS CARVALHO**, contra a r. sentença proferida pelo **MM. Juiz de Direito Fabio Akira Nakama**, da 1ª Vara da Comarca de Caieiras, que, julgando procedente a ação penal, condenou-o à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 16 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no delito tipificado pelo artigo 1º, incisos IV, da Lei 8.137/1990, combinado com o artigo 71 do Código Penal, declarando extinta a punibilidade pela prescrição da pena concretamente imposta (fls. 1376/1381).

Em suas razões, a defesa pugna pela absolvição por ausência de provas, aduzindo, em suma, não ter restado comprovado que o acusado teria praticado os atos de sonegação fiscal descritos na denúncia. Nesse sentido, pondera que a prova ficou restrita à inscrição do crédito tributário em dívida ativa diante do não-pagamento. Afirma, ainda, que o elemento subjetivo do tipo penal não foi comprovado. Argumenta que o reconhecimento da responsabilidade do réu se deu, exclusivamente, pelo fato de ser sócio e administrador da empresa. Alternativamente, requer a extinção da punibilidade diante da prescrição da pretensão punitiva estatal. Por fim, requer a concessão do benefício da gratuidade de justiça (fls. 1398/1409).

Contrarrazoado (fls. 1415/1417), em parecer, a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso por ausência de interesse de agir diante da decisão que reconheceu a prescrição da pretensão punitiva, declarando extinta a punibilidade do apelante (fls. 1425/1427).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Do juízo de admissibilidade recursal

A preliminar de não conhecimento recursal deve ser afastada.

O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em sua natureza retroativa exige, como pressuposto, a comprovação da existência de fato típico, motivo pelo qual não pode prescindir da análise do mérito recursal.

Trata-se de uma condição indispensável, já que a prescrição da pretensão punitiva, sobretudo na modalidade retroativa, não elimina a necessidade de que a infração penal seja comprovada, delimitando, assim, os contornos da punibilidade. Afinal, a extinção da punibilidade integra o campo do juízo condenatório, impondo à autoridade judicial o dever de averiguar, com base nos elementos concretos constantes dos autos, a configuração dos pressupostos materiais e formais da ação delituosa.

Nesse cenário, no caso dos autos, encontram-se preenchidos os pressupostos recursais objetivos. O recurso é cabível, pois a sentença é recorrível e a parte se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os pressupostos subjetivos. A parte possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

2. Do recurso interposto pela defesa

2.1. Breve síntese dos fatos

Amarildo dos Santos Carvalho, Mário Eduardo Barbosa Greghi e Ed de Jesus Longo, na condição de sócios-gerentes da empresa Cíborplas Comércio e Indústria de Borracha e Plásticos, foram denunciados e processados pela prática do delito tipificado pelo artigo 1º, inciso IV, da Lei 8.137/1990, na forma dos artigos 29 e 71 do Código Penal, porque, por diversas vezes, no ano de 1999, na Rua José Lopes n. 300, Laranjeiras, na cidade e Comarca de Caieiras, reduziram imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviço – ICMS, devido à Fazenda Pública Estadual, no valor de R\$ 149.266,71, mediante a utilização indevida de notas fiscais que sabiam ou deveriam saber falsas, em nome da empresa Comercial El de Guine, cuja existência era simulada (fls. 57/58).

Conforme narrado pela denúncia, **Amarildo**, Mário Eduardo e Ed de Jesus foram autuados por terem praticado crime contra a ordem tributária durante o ano de 1999, pois se creditaram indevidamente ICMS, por meio de emissão de notas fiscais inidôneas, simulando a existência da empresa Comercial El de Guine (Auto de Infração e Imposição de Multa n. 2126837).

A persecução penal foi instaurada mediante portaria. Recebida a denúncia, **Amarildo** e Mário Eduardo não foram localizados para serem citados, razão pela qual sobreveio, para eles, a suspensão do feito com fundamento no artigo 366 do Código de Processo Penal (fls. 540). Posteriormente, o corréu Mário Eduardo foi citado, sendo o processo desmembrado em relação à **Amarildo**.

A autoridade judiciária, em seguida, decretou a prisão preventiva do apelante, porém o mandado expedido contra ele não chegou a ser cumprido (fls. 1018). **Amarildo** compareceu aos autos e apresentou resposta à acusação, tendo o feito, então, retomado o seu devido curso (fls. 1041/1049). O apelante foi, na sequência, agraciado com a liberdade provisória, sendo expedido contramandado de prisão em seu favor (fls. 1165). Ao final, a ação penal foi julgada procedente, com extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva de **Amarildo**.

2.2. Da tese acusatória

A centralidade da tese acusatória, segundo se depreende da leitura da denúncia, repousa sobre a suposta responsabilidade do réu pela redução de ICMS no montante de R\$ 149.266,71, mediante a emissão de notas fiscais inidôneas, as quais simulavam a existência da empresa Comercial El de Guine.

A base da denúncia, repousa, assim, na atribuição de uma conduta ilícita ao acusado, erguido à condição de autor direto (imediato). Trata-se, como se sabe, de situação que supõe a atuação frontal do agente, que domina a ação, executando diretamente as condutas nucleares previstas no tipo penal, impelido pelo elemento subjetivo que é exigido.

A leitura da própria exordial deixa entrever a responsabilidade direta que, na hipótese, recai sobre o réu, ao destacar a função que exercia na empresa-contribuinte, evidenciando que, na condição de sócio-gerente, seria um dos responsáveis pela administração da pessoa jurídica.¹ Sobre a autoria direta, importantes são as lições de Rogério Greco:

¹ De acordo com a denúncia: “consta dos inclusos autos de inquérito policial que, por várias vezes, no ano de 1999, na Rua José Lopes, no 300 - Laranjeiras, nesta cidade de Caieiras, AMARILDO DOS SANTOS CARVALHO, MÁRIO EDUARDO BARBOSA GREGHI e ED DE JESUS LONGO (sócios-gerentes da Empresa Ciborplas Com. e Ind. de Borracha e Plásticos Ltda), qualificados a fls. 149/150, 161/162 e 183/184, respectivamente, previamente ajustados e com unidade de desígnios, reduziram ICMS, no montante de R\$ 149.266,71 (cento e quarenta e nove mil, duzentos e sessenta e seis reais e setenta e um centavos) - AIIM no 03 e demonstrativos a fls. 04/07, por terem utilizado notas fiscais que sabiam ou deviam saber falsas em nome da empresa Comercial El de Guine Ltda, que se verificou possuir existência simulada (consoante documentos acostados a fls. 250/255)” (fls. 57).

Autor pode ser aquele que executa diretamente a conduta descrita pelo núcleo do tipo penal, ocasião em que será reconhecido como autor direto ou autor executor; ou poderá ser, também, aquele que se vale de outra pessoa, que lhe serve, na verdade, como instrumento para a prática da infração penal, sendo, portanto, chamado de autor indireto ou mediato.

Não resta dúvida de que o que executa a conduta narrada pelo tipo penal deve, por excelência, ser considerado autor daquele fato. É a forma mais clara e precisa de autoria (autor direto, autor executor).²

Nessa conjuntura, da delimitação fática constante da denúncia, percebe-se a clara impossibilidade de atribuir ao acusado qualquer conduta indireta (mediata), que, em linhas gerais, acontece quando o agente executa a conduta penalmente típica através de instrumentalização das ações de terceiros.³

Não é, reitera-se, o que ocorre no caso posto a julgamento. Para além dos sócios-gerentes, não houve referência à punibilidade ou mesmo ao envolvimento de terceiros. Até mesmo porque, não foram feitas referências a situações de coação, de erro ou mesmo de convergência de causa excludente da culpabilidade.

Também não há qualquer indicação sobre a existência de uma organização estruturada à margem do direito. A tese acusatória objeto dos presentes autos encontra evidente limite na autoria direta que foi imputada ao ora apelante e aos demais sócios-gerentes da pessoa jurídica.

Assim, o que se depreende da análise da inicial acusatória são alusões à atuação direta dos sócios da empresa, em razão, principalmente, do cargo e da função exercidos à frente da empresa-contribuinte.

É o que se há em termos de imputação e, portanto, de tese acusatória, sobre a qual deve se estruturar a reconstrução dos fatos históricos que compõem o objeto do processo penal.

² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 489

³ SANTOS, Juarez Cirino. Direito Penal – Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 348.

2.2. Das provas produzidas

A sonegação fiscal foi demonstrada pelos documentos que acompanham os autos, especialmente o Auto de Infração e Imposição de Multa - AIIM n. 2126837 (fls. 66, 221), o Demonstrativo do Débito Fiscal (fls. 67/70 e 222), o ofício da Secretaria da Fazenda dando conta do não-pagamento do débito inscrito em dívida ativa (fls. 356/358), bem como o relatório que concluiu pela idoneidade das notas fiscais emitidas pela empresa Comercial El de Guine (fls. 344/349).

O documento contendo a transcrição do depoimento prestado pelo agente de rendas Antonio Carlos Bueno de Miranda na delegacia, única oportunidade em que foi ouvido, encontra-se pouco legível. De todo modo, pelo que se depreende, afirmou que, no dia 20 de julho de 2002, esteve na empresa Ciborplas para realizar uma fiscalização e autuou a pessoa jurídica por creditamento indevido de imposto relativo à entrada de mercado no estabelecimento. Disse que encontrou documentos fiscais inidôneos, cujo emitente havia simulado a existência da empresa desde a abertura (fls. 243).

O agente de rendas Luis Soares Aguirre, por sua vez, prestou dois diferentes depoimentos na fase de inquérito. No primeiro depoimento afirmou que analisou a documentação da empresa Ciborplas, verificando infrações decorrentes do pagamento de imposto por emissão e escrituração de documentos fiscais referentes a operações tributadas as quais foram consideradas não tributadas por aquela pessoa jurídica. Destacou a existência de crédito indevido de imposto relativo a material de uso e consumo do estabelecimento, de modo que lavrou o auto de infração n. 2127592-0, no valor de R\$ 53.752,11 (fls. 289). No segundo depoimento afirmou que constatou que a existência da empresa Comercial El de Guine era simulada porque esta nunca esteve instalada no endereço declarado (fls. 343).

Sob o crivo do contraditório, o agente de rendas Luis Soares Aguirre não se recordou do procedimento administrativo-fiscal que antecedeu a presente ação. Ao ser confrontado com o relato prestado na fase de investigações, reconheceu a assinatura constante daquele documento.

Mário Eduardo disse, na delegacia, que foi sócio da empresa Ciborplas Comércio e Indústria de Borracha e Plástico, mas, por não concordar com a forma como era administrada, vendeu sua parte para **Amarildo**. Disse que não tinha conhecimento do ICMS devido porque era responsável pela parte técnica, sendo que quem cuidava da parte administrativa era **Amarildo** (fls. 244/245).

Ed de Jesus disse, na delegacia, que era sócio da empresa Ciborplas Comércio e Indústria de Borracha e Plástico, sendo responsável pela produção e serviços. Sabia que a empresa possuía dívidas, mas desconhecia seus problemas fiscais, pois quem cuidava da contabilidade era **Amarildo**. Na data das infrações, a parte administrativa ficava sob responsabilidade do ex-sócio Mario Eduardo e a parte financeira ficava sob responsabilidade de **Amarildo** (fls. 267/268).

O apelante **Amarildo** negou a prática delituosa por ocasião de seu interrogatório extrajudicial. Disse que as notas fiscais apresentadas pela Secretaria da Fazenda foram devidamente contabilizadas, destacando que a empresa Ciborplas sempre agiu corretamente no recebimento de matéria prima de seus fornecedores, com registro nos livros contábeis, de entradas e saídas e de registro de inventários. Disse ainda que não tinha controle sobre os seus fornecedores ou mesmo informações sobre o trabalho por eles realizados (fls. 231/232).

Interrogado, ao final, **Amarildo** manteve suas negativas, afirmando que era sócio e diretor financeiro da empresa Ciborplas. Disse que a Comercial El de Guine era um fornecedor constante de sua empresa, vendendo fardos de borracha, sempre mediante o recebimento de notas fiscais. Disse que, na época, as notas fiscais eram emitidas manualmente, o que dificultava a percepção de eventuais fraudes. Disse que visitou o galpão da empresa Comercial El de Guine, situada na cidade de Diadema. Conheceu aquela empresa por meio de um representante comercial que contatou sua empresa. Realizaram negócios por três ou quatro anos. Disse que adquiria matéria prima de diversos fornecedores, conforme a melhor oferta. Nunca suspeitou daquele fornecedor. Explicou que no ano de 2002 a empresa recebeu a visita de fiscais da receita, tomando conhecimento do procedimento administrativo, de modo que parou de negociar com a empresa Comercial El de Guine.

2.3. Da análise probatória. Da absolvição do acusado

A absolvição é medida que se impõe.

Conforme acima exposto, ao acusado foi imputada a responsabilidade direta pela redução de ICMS, mediante o creditamento de notas fiscais falsas emitidas pela empresa Comercial El de Guine. A configuração da conduta, portanto, exige a comprovação da prática de atos comissivos voltados à redução dos tributos, vale dizer, a efetiva demonstração de que o réu praticou aquelas condutas ciente da inidoneidade das notas fiscais emitidas pela Comercial El de Guine

Advém que, para além da posição de diretor financeiro ocupada pelo acusado na empresa, não há elementos que demonstrem ter ele realizado o indevido creditamento, ciente da inidoneidade da emissora das notas fiscais. De fato, o agente fiscal de rendas ouvido em juízo não se recordou das condutas que culminaram na sonegação tributária. Na delegacia, os dois fiscais limitaram-se a narrar a apuração das infrações tributárias praticadas em nome da empresa-contribuinte, sem, contudo, indicar quem seria o responsável pelo creditamento indevido de valores oriundos daquelas notas fiscais. Aliás, neste ponto, vale mencionar o auto de infração mencionado pelo fiscal Luis Soares em seu segundo depoimento policial (2127592) sequer é aquele que deu origem à redução de ICMS objeto da presente ação penal, o que causa estranheza.

O acusado, por sua vez, negou conhecimento acerca da inidoneidade da empresa emissora das notas fiscais nas oportunidades em que interrogado. Confirmou que era diretor financeiro daquela pessoa jurídica, indicando, porém, que sempre recebeu os insumos adquiridos da Comercial El de Guine, não suspeitando das notas fiscais que eram emitidas.

As provas colhidas, portanto, não indicam em momento algum tivesse o réu conhecimento da idoneidade das notas fiscais previamente emitidas pela empresa Comercial El de Guine ou mesmo pelo creditamento indevido de ICMS. Além disso, não há elementos nos autos que demonstrem estivesse efetivamente envolvido com as atividades fiscais da empresa-contribuinte, sendo responsável

direto pelo suposto creditamento inidôneo de imposto no livro de entrada.

Desse modo, a narrativa acusatória ficou cingida à conduta direta do acusado, cujo nexo não pode ser extraído da condição de sócio e diretor financeiro da empresa-contribuinte. Nesse sentido, em situações análogas, assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 1º, II, DA LEI 8.137/1990). AUTORIA DELITIVA PRESUMIDA PELA SIMPLES POSIÇÃO SOCIETÁRIA DO RÉU. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

1. A autoria delitiva foi presumida apenas a partir da autuação fiscal e da posição que o réu ocupava na pessoa jurídica, não havendo indicação de nenhuma conduta específica que possa conectá-lo à fraude fiscal.

2. De acordo com o entendimento deste STJ, a simples posição societária ou hierárquica ocupada pelo acusado não é suficiente para considerá-lo responsável por condutas eventualmente ilícitas ocorridas na estrutura que integra, o que consistiria em apenamento objetivo. (...).

4. Agravo regimental não provido.

(STJ; AgRg no AREsp 2.349.371/PB, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 19/9/2023)

No mesmo sentido: **STJ, HC n. 821.162/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 12/9/2023; STJ, AgRg no REsp n. 1.874.619/PE, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/11/2020; STJ, RHC n. 113.447/RN, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 24/9/2019; STJ, RHC n. 105.167/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/3/2019.** Não é outro, aliás, o entendimento deste Tribunal de Justiça de São Paulo, que, em oportunidades anteriores, assim se manifestou:

APELAÇÃO CRIMINAL – Crime contra a ordem tributária (Artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, na forma do artigo 29 e 71, ambos do Código Penal) – ABSOLVIÇÃO - (ARTIGO 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) – RECURSO MINISTERIAL – Condenação – INADMISSIBILIDADE – **Autoria**

e materialidade do delito não restou sobejamente provada nos autos. "IN DUBIO PRO REO". Inexistindo provas judicializadas que apontem, com inegável segurança, a autoria e materialidade delitiva dos fatos narrados na exordial, impõe-se a absolvição do agente com fundamento no princípio "in dubio pro reo", já que a dúvida é sempre interpretada em seu favor. Recurso improvido.

(TJSP; Apelação Criminal 0010070-37.2017.8.26.0566; Relator (a): Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Carlos - 3ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/06/2023; Data de Registro: 15/06/2023)

Apelação Criminal. Crime contra a ordem tributária. Recurso defensivo. Quadro probatório precário. Insuficiente demonstração de eventual nexó entre a conduta do réu e o resultado lesivo constatado pelo Fisco Estadual. Condição de sócio administrador que não gera, por si só, presunção quanto à responsabilidade penal do acusado. Inaplicabilidade da teoria do domínio do fato na hipótese. Absolvição de rigor. Provimento do recurso.

(TJSP; Apelação Criminal 1000766-57.2016.8.26.0428; Relator (a): Freire Teotônio; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Paulínia - 2ª Vara; Data do Julgamento: 16/11/2022; Data de Registro: 16/11/2022)

APELAÇÃO – Crime contra a ordem tributária – Art. 1º, V da Lei 8.137/90 – Recurso ministerial – Improcedência – Materialidade demonstrada – Autoria, porém, controversa – Ausência de provas de que o acusado concorreu para a infração penal – Provas não seguras no sentido de incutir ao recorrido a conduta delitiva incurso na exordial acusatória – Manutenção de absolvição de rigor – Recurso improvido.

(TJSP; Apelação Criminal 0016926-52.2015.8.26.0577; Relator (a): Salles Abreu; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José dos Campos - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 06/11/2019; Data de Registro: 06/11/2019)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. Artigo 1º, inciso II, da lei n. 8.137/90. Sentença absolutória. Irresignação ministerial. Ausência de provas hábeis a ensejar o édito condenatório. Responsabilidade penal que não pode ser presumida ou objetiva exclusivamente em razão da posição formalmente ocupada pelo acusado na empresa. Conduta comissiva ou omissão penalmente relevante não demonstradas.. Absolvição mantida. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 0004574-38.2012.8.26.0619; Relator (a): Camargo Aranha Filho; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Taquaritinga - 2ª Vara; Data do Julgamento: 14/11/2018; Data de Registro: 14/11/2018)

APELAÇÃO. Crime contra ordem tributária. Artigo 1º, incisos II e IV, c.c. artigo 11, ambos da Lei n. 8.137/90. (...) Desistência operada por advogado devidamente constituído. Nomeação de novo defensor não torna nulos os atos praticados pelo patrono antecessor. No mérito. Alegação de fragilidade probatória. Ocorrência. Declaração de inidoneidade que é insuficiente para evidenciar o cometimento do crime. Indispensável a comprovação de que as mercadorias efetivamente não foram comercializadas com as empresas declaradas inidôneas. Sob o crivo do contraditório, não foi produzido qualquer elemento apto a imputar a autoria delitiva ao réu. Absolvição. Recurso defensivo provido. Apelo ministerial improvido.

(TJSP; Apelação Criminal 0103418-86.2009.8.26.0050; Relator (a): Leme Garcia; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 19ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 22/11/2016; Data de Registro: 24/11/2016)

Sonegação fiscal Crime que se consuma com a definitiva constituição do crédito tributário (...) Sonegação fiscal Lei nº 8.137/90 Tributo estadual Sócio representante da empresa Ausência de prova de que o réu tivesse agido com intenção de lesar o fisco e que conhecesse a conduta apontada como irregular Ônus que incumbia ao Ministério Público Responsabilidade penal mal comprovada Absolvição decretada Recurso provido.

(TJSP; Apelação Criminal 0000541-64.2009.8.26.0213; Relator (a): Alexandre Almeida; Órgão Julgador: 4ª Câmara Criminal Extraordinária; Foro de Guará - Vara Única; Data do Julgamento: 25/03/2015; Data de Registro: 30/03/2015)

De mais a mais, observo que não há nos autos elementos que permitam aferir o volume de negócios da empresa, a tornar mais ou menos razoável a alegação de desconhecimento formulada pelo réu.

Muito embora autos de infração referentes a outros procedimentos administrativos instaurados em desfavor daquela pessoa jurídica tenham sido juntados, não foram apresentadas notas fiscais ou livros de registros aptos a demonstrar o volume de dinheiro movimentado ao tempo dos fatos. A circunstância também não foi objeto de questionamento durante a produção da prova oral.

Ou seja, não é possível inferir conhecesse o acusado todos os procedimentos tributários e fiscais efetuados pela empresa em decorrência de sua condição de diretor financeiro.

Por fim, deve ser afastada a afirmação da autoridade judiciária no sentido de que não houve impugnação do AIIM lavrado pela autoridade fazendária. Afinal, pelo que se depreende dos autos, a pessoa jurídica Ciborplas Comércio e Indústria de Borracha e Plástico, representada por seus sócios, apresentou defesa ao AIIM lavrado em seu desfavor (fls. 224/228).

O quadro, portanto, é de dúvidas. As provas produzidas ao longo da persecução penal não revelaram a prática de conduta concreta voltada à sonegação de impostos por parte do réu. Muito embora o relatório elaborado pela Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda de São Paulo indique a inidoneidade da empresa El de Guine e, por consequência, das notas fiscais que foram por ela emitidas (fls. 344/345), não é possível afirmar tivesse o acusado ciência daquele fato por ocasião do indevido creditamento do ICMS. Os fatos, é certo, poderiam ser melhor esclarecidos caso a autoridade policial ou o membro do Ministério Público tivessem buscado ouvir alguns dos demais funcionários que lá trabalhavam na época dos fatos. Poderiam, é certo, esclarecer como as transações comerciais com a empresa El de Guine ou mesmo a contabilidade daquela pessoa jurídica eram realizadas. Não foi o que aconteceu na hipótese. O que se vislumbra é uma inviável presunção acusatória quanto à autoria da sonegação fiscal, construída sobre a condição de sócio do acusado.

Não é possível, dessa forma, fundar um juízo condenatório com base, exclusivamente, nas provas produzidas. Ainda que tenham sido suficientes para conferir a necessária justa causa quando do oferecimento da ação penal, não o são para o reconhecimento de culpa. Enfim, os princípios supremos que norteiam a Justiça impõem a absolvição do acusado.

Nunca é por demais lembrar envolver a persecução penal uma atividade de reconstrução histórica que é materializada pela instrução. Durante esta fase, aos sujeitos parciais assiste o direito de trazerem ao processo os elementos probatórios reputados necessários à demonstração de suas teses. A bem da verdade, almejam estruturar, na mente do julgador, um estado subjetivo, que, todavia, pode ser variável entre a dúvida, a certeza positiva e a certeza negativa. As duas primeiras tornam a absolvição imperiosa.

A dúvida pela incerteza, sempre favorável ao acusado, sobre a ocorrência do fato material ou de sua autoria. A certeza negativa, por sua vez, pela convicção segura de que a conduta imputada na denúncia não ocorreu ou de não ter o réu qualquer vínculo com ela. Diante de tal quadro, somente a certeza positiva quanto ao fato e a autoria pode dar azo à prolação de uma sentença condenatória. Nesse sentido digno de nota é o magistério de Nicola Malatesta⁴:

...não sendo a certeza senão a percepção da realidade indubitável, como a crível o é da realidade possível, segue-se que a certeza, por sua vez, inclui a credibilidade. O certo não pode deixar de ser crível; é o próprio axioma dos lógicos, transferido do mundo da realidade para o do conhecimento. (...) Relativamente a um fato, o espírito pode encontrar-se no estado de ignorância, ausência de qualquer conhecimento; no estado de dúvida em sentido restrito, ou seja, de conhecimento alternativo, incluindo igualmente o sim e o não; no estado de probabilidade, prevalência do conhecimento afirmativo; no estado de certeza, conhecimento afirmativo triunfante. A dúvida e a probabilidade não são, muitas vezes, senão duas etapas para se passar das escuras regiões da ignorância à região luminosa da certeza. (...) Nas noções que demos sobre a certeza e a probabilidade, vimos que a certeza não tem mais motivos divergentes da crença, dignos de serem considerados; que a probabilidade, ao mesmo tempo com maiores motivos convergentes à crença, tem menores motivos divergentes da crença, dignos todos de serem considerados. Pois bem, senhores, quando há paridade entre os motivos convergentes e divergentes, dá-se a dúvida em sentido específico que chamamos de mera credibilidade.

2.4. Do pedido de concessão da gratuidade de justiça

A defesa pleiteia a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, alegando que o apelante não possui condições financeiras de arcar com as despesas e custas processuais.

Conforme dispõe o §3º, do artigo 99, do Código de Processo Civil, a alegação de insuficiência para custeio das despesas processuais deduzida exclusivamente por pessoa natural deve ser presumida como verdadeira.

⁴ *A lógica das provas em matéria criminal*. V.1, Bookseller, 1996, pp. 64-65.

Assim, considerando a ausência de elementos a infirmar a hipossuficiência, de rigor a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Aliás, já se decidiu em sentido análogo nesta 16ª Câmara de Direito Criminal:

Finalmente, afasta-se o pagamento das custas processuais, **dada a presumível hipossuficiência do apenado, bem como a falta de cominação no Código Penal, pois o gravame teria a natureza de pena e integraria a condenação, se essencial lei substantiva federal houvesse.** Além disso, o réu foi representado por Defensor nomeado pelo convênio mantido entre a OAB-PGE, justamente porque não reunia condições financeiras para constituir um advogado. Assim, à falta de prévia cominação legal, impõe-se o cancelamento da condenação nas custas processuais.

(TJSP; Apelação Criminal 0002088-35.2017.8.26.0642; Relator (a): Osni Pereira; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ubatuba - 3ª Vara; Data do Julgamento: 16/10/2019; Data de Registro: 16/10/2019)

3. Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do recurso e, no mérito, **dou-lhe provimento para: a) absolver AMARILDO DOS SANTOS CARVALHO da imputação da prática do delito tipificado pelo art. 1º, incisos IV, da Lei 8.137/1990, combinado com o artigo 71 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal; e b) conceder os benefícios da gratuidade de justiça.**

MARCOS ZILLI

Relator