



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000288832

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500721-79.2020.8.26.0549, da Comarca de Santa Rosa de Viterbo, em que é apelante SEBASTIÃO RODRIGUES DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **"REJEITARAM as preliminares arguidas e, no mérito, DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, para reduzir a pena imposta ao apelante para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, calculados no mínimo legal, como incurso no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, por quatro vezes, na forma do artigo 71, "caput", do Código Penal, mantendo, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau. V.U."**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), AIRTON VIEIRA E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 26 de março de 2025.

TOLOZA NETO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500721-79.2020.8.26.0549

Apelante: **SEBASTIÃO RODRIGUES DA SILVA**

Apelado: **MINISTÉRIO PÚBLICO**

Juízo de Direito da Comarca de Santa Rosa de Viterbo – SP

Voto nº 49.100

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NULIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOSIMETRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Apelante condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 33 dias-multa, calculados unitariamente no valor de 50 BTN's, como incurso no art. 1º, II, da L8.137/90, por várias vezes, na forma do art. 71, "caput", do CP, por ter, com consciência e vontade, agindo previamente ajustado e com unidade de propósitos com outros indivíduos não identificados, fraudado a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos e omitindo operação de qualquer natureza em documento ou livro exigido pela lei fiscal, deixando, com isso, de recolher R\$2.099.363,93 (dois milhões, noventa e nove mil, trezentos e sessenta e três reais e noventa e três centavos) aos cofres públicos do Estado de São Paulo, a título de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços.

2. Recurso defensivo: (i) nulidade processual por suspeição do Magistrado sentenciante, por vício de fundamentação e por violação ao princípio da congruência, (ii) absolvição por insuficiência probatória acerca da autoria e materialidade delitiva, (iii) fixação da pena-base no mínimo legal ou na fração de 1/8, (iv) afastamento da reincidência, (v) reconhecimento da atenuante da senilidade, (vi) redução da fração da continuidade delitiva e (vii) concessão do regime inicial aberto.

3. A mera insatisfação com os fundamentos fáticos e jurídicos que embasaram a sentença condenatória não é suficiente para comprovar a suspeição do Juiz sentenciante. Aliás, a suspeição do Magistrado deve ser arguida pela via adequada, no momento oportuno e enquanto não proferida sentença de mérito. Isto significa dizer que, caso a Defesa tivesse a intenção de questionar a imparcialidade do Juiz de primeiro grau, deveria ter suscitado o incidente apropriado antes da prolação da sentença, embasando a alegação com fatos objetivos e provas concretas, o que não foi feito.

Registre-se que, para o STJ (Info 530), a utilização de termos mais fortes e expressivos na sentença penal condenatória não configura, por si só, situação apta a comprovar a ocorrência de quebra da imparcialidade do magistrado.

4. A sentença apelada foi devidamente motivada, explicitando todos os motivos e provas utilizadas pelo Juiz para a formação de sua convicção, não havendo violação alguma ao art. 93, IX, CF e ao art. 564, V, CPP.

5. Ao contrário do que sustenta a Defesa, o reconhecimento de circunstâncias judiciais não alegadas pelo representante do Ministério Público não viola, de jeito algum, o princípio da congruência, de acordo com a própria inteligência dos arts. 385 e 387, II, ambos do CPP.

6. Preliminares rejeitadas.

7. A materialidade e a autoria foram suficientemente demonstradas pelo conjunto fático-probatório.

8. Para a caracterização do delito contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, II, da L8.137/90, é suficiente a demonstração do dolo genérico.

9. Embora os atos de sonegação fiscal estivessem sendo praticados antes mesmo de o apelante assumir como Diretor Presidente da “Minasçucar”, só é possível, pelas provas acostadas aos autos, imputar a ele os crimes contra a ordem tributária correspondentes aos meses de agosto a dezembro de 2016.

10. Na aplicação da continuidade delitiva, a S659 do STJ consagra a quantidade de infrações cometidas como critério para estabelecer a fração de aumento de pena, variando entre 1/6 e 2/3. Vale registrar que nos crimes contra a ordem tributária relacionados a tributos de apuração mensal, como o ICMS, considera-se que há um crime para cada competência (leia-se: mês), independentemente da quantidade de atos fraudulentos praticados durante este período. No caso, considerando os meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2016, foram praticados 4 crimes em continuidade, e, portanto, aplica-se o aumento de pena relativo ao crime continuado na fração 1/4.

11. O juiz sentenciante fixou o valor unitário da pena de multa em 50 BTN's, mas se trata de unidade de valor que, após a edição da L8.177/91, foi extinta. Aplicação, de ofício, dos critérios gerais estabelecidos no art. 49 do CP.

12. O regime inicial fechado revela-se o mais adequado ao apelante, diante da reincidência e da valoração negativa das circunstâncias judiciais.

13. Recurso parcialmente provido.

Vistos.

Trata-se de apelação criminal interposta contra a sentença prolatada pelo MM. Juiz Alexandre César Ribeiro, que

condenou **Sebastião Rodrigues da Silva** à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 33 (trinta e três) dias-multa, calculados unitariamente no valor de 50 (cinquenta) BTN's, como incurso no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, por várias vezes, na forma do artigo 71, "caput", do Código Penal, por ter, com consciência e vontade, agindo previamente ajustado e com unidade de propósitos com outros indivíduos não identificados, fraudado a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos e omitindo operação de qualquer natureza em documento ou livro exigido pela lei fiscal, deixando, com isso, de recolher R\$2.099.363,93 (dois milhões, noventa e nove mil, trezentos e sessenta e três reais e noventa e três centavos) aos cofres públicos do Estado de São Paulo, a título de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços.

Consigne-se que foi julgada extinta a punibilidade de Marcus Silva Martins, em razão do seu falecimento, nos termos do artigo 107, inciso I, do Código Penal (fls. 400).

Consta da denúncia que:

(...) Segundo o apurado, a empresa "MINASÇÚCAR LTDA", instalada neste município de Santa Rosa de Viterbo, presidida formalmente por Marcus Silva Martins entre 30 de julho de 2007 e 09 de agosto de 2016, falecido em 17 de outubro de 2021, e por SEBASTIÃO, entre o dia 09 de agosto de 2016 até atualmente, pôs-se a práticas contábeis e fiscais destinadas a sonegar imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, em prejuízo do erário estadual.

Assim, Marcus e SEBASTIÃO, juntamente com outros funcionários ainda não identificados, fizeram com que a empresa creditasse indevidamente imposto de circulação de mercadorias e serviços, fazendo escrituração, que não correspondiam à entrada de mercadorias no estabelecimento ou à aquisição de sua propriedade.

Além disso, o denunciado e demais envolvidos não identificados deixaram de entregar Guias de Informações e Apuração de ICMS, deixaram de adotar livros de entrada e saída, embora obrigados a fazê-lo, e de exibir às autoridades os referidos livros.

Essas operações foram realizadas a mando do denunciado e deram-se do modo e forma seguintes:

1) Creditou-se indevidamente do ICMS no montante de R\$ 749.200,41 (setecentos e quarenta e nove mil, duzentos reais e quarenta e um centavos), nos meses de fevereiro, março, abril, maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2016 nos valores especificados no demonstrativo denominado ANEXO I - em decorrência da escrituração de documentos neles referenciados referentes às Nota Fiscais Eletrônicas de entradas, modelo 55, de sua própria emissão, nas datas especificadas e que não correspondem a entradas de mercadorias no estabelecimento. As Notas Fiscais Eletrônicas modelo 55 foram emitidas para acobertar devolução de mercadorias de clientes em hipótese não prevista no RICMS. Notificado através das Notificações IC/N/FIS/000060776/2018 datada de 04/10/2018; IC/N/FIS/000065717/2018 datada de 31/10/2018 e IC/N/FIS/000017162/2019 datada de 02 de maio de 2019 para apresentar justificativas para a emissão das Notas Fiscais Eletrônicas (NFes) relacionadas na planilha anexa, bem como apresentar documentação idônea que comprove a efetiva devolução das mercadorias ali relacionadas quedou-se inerte. O contribuinte apresenta saldo credor no período de abril a novembro de 2016, exceto nos meses de outubro de 2016 e dezembro de 2016, ocasião que ficou omissa de GIA.

2) Creditou-se indevidamente do ICMS-ST no montante de R\$6.368,87 (seis mil, trezentos e sessenta e oito reais e oitenta e sete centavos), nos meses de fevereiro, março, abril, agosto e dezembro de 2016 no valores especificados no demonstrativo denominado ANEXO II - em decorrência da escrituração de documentos neles referenciados referentes às Nota Fiscais Eletrônicas de entradas, modelo 55, de sua própria emissão, nas datas especificadas e que não correspondem a entradas de mercadorias no estabelecimento. As Notas Fiscais Eletrônicas modelo 55 foram emitidas para acobertar devolução de mercadorias de clientes em hipótese não prevista no RICMS. Notificado através das Notificações IC/N/FIS/000060776/2018 datada de 04/10/2018; IC/N/FIS/000065717/2018 datada de 31/10/2018 e IC/N/FIS/ 000017162/2019 datada de 02 de maio de 2019 para apresentar justificativas para a emissão das Notas Fiscais Eletrônicas (NFes) relacionadas na planilha anexa, bem como apresentar documentação idônea que comprove a efetiva devolução das

mercadorias ali relacionadas quedou-se inerte.

3) Creditou-se indevidamente do ICMS no montante de R\$1.072.348,80 (um milhão, setenta e dois mil, trezentos e quarenta e oito reais e oitenta centavos), no período de fevereiro, março, maio e julho de 2016 nas datas e valores especificados no demonstrativo denominado Anexo III, em decorrência da escrituração de documentos nele referenciados e que não atendem às condições previstas no item 3 do § 1º do artigo 36 da Lei 6.374/89, conforme se comprova pelas cópias dos documentos juntadas. O contribuinte foi notificado, via DEC, através da notificação IC/N/FIS/000015767 datada de 23/04/2019 a apresentar provas de que efetivamente as mercadorias ingressaram em seu estabelecimento, permanecendo inerte. Valor total das operações no período: - R\$ 8.936.240,00 (oito milhões, novecentos e trinta e seis mil, duzentos e quarenta reais). O contribuinte apresenta saldo credor no período de abril a novembro de 2016, exceto nos meses de outubro de 2016 e dezembro de 2016, ocasião que ficou omissa de GIA. Emitente dos documentos fiscais: T L Dias Empreendimentos Ltda.- ME; I.E.86.966.78-6 CNPJ 22.874.633/0001-61 - Rua Major Domingos dos Santos Figueiredo, S/N Loja 3 - Bairro Cidade Nova - Itaperuna - RJ – CEP 28.300-000.

4) Deixou de entregar as Guias de Informação e Apuração do ICMS – GIAs referentes aos períodos de outubro e dezembro de 2016, uma vez que o prazo de apresentação já decorreu sem que o contribuinte tenha enviado referidos arquivos. Para preenchimento do Quadro 1 do AIIIM (DDF) utilizou-se os valores das Notas Fiscais escrituradas no Livro Registro de Saídas dos referidos períodos. ANEXOSIV.1 e IV.2.

5) Deixou de adotar no período de janeiro de 2016, o Livro Registro de Entradas, embora estivesse obrigado a fazê-lo, conforme prescrito na legislação do ICMS. uma vez que decorreu o prazo para envio da EFD sem que a empresa tenha enviado o arquivo. ANEXO V Quantidade de Livros: 01 (um)Quantidade de meses ou fração: 01 (um).

6) Deixou de adotar no período de janeiro de 2016, o Livro Registro de Saídas, embora estivesse obrigado a fazê-lo, conforme prescrito na legislação do ICMS uma vez que decorreu o prazo para envio da EFD sem que a empresa tenha enviado o arquivo.

ANEXO V Quantidade de Livros: 01 (um) Quantidade de meses ou fração: 01 (um);

7) Deixou de adotar no período de janeiro de 2016, o Livro Registro de Apuração de ICMS, embora estivesse obrigado a fazê-lo, conforme prescrito na legislação do ICMS uma vez que decorreu o prazo para envio da EFD sem que a empresa tenha enviado o arquivo. ANEXO V Quantidade de Livros: 01(um) Quantidade de meses ou fração: 01 (um).

8) Deixou de exibir à autoridade fiscalizadora, no prazo cominado em notificação específica para tal fim, o Livro Fiscal de Entradas, conforme se comprova pela notificação e demais documentos juntados. ANEXO VI. Tipo de Livro:- Livro Registro de Entradas. Quantidade de Livro Fiscal/Contábil: 01 -Referência Janeiro 2016: Deixou de exibir à autoridade fiscalizadora, no prazo cominado em notificação específica para tal fim, o Livro Fiscal de Saídas, conforme se comprova pela notificação e demais documentos juntados. Tipo de Livro:- Livro Registro de Saídas. ANEXO VII. Quantidade de Livro Fiscal/Contábil: 01 – Referência Janeiro 2016.

9) Deixou de exibir à autoridade fiscalizadora, no prazo cominado em notificação específica para tal fim, o Livro Fiscal de Apuração do ICMS, conforme se comprova pela notificação e demais documentos juntados. Tipo de Livro:- Livro Registro de Apuração do ICMS. ANEXOS VI e VII. Quantidade de Livro Fiscal/Contábil: 01 - Referência Janeiro 2016.

10) Creditou-se indevidamente do ICMS no montante de R\$ 268.309,74 (duzentos e sessenta e oito mil, trezentos e nove reais e setenta e quatro demonstrativo denominado ANEXO I - em decorrência de aproveitamento de créditos dos documentos neles referenciados referentes às Nota Fiscais Eletrônicas de entradas, modelo 55, de sua própria emissão, nas datas especificadas e que não é o exigido para a respectiva operação. As Notas Fiscais Eletrônicas modelo 55 foram emitidas para acobertar devolução de mercadorias de clientes em hipótese não prevista no RICMS. Notificado através das Notificações IC/N/FIS/000060776/2018 datada de 04/10/2018; IC/N/FIS/000065717/2018 datada de 31/10/2018 e IC/N/FIS/000017162/2019 datada de 02 de maio de 2019 para apresentar justificativas para a emissão das Notas Fiscais Eletrônicas

(NFes) relacionadas na planilha anexa, bem como apresentar documentação idônea que comprove a efetiva devolução das mercadorias ali relacionadas quedou-se inerte.

11) Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$ 3.136,11 (três mil, cento e trinta e seis reais e onze centavos) em janeiro de 2016 na data e valor especificado no demonstrativo anexo denominado ANEXO II, uma vez que o documento fiscal – Notas Fiscais Eletrônicas que embasam a operação não é o exigido para a respectiva operação, conforme se comprova pelas cópias dos documentos juntadas. As Notas Fiscais Eletrônicas modelo 55 foram emitidas para acobertar devolução de mercadorias de clientes em hipótese não prevista no RICMS. Notificado através das Notificações IC/N/FIS/000060776/2018 datada de 04/10/2018; IC/N/FIS/000065717/2018 datada de 31/10/2018 e IC/N/FIS/000017162/2019 datada de 02 de maio de 2019 para apresentar justificativas para a emissão das Notas Fiscais Eletrônicas (NFes) relacionadas na planilha anexa, bem como apresentar documentação idônea que comprove a efetiva devolução das mercadorias ali relacionadas quedou-se inerte.

Essas práticas criminosas foram apuradas pelo fisco e objeto de autuação fiscal (AIIM n. 4.126.386-8 - fls. 06/15 e notas explicativas de fls. 17/18) e depois de procedimento administrativo com julgamento definitivo quanto à procedência dos fatos apurados, teve os valores apurados inscritos na dívida ativa do Estado, totalizando o débito atual de 16.984.471,01 (dezesesseis milhões, novecentos e oitenta e quatro mil, quatrocentos e setenta e um reais e um centavo - doc. anexo). (...).

O apelante, em razões de recurso, requer, preliminarmente, a nulidade da sentença por violação ao princípio da imparcialidade pelo Magistrado sentenciante, devendo ser reconhecida sua suspeição, por vício de fundamentação e por violação ao princípio da congruência. No mérito, pleiteia sua absolvição, alegando (i) ausência de materialidade delitiva, em razão da não juntada aos autos da CDA (Certidão de Dívida Ativa), (ii) insuficiência de provas de ter praticado as supostas sonegações ocorridas anteriormente ao mês de agosto do ano de 2016, aduzindo que elas se deram antes de sua ascensão ao cargo Diretor Presidente da Minasçucar e (iii) por insuficiência de provas de ter perpetrado as supostas sonegações ocorridas após o mês de agosto do

ano de 2016, argumentando que nunca chegou a, efetivamente, lidar diretamente com o departamento contábil da empresa, ou, alternativamente, por ausência de dolo, ressaltando que pode ter sido negligente ou imprudente no momento de adquirir ou fiscalizar as empresas delegadas no cumprimento das obrigações acessórias. Subsidiariamente, almeja a fixação da pena-base no mínimo legal ou sua majoração no percentual de 1/8 (um oitavo); o afastamento da agravante da reincidência; o reconhecimento da atenuante de ser pessoa maior de 70 (setenta) anos da data da sentença; a redução, para 1/4 (um quarto), da fração de aumento de pena pela continuidade delitiva; e, por fim, a concessão do regime prisional aberto para o início do cumprimento da reprimenda privativa de liberdade.

Em contrarrazões, o Ministério Público requer o desprovimento do recurso.

No mesmo sentido, manifestou-se o Procurador de Justiça, opinando pelo não provimento do apelo.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Passo a fundamentar meu voto.

Inicialmente, o apelante requer o reconhecimento da nulidade processual, alegando a imparcialidade do Magistrado sentenciante, nos termos do instituto da suspeição, previsto no artigo 254 do Código de Processo Penal.

Porém, o pedido não merece acolhida, pois a mera insatisfação com os fundamentos fáticos e jurídicos que embasaram a sentença condenatória não é suficiente para comprovar a suspeição do Juiz sentenciante.

Aliás, a suspeição do Magistrado deve ser arguida pela via adequada, no momento oportuno e enquanto não

proferida sentença de mérito.

Isto significa dizer que, caso a Defesa tivesse a intenção de questionar a imparcialidade do Juiz de primeiro grau, deveria ter suscitado o incidente apropriado antes da prolação da sentença, embasando a alegação com fatos objetivos e provas concretas, o que não foi feito.

A Defesa também alega que o Magistrado usou a expressão “*extensa manifestação*” para adjetivar as suas alegações finais, além de utilizar algumas frases com juízo de valor quando da fundamentação da sentença, causando-lhe prejuízos, como: “*CDA não é e nunca foi documento essencial à ação penal*”, “*o acusado Sebastião, não foi ouvido na fase policial porque não quis comparecer na delegacia de polícia para prestar esclarecimentos*”, “*de 'testa de ferro' dos irmãos Marcelo e Marcus Martins*”, “*observe-se que a conduta do acusado é tão absurda e esdrúxula, que, mesmo sendo advogado experiente, ele admitiu ser sócio e acionista da Minasçucar, com quase 100% do capital social*”, “*o mesmo acusado Sebastião já ostenta condenação por crime de mesma espécie*” e “*tanto a entrada quanto a saída do réu do quadro societário da empresa se deram em circunstâncias suspeitíssimas*”, o que, então, indicaria a imparcialidade do julgador.

Nesse sentido, é cediço que, para o Superior Tribunal de Justiça (Info 530), a utilização de termos mais fortes e expressivos na sentença penal condenatória não configura, por si só, situação apta a comprovar a ocorrência de quebra da imparcialidade do magistrado. Assim, por exemplo, o discurso empolgado, a utilização de certos termos inapropriados em relação ao réu ou a manifestação de indignação no tocante aos crimes não configuram, isoladamente, causas de suspeição do julgador.

Logo, o Magistrado fundamentou adequadamente a sua decisão e agiu em conformidade com o artigo 155 do Código de Processo Penal, justificando a condenação do apelante não apenas nos elementos informativos colhidos na investigação, mas, também, na prova produzida em contraditório judicial.

Ainda no âmbito das questões preliminares, a Defesa suscitou a nulidade da r. sentença por vício de fundamentação,

eis que o Magistrado teria imputado ao apelante a prática de crimes da ordem tributárias relacionados a período em que ele ainda não estaria na gestão da empresa “Minasçucar”.

Pontuo que tal questão e outras (como a dosimetria da pena que lhe foi imposta) se confundem com o mérito e serão devidamente analisadas no momento adequado, não merecendo análise preambular.

Em seguida, não há que se falar na nulidade por violação ao devido processo legal e à correlação entre a denúncia e a sentença.

Ao contrário do que sustenta a Defesa, o reconhecimento de circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não alegadas pelo representante do Ministério Público não viola, de jeito algum, o princípio da congruência, de acordo com a própria inteligência do artigo 385 do Código de Processo Penal, *“nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”*.

Por sinal, as circunstâncias judiciais não integram o tipo penal e são fatores que envolvem o crime, de modo que o Juiz poderá, de ofício, considerá-las quando da fixação da pena-base.

E, em complemento, o artigo 387, inciso II, do Código de Processo Penal, prevê que, ao proferir a sentença condenatória, o Magistrado mencionará outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos artigos 59 e 60 do Código Penal.

Aqui, deve-se relembrar que nosso sistema legal aderiu ao critério trifásico de aplicação da pena (artigo 68 do Código Penal), de modo que o Magistrado, ao efetuar a individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal), deverá fundamentá-la, a fim de obter (i) a pena-base (primeira fase da dosimetria da pena), (ii) a pena provisória (segunda etapa do cálculo da pena) e (iii) a pena definitiva (terceira fase da dosimetria).

Isto posto, caberá ao Juiz avaliar as

circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, qual sejam: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e, ainda, o comportamento da vítima, estabelecendo-se, assim, a pena-base.

Consequentemente, por expressa previsão legal, não há irregularidade alguma no reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis que não tenham sido objeto de pedido do Parquet.

Nesse prisma, é a jurisprudência e a doutrina, respectivamente:

“A jurisprudência desta Corte Superior entende que não ofende o princípio da correlação a condenação por circunstâncias agravantes ou atenuantes não descritas na denúncia, nos termos dos arts. 385 e 387, I e II, ambos do Código de Processo Penal. Precedentes” (STJ - AgRg no AREsp: 2009660/PR 2021/0360477-8, T6 - Sexta Turma, Data de Julgamento: 21/06/2022, Data de Publicação: DJe 27/06/2022).

*“PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBOS TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADOS. DOSIMETRIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO NÃO EVIDENCIADO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASES MANTIDA. VIOLAÇÃO DA SÚMULA Nº 443/STJ. PENAS REVISTAS. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...)3. **Quanto ao pleito de afastamento da valoração negativa das consequências do crime, descabe falar em violação do princípio da correlação. Isso porque, conforme a dicção do art. 385 do Código de Processo Penal, aplicável, igualmente, às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, "nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada". Ainda, em seu art. 387, I, o CPP estabelece que o Juiz, ao proferir sentença condenatória, "mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer". (...)**” (STJ - HC 417.900; Proc. 2017/0247685-3; SP; Rel. Min. Ribeiro Dantas; Quinta Turma; j. 08/02/2018; DJE 16/02/2018)*

(grifos nossos).

*“As circunstâncias que não constituem nem qualificam o crime são conhecidas na doutrina como circunstâncias judiciais, circunstâncias legais e causas de aumento e de diminuição da pena. **Os elementos constantes no art. 59 do CP são denominados circunstâncias judiciais, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente.** Não são efetivas 'circunstâncias do crime', mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base”* (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 298) (grifos nossos).

“Trata o art. 59 das chamadas circunstâncias judiciais, que fornecem ao julgador os critérios necessários à fixação de uma 'pena base' entre os limites da sanção fixada abstratamente na lei penal. O dispositivo denuncia os fins da pena, determinando que seja ela estabelecida conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, sendo a culpa do agente a base fundamental para a individualização da sanção a ser aplicada. Nos termos do dispositivo em estudo, o juiz deve levar em conta, de um lado, a 'culpabilidade', os 'antecedentes', a 'conduta social' e 'a personalidade do agente', e, de outro, as circunstâncias referentes ao contexto do próprio fato criminoso, como os 'motivos', as 'circunstâncias' e 'consequências do crime', bem como o 'comportamento da vítima'. Diante desses elementos, que reproduzem a biografia moral do condenado de um lado, e as particularidades que envolvem o fato criminoso de outro, o juiz deve escolher a modalidade e a quantidade da sanção cabível, segundo o que lhe parecer necessário e suficiente para atender aos fins da pena” (MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal – Parte Geral. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 285).

Registre-se, assim, que a tarefa de julgar é constitucionalmente atribuída ao Juiz, a partir de suas convicções devidamente fundamentadas, e não pela simples repetição de tal ou qual opinião do órgão ministerial.

Ressalte-se que *“o processo penal pátrio é regido pelo princípio pas de nullité sans grief, pelo qual não se declara*

nulidade onde inexistente prejuízo para a apuração da verdade substancial da causa” (STJ, HC n. 15.523/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 7-8-2002). Isso quer dizer que nulidade alguma é de ser declarada se não houver prova do prejuízo para a acusação ou a defesa, como expressamente determina o artigo 563 do Código de Processo Penal e como os Tribunais Superiores têm reiteradamente decidido, afirmando, inclusive, que *“já é tempo para deixar-se de espiolhar nulidades em tudo, prejudicando a essência do processo que é encontrar a verdade”* (STJ, RHC n. 3.150-6/SP, rel. Min. Jesus Costa Lima).

Afastadas as preliminares arguidas, passa-se à análise do mérito.

A materialidade delitiva está provada pelo auto de infração e imposição de multa (AIIM) de fls. 06/12 complementado às fls. 16, pelo demonstrativo do débito fiscal de fls. 13/15, pelas notas explicativas ao AIIM de fls. 17/23, pelo cadastro de contribuintes de ICMS de fls. 24/27, pela consulta de débito de fls. 28/30, pelo relatório final da Autoridade Policial de fls. 360/363 e pela prova oral colhida.

O apelante Sebastião Rodrigues da Silva não foi ouvido na fase policial pois, conforme petição de fls. 77/78, foi intimado a comparecer na Delegacia de Polícia quando se encontrava em isolamento domiciliar por conta da pandemia do COVID-19.

Em seu interrogatório judicial (fls. 526/gravação audiovisual), apelante Sebastião disse que nunca foi preso ou processado criminalmente. Na realidade, já foi condenado por crime contra a ordem tributária (sonegação fiscal). **Foi Diretor Presidente da Minasçucar desde 1993 até 2002, e, após, de 2016 até a atualidade. Além disso, é sócio e acionista da empresa, com quase 100% do capital.** Em 1993 comprou a Minasçucar pelo valor que constava no contrato (valor de face); comprou, pagou, pagando barato porque a dona da empresa era filha de deputado, usineiro e não queria continuar no ramo de açúcar. **Na segunda fase, para voltar à Minasçucar, nada pagou e nada recebeu, sendo chamado por Marcus para ver se o interrogado salvava a empresa, pois Marcus dizia que como já levantou uma vez, poderia fazê-lo de novo.** Porém, quando chegou de volta à empresa a situação estava feia, sem açúcar para vender e comprar. Não se inteirou das condições da empresa antes de aceitar o regresso, pois confiou no que lhe fora falado, e, como sabia da autuação

da empresa pelo fisco, acreditava que iria fazer algum acordo com o fisco. Quando saiu da empresa em 2002, alienou-a para uma empresa uruguaia, mas não se lembra por qual valor. **A relação que teve foi com Marcus, que o convenceu a assumir a Minasçucar e tirá-la do buraco, mas logo após veio o fechamento da empresa.** A Minasçucar ficou sem patrimônio, pois foi leiloadada por Juiz Trabalhista (imóvel, máquinas, móveis e domicílios), e, por isso, foi alugado um espaço em São Paulo para receber contatos do fisco, clientes e fornecedores. Não propôs qualquer ação judicial contra a pessoa que o convenceu a retornar para a Minasçucar. Antes de assumir o cargo de Diretor Presidente em 2016, fez uma relação dos documentos que queria, o que lhe foi prometido que seria entregue, mas não lhe foi efetivamente fornecido. Por isso, chegou a fazer um pedido de renúncia à presidência, por meio de notificação extrajudicial feita por cartório, em dezembro de 2016, e acabou insistindo um pouco mais. Sobre a ata da assembleia assinada pelo interrogado acerca de sua assunção e regularidade dos atos, alega que todos quiseram resolver as coisas, e acabou sendo “vencido”. O interrogado foi advogado. Em relação ao ICMS e auto de infração, viu os valores, mas não tomou conhecimento de nada, nem mesmo dos valores. Não chegou a fazer nada que se relacionasse à fiscalização dos livros contábeis, pois de junho a dezembro ficou tentando resolver os problemas, embora fosse essa obrigação do interrogado. Quando foi convidado para regressar à Minasçucar em 2016, não houve qualquer reunião ou deliberação ou documentação acerca da situação tributária da empresa. **De janeiro a dezembro de 2016, foi para Santa Rosa de Viterbo umas quatro vezes; nunca teve contatos com a Astec ou a Piscis sobre a situação fiscal ou tributária da empresa, e ninguém lhe disse algo nesses termos.** Não se beneficiou financeiramente de sonegação nem recebeu valores da Minasçucar, como, por exemplo, salário. **Não dava ordens diretas a Astec ou Piscis para fazer ou deixar de fazer alguma coisa.**

João Carlos Rossi, agente fiscal tributário, ouvido em Juízo (fls. 523/gravação audiovisual), relatou que prestou diversos trabalhos na empresa Minasçucar, de auditoria fiscal, vindo as solicitações de São Paulo ou da Delegacia Regional Tributária. Foram constatadas irregularidades ou creditamentos indevidos de ICMS, o que ocasionou apuração de ICMS recolhido a menor. Algumas notas fiscais emitidas pela própria Minasçucar, como se fosse de devolução de mercadorias, foram emitidas indevidamente por ela mesma, sem a devida comprovação da operação registrada na documentação. A

empresa foi notificada para comprovar a devolução das mercadorias, mas não comprovou. Da mesma forma, a empresa recebeu diversas notas fiscais de fornecedores do estado do Rio de Janeiro, de valores expressivos, que geraram créditos de ICMS de valores elevados. Foi solicitado à empresa que comprovasse essas operações, mas a empresa não o fez. Por isso, foi lavrado o auto de infração. Reportava-se à empresa Minasçucar através de domicílio eletrônico, pois todo contribuinte do Estado de São Paulo se cadastra dessa forma, de domicílio eletrônico, que é o sistema oficial de comunicação entre o Fisco e a Empresa, e qualquer notificação é feita através desse meio eletrônico.

A testemunha João Batista de Campos, na fase extrajudicial (fls. 274), **sócio e proprietário da empresa Astec Contabilidade, que foi responsável pela mera transmissão de dados contábeis da Minasçucar no período de agosto de 2007 a outubro de 2017**, disse que, durante todo o período em que a Astec prestou serviços à Minasçucar, as escriturações contábil e fiscal relacionadas eram feitas pela empresa Pisces Cadastro e Cobrança Ltda., inclusive aquelas dos Livros de Registro de Entradas e de Notas Fiscais eletrônicas, as quais eram posteriormente absorvidas pela Astec Contabilidade através de e-mail, mas o depoente nunca teve acesso a qualquer documento físico fiscal. Recebia prontos os arquivos do sped fiscal, já escriturados, e competia à Astec somente a transmissão eletrônica para a Secretaria da Fazenda. A Pisces Cadastro e Cobrança Ltda é uma empresa criada pelo grupo de empresas da qual a Minasçucar faz parte, visando auxiliar sua própria administração e de outras empresas do grupo. A Minasçucar passou (e acredita ainda passar) por dificuldades financeiras, e um dos motivos de a Astec deixar de prestar serviços à Minasçucar foi a falta de pagamentos de honorários profissionais e, principalmente, a falta de remessas de documentação para o término das contabilidades a partir do ano de 2015, referente ao ano de 2014. **Apresentou cópia de e-mail enviado em 13/10/2017 para a empresa Minasçucar aos destinatários luciana@minascucar.com.br e reginaldo@minascucar.com.br, informando a suspensão definitiva dos trabalhos da Astec à Minasçucar, bem como, da notificação extrajudicial enviada pelos Correios para a Minasçucar em 25/10/2017, com Aviso de Recebimento, formalizando o encerramento da prestação de serviços.** Não teve conhecimento do auto de infração nº 4.126.386, que originou o inquérito policial, pois ele foi lavrado no ano de 2019, quando não mais prestava serviços para a empresa Minasçucar. **Disse**

que foi necessário ingressar em Juízo para que a Astec recebesse os valores devidos pela Minasçucar, pelos serviços prestados.

Em Juízo (fls. 521/gravação audiovisual), a testemunha João Batista de Campos asseverou ter prestado serviços contábeis à Minasçucar de 08/2007 a 10/2017. **Foi contratado por uma empresa relacionada à Minasçucar chamada Piscis, representada por Daniel Vilanova e por Marcus Martins. Sempre que necessário, contatava Daniel Vilanova ou o diretor Marcelo Martins acerca dos assuntos contábeis da contratante. Só conheceu o réu Sebastião após a empresa do depoente ajuizar ação de cobrança contra a Minasçucar.** Sempre que precisava de algo para fim de contabilidade da Minasçucar, contratava a empresa Piscis, mas nunca o Sr. Marcelo. O depoente nunca verificou os documentos sociais da empresa, pois apenas recebia os danos que lhe eram passados pela empresa. Sobre a Piscis, que tinha relação com a Minasçucar, trata-se de empresa criada pelo grupo da Minasçucar e por outras empresas para realizar os serviços na parte administrativa. A Astec cessou os serviços contábeis à Minasçucar por falta de pagamentos pela Minasçucar, sendo até necessário ajuizamento de ação de cobrança. Por volta de 2014 a 2017, a empresa do depoente nunca conseguia concluir os trabalhos, por haver distorção de dados em razão da documentação pendente, que a empresa do depoente cobrava e que a Minasçucar não enviava (p. ex.: como os caixas não eram suficientes, eram solicitados contratos bancários para cobertura das despesas, mas esses contratos nunca apareciam). Até então, o depoente nunca ouviu falar de Sebastião e só soube do nome deste por força da ação de cobrança ajuizada pela Astec contra a Minasçucar. Era Daniel Vilanova quem supervisionava a atividade contábil, quer por parte da Astec, como por parte da Piscis, além de Reginaldo Teófilo. O depoente prestava serviços de igual natureza para cerca de 400 clientes. A empresa do depoente apenas repassava as informações a órgãos públicos, mas nunca em relação a documentos físicos (a que não tinham acesso). A Piscis, através de Daniel e Reginaldo, era a pessoa responsável por pagar os honorários à Astec (que é a empresa do depoente).

A testemunha Luciana Barbosa Silva, na fase policial (fls. 120), disse que exerceu a função de diretora da empresa Minasçucar a partir de fevereiro de 2017. **Entre os anos de 2008 a janeiro de 2017 exercia a função de analista de crédito e cobrança.** Desconhece todas as infrações e os respectivos montantes, como

também as medidas não anotadas e os livros fiscais não exibidos que constam do auto de infração 4.126.386, e, portanto, nada tem a informar que possa ajudar no esclarecimento dos fatos.

Em Juízo (fls. 520/gravação audiovisual), a testemunha Luciana Barbosa Silva disse que **trabalhou na Minasçucar de 2008 até 2019**. Trabalhou como analista de crédito e cobrança até 2017 e, após, foi diretora comercial por dois anos. A empresa fechou e a depoente se afastou da Minasçucar. **Quando era analista de crédito, não sabia quem era que administrava efetivamente a empresa. Mas, quando foi diretora comercial, era Sebastião o Diretor Presidente da Minasçucar.** Quando foi diretora comercial, a depoente fazia a logística da empresa, em contatos com vendas e representantes. **A depoente foi convidada pelo réu para ocupar o cargo de diretora comercial. Não sabe quem assinava cheques e fazia contratações em nome da Minasçucar.** Foi dispensada da empresa em 2019 e recebeu todas as verbas trabalhistas devidas. A conversa envolvendo a dispensa foi exclusivamente entre Sebastião e a depoente, que também queria sair da empresa e ir para Ribeirão Preto. A depoente **desconhece infração tributária cometida no período de 2016, pois, nesse tempo, trabalhava com logística em venda.** Leu o estatuto da empresa e não se atentou se era de atribuição do Diretor Presidente a análise de livros contábeis. Não se recorda por qual período o acusado exerceu a presidência na Minasçucar. Quando a declarante foi dispensada, o réu ainda era Diretor Presidente da empresa. Desconhece qualquer notificação do réu aos demais integrantes da empresa de renúncia ao cargo. O réu trabalhava em Belo Horizonte e, de vez em quando, vinha a Santa Rosa de Viterbo. Ele vinha à empresa de vez em quando, mas não sabe a frequência. Não sabe que pessoa ou empresa fazia a contabilidade para a Minasçucar, mas era uma pessoa de Ribeirão Preto. Não conheceu Marcelo (irmão de Marcus), não conhecendo a pessoa de Marcus. Soube que Marcus foi Diretor Presidente. Não conheceu Marcelo Silva Martins. Soube que Marcus trabalhou na empresa, mas não sabe o que ele fazia, pois a depoente era analista de crédito.

A testemunha Marcelo Silva Martins, na fase policial (fls. 330), disse que nunca integrou os quatros sócios da Minasçucar, desconhecendo por que seu irmão Marcus Silva Martins teria declarado haver emprestado o nome dele ao declarante para ser incluído no quadro societário. Sabe apenas que **Marcus integrou o quadro societário da empresa como Diretor Presidente**, em período

que não se recorda. Como o depoente não tem qualquer contato com as atividades da Minasçucar, **nada sabe acerca dos fatos objeto deste processo**, e, desde 2016, não tem bom relacionamento com o irmão Marcus e não se falam. Desconhece sobre a falta de recolhimento do ICMS pela Minasçucar entre janeiro e dezembro de 2011.

Em Juízo (fls. 525/gravação audiovisual), a testemunha Marcelo Silva Martins afirmou que **nunca teve qualquer ligação com a Minasçucar, sendo Marcus, irmão do depoente, quem foi Diretor Presidente da “Minasçucar”**. Seu irmão faleceu por problema de coração (e não se suicidou). O depoente já esteve preso, por quatro dias, por força da "Operação Demerara", ligada a outras empresas. No processo criminal em Minas Gerais, decorrente dessa operação, o depoente celebrou acordo com o Ministério Público, mas não sabe dizer especificamente o que confessou. Conhece o réu Sebastião, que conheceu por "questão de mercado", como proprietário da Minasçucar. Nunca outorgou ou recebeu procuração do réu Sebastião. Já esteve em Santa Rosa de Viterbo há 15 ou 20 anos, para conhecer a empresa Minasçucar, a convite do seu irmão. Não sabe em que período o Sr. Sebastião exerceu a presidência da empresa “Minasçucar”. O irmão do depoente nunca lhe disse se Sebastião exerceu alguma ingerência na administração da empresa Minasçucar.

A testemunha Sérgio Tadeu Buonarotti, na fase policial (fls. 121), contou que **foi funcionário da empresa Minasçucar S/A, como diretor comercial até setembro de 2015**, sendo contratado pelo regime celetista (CLT). Sua função era contatar os clientes, sem qualquer contato ou atividade administrativa. **Todas as atribuições referentes à administração da sociedade, fiscalização e cumprimento das obrigações tributárias eram de responsabilidade, de forma isolada e exclusiva, do Diretor Presidente da empresa, Sr. Marcus Silva Martins, por imposição do próprio estatuto social da empresa, em seu artigo 12**. Por tal motivo, **nada pode esclarecer sobre o auto de infração que originou a investigação, uma vez que os fatos nele apontados datam entre janeiro e dezembro do ano de 2016**. Foi vítima de tentativa de latrocínio em agosto do ano de 2011, tendo ficado afastado de todas as suas funções laborais no período de 06/08/2011 a 13/12/2013, período em que passou por mais de 50 cirurgias, tendo reiniciado, de forma gradual, suas atividades, no início do ano de 2014. Durante todo esse período, não desenvolveu função alguma na empresa, desligando-se dela após tomar ciência de que foi pela empresa realizado

um refinanciamento junto ao Banco do Brasil, em nome da empresa, onde, sem autorização e conhecimento do declarante, ele e sua esposa foram incluídos como fiadores da operação, tendo havido a utilização de uma procuração pública falsificada, supostamente emitida pelo cartório de Ribeirão das Neves/MG. Somente tomou conhecimento do refinanciamento quando não houve o pagamento do financiamento pela Minasçucar e o declarante e sua esposa acabaram sendo protestados e negativados junto ao SERASA, SCPC, etc. Por isso, **em setembro de 2015, o declarante apresentou carta de renúncia ao cargo que ocupava, tendo, inclusive, realizado o protocolo do referido documento na JUCESP em outubro de 2015.** Como não foi aceito o desligamento do declarante pela empresa, uma vez que esta lhe respondeu, via telegrama, não teve outra alternativa, senão ingressar com reclamação trabalhista de rescisão unilateral de contrato de trabalho. Essa reclamação trabalhista tramitou pela Vara do Trabalho de Cajuru/SP sob o n.º 0011259-80.2015.5.15.0112 e não foram pagas as verbas rescisórias, em sua totalidade, ao declarante.

Em Juízo (fls. 522/gravação audiovisual), a testemunha Sérgio Tadeu Buonarotti **asseverou que trabalhou na Minasçucar em 1999 e de lá saiu em 2015, entrando na empresa a convite de Marcelo, dono dela. Sebastião foi advogado da empresa, sendo encaminhadas a ele algumas demandas, desde que o declarante chegou à empresa, por quase todo o período em que o declarante trabalhou na Minasçucar. Durante todo o período em que o declarante trabalhou na empresa, sempre foram donos da empresa, Marcelo e Marcus.** Foi o declarante quem **pediu demissão da empresa, ao descobrir que a empresa utilizou uma procuração fraudulenta, de contrato que desconhecia, com o Banco do Brasil S/A, autenticado em cartório em que o depoente nunca esteve.** Cabia ao declarante comprar, vender, fazer entregas e ter tratativas com representantes comerciais. Sobre a parte de contabilidade, financeiro e administrativa, os sócios da empresa tinham uma empresa que cuidava dessas funções, denominada Piscis Consultoria. Eram estritamente do Diretor Presidente da empresa as atribuições. Deixou a empresa em setembro de 2015. **Desde então, ao que saiba, o réu Sebastião não exerceu qualquer outra atividade, além de advogado, na empresa.** Desconhece se Sebastião dava ordens à empresa Piscis.

A testemunha Milton Fernandes Bruzinga, em solo policial (fls. 348), disse que **foi diretor comercial na empresa**

Minasçucar S/A de 15 de junho de 2016 a 27 de fevereiro de 2017, trabalhando com anotação em carteira de trabalho de 18/05/1998 até 13/01/2020, exercendo o cargo de gerente de logística. Desconhece os fatos e montantes expostos no auto de infração 4.126.386 e oferta cópias das atas de assembleia, carteira de trabalho e termo de rescisão de contrato de trabalho.

Em Juízo (fls. 524/gravação audiovisual), a testemunha Milton Fernandes Bruzinga disse que **trabalhou na Minasçucar desde o início (1998) até seu fechamento (2020).** Na época, foi convidado por Wilson Criscoulo (hoje falecido) para trabalhar na empresa. **Foi dispensado pelo réu Sebastião, em razão do fechamento da empresa, que foi vendida para a empresa Vianorte. Ao que soube, Sebastião sempre foi o dono da empresa, uma vez que o nome dele é que aparecia na documentação da empresa.** Não chegou a conversar com Sebastião, e foi o advogado, Dr. Cláudio, quem avisou ao depoente para entregar a carteira de trabalho para sua dispensa ser assinada, como de fato foi, pelo réu Sebastião. O depoente **adquiriu a marca de álcool da Minasçucar em troca de seus direitos trabalhistas.** Essa marca está em nome do depoente, mas, atualmente, ninguém usa. No entanto, o depoente está tentando negociar a venda dela com três ou quatro clientes em São Paulo (marca Minalcol). **Não tinha contato com Sebastião e suas atribuições acerca da contabilidade da empresa. Acredita que só poderia ser Sebastião que fazia a conferência dos livros fiscais da empresa, pois era ele que ficava em Minas Gerais. Confirma que exerceu atividade de 2016 a 2017 como diretor comercial, sendo subordinado a um administrador (Reginaldo) que a tudo comandava.** O declarante nunca recebeu ordens nesse período, pois a empresa estava parada. Foi chamado para fazer a coisa andar, mas, como viu que não conseguia, pediu demissão. Ia na empresa diariamente, mesmo quando a empresa estava parada. O Dr. Sebastião vinha muito pouco a Santa Rosa de Viterbo, mas na sede de Contagem, Sebastião coordenava tudo de lá. O depoente permanecia em Santa Rosa de Viterbo. **A empresa era muito grande e cada um tinha sua função.**

Importante ressaltar, desde já, que, ao contrário do alegado pela Defesa, a certidão de dívida ativa (CDA) consta às fls. 28/30, com a data de inscrição em 03 de junho de 2020 e sob o número de registro 1274753044, conforme observa-se abaixo.

Consultar Débito

Consulta de Débito			
Devedor	CNPJ	Tipo	IE
MINASCUAR S/A.	16.973.000/0004-50	Principal	622.014.310.117
Endereço			
SP 332, SN, D INDST, SANTA ROSA DE VITERBO - SP - 14270-000			
Nº de Registro/CDA	1274753044	Receitas Geradas pelo Cálculo	
Processo Administrativo	0	Receita	Valor
GDOC	0	Principal	R\$ 2.099.363,93
SIGA-DOC		Correção	R\$ 0,00
Banca Responsável	PR6-Fiscal-05	Juros de Mora do Principal	R\$ 878.857,80
Data da Inscrição	03/06/2020	Multa Punitiva	R\$ 11.139.985,81
Livro	137377	Correção Monetária da Multa Punitiva	R\$ 0,00
Folha	105	Juros de Mora da Multa Punitiva	R\$ 393.241,50
Situação	Inscrito	Saldo	R\$ 14.511.449,04

Em seguida, anoto que a denúncia descreveu que o apelante Sebastião, Marcus Silva Martins e outros funcionários não identificados da “Minasçucar” fizeram com que a empresa, no período de janeiro a dezembro de 2016, creditasse indevidamente ICMS, fazendo escrituração que não correspondia à entrada de mercadorias no estabelecimento ou à aquisição de sua propriedade, bem como deixaram de (a) entregar Guias de Informações e Apuração de ICMS, (b) adotar livros de entrada e saída, embora obrigado a fazê-lo, e (c) exibir às autoridades os referidos livros.

Consta ainda da peça da acusação que tais operações foram realizadas a mando do apelante. Ou seja, antes mesmo dele assumir o cargo de Diretor Presidente, segundo o Parquet, Sebastião já estaria envolvido nas práticas criminosas apuradas no AIIM, datadas desde janeiro de 2016.

Marcus Silva Martins exerceu o cargo de Diretor Presidente da “Minasçucar” de 30 de julho de 2007 a 09 de agosto de 2016, vindo a falecer em 17 de outubro de 2021 e, por isso, foi julgada extinta sua punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso I, do Código Penal (fls. 400).

Já Sebastião passou a ocupar o cargo de Diretor Presidente da empresa “Minasçucar” a partir de 09 de agosto de 2016, lá permanecendo até a dissolução irregular da empresa.

A sentença apelada, então, entendeu que a responsabilidade penal do apelante abarcaria todas as operações do ano

de 2016, imputando a ele, por mais de dez vezes, a prática do crime do artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90.

Porém, o conjunto probatório não esclareceu, de forma segura e inconteste, a participação do apelante Sebastião nas supostas práticas contábeis e fiscais destinadas a sonegar ICMS, em prejuízo do erário estadual, no período anterior ao mês de agosto de 2016, devendo o recurso, nesse ponto, ser parcialmente provido.

A testemunha João Batista de Campos relatou ter sido o responsável pela transmissão de dados contábeis da “Minasçucar” no período de agosto de 2007 a outubro de 2017, tendo sido contratado por uma empresa relacionada à “Minasçucar”, chamada Piscis e representada por Daniel Vilanova e por Marcus Martins. Asseverou que, sempre que necessário, contatava Daniel ou Marcelo (diretor) acerca dos assuntos contábeis da contratante, esclarecendo que só conheceu o apelante Sebastião após a sua empresa “Astec Contabilidade” ajuizar ação de cobrança contra a Minasçucar. Disse também que a “Minasçucar” passou por dificuldades financeiras e um dos motivos de a “Astec Contabilidade” deixar de prestar serviços para ela foi a falta de pagamentos de honorários profissionais e, principalmente, a falta de remessas de documentação para o término das contabilidades a partir do ano de 2015, referente ao ano de 2014. Apresentou cópia de e-mail enviado em 13 de outubro de 2017 para a empresa “Minasçucar” aos destinatários “luciana@minascucar.com.br” e “reginaldo@minascucar.com.br”, informando a eles acerca da suspensão definitiva dos trabalhos da “Astec Contabilidade”. Apresentou a notificação extrajudicial enviada pelos Correios para a “Minasçucar” em 25 de outubro de 2017, com AR positivo, formalizando o encerramento da prestação de serviços. Ou seja, o único contato que tal testemunha teve com o apelante foi posterior ao seu ingresso como Diretor Presidente na “Minasçucar”, notadamente em meados de 2017, bem como indicando Daniel, Marcus (falecido) e Marcelo (irmão de Marcus) como sendo os responsáveis pelos assuntos contábeis da empresa.

Já a testemunha Luciana Barbosa Silva disse ter trabalhado na “Minasçucar” de 2008 até 2019. Esclareceu que exerceu a função de analista de crédito e cobrança até o ano de 2017 e, após, de diretora comercial por mais dois anos. Alegou que, quando era analista de crédito, não sabia quem era a pessoa que administrava

efetivamente a empresa, mas, quando passou a ser diretora comercial (no ano de 2017), o Diretor Presidente da Minasçucar era o apelante Sebastião.

A testemunha Marcelo Silva Martins disse que seu irmão Marcus (falecido) integrou o quadro societário da “Minasçucar” como Diretor Presidente. Contou que já ficou preso, por quatro dias, em razão da “Operação Demerara”, ligada a outras empresas, de modo que celebrou acordo com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, não sabendo, contudo, dizer o que confessou.

A testemunha Sérgio Tadeu Buonarotti narrou ter sido diretor comercial da empresa “Minasçucar” até setembro de 2015, pontuando que todas as atribuições referentes à administração da sociedade, fiscalização e cumprimento das obrigações tributárias eram de responsabilidade, de forma isolada e exclusiva, do Diretor Presidente da empresa, o qual, à época, era Marcus (falecido). Disse também que, durante todo o período em que lá trabalhou, os donos da empresa eram os irmãos Marcelo e Marcus (falecido). Informou ter pedido demissão da empresa em 2015, nada conseguindo esclarecer sobre os fatos relacionados ao ano de 2016. Porém, tinha, até então, ciência de que o apelante Sebastião era apenas o advogado da empresa.

A testemunha Milton Fernandes Bruzinga contou ter sido diretor comercial na empresa “Minasçucar” de 15 de junho de 2016 a 27 de fevereiro de 2017, mas ter trabalhado na empresa desde o início (1998) até seu fechamento (2020), quando foi dispensado por Sebastião. Disse que, pelo que sabe, o apelante sempre foi o dono da empresa, uma vez que o nome dele é que aparecia na documentação. Não tinha contato com o apelante nem com as atribuições dele acerca da contabilidade da empresa. Ocorre que se mostra frágil apenas o depoimento dessa testemunha desprovida de qualquer documentação indicando a participação do apelante na sonegação fiscal do período de janeiro a julho de 2016.

Não se pode olvidar que na Ata de Assembleia Geral Ordinária dos Acionistas da Minasçucar S/A, datada de 15 de junho de 2016, o apelante foi eleito para o cargo de Diretor Presidente por um mandato de 3 (três) anos, bem como consta dos itens 'ii' e 'iii' das deliberações, o que segue: *“ii) ficam ratificados todos os atos passados praticados pelos Diretores que ora sucedidos; iii) por fim, declarou o*

Sr. Sebastião Rodrigues da Silva, na qualidade de representante legal de Delta Comércio e Distribuição Ltda., acionista controladora, que TODOS os atos praticados pela Diretoria em nome da sociedade anônima até a presente data e dentro do novo prazo de seu mandato, são plenamente válidos e legítimos” (fls. 305/351) (grifos nossos).

Isto significa dizer que o apelante concordou com os atos anteriormente praticados pelo antigo Diretor Presidente (no caso, Marcus - falecido).

Ora, se o apelante ratificou em Ata os atos praticados pelos administradores anteriores, no mínimo, a partir de sua gestão (9 de agosto de 2016), deveria ele ter agido com o dever de diligência em relação à documentação fiscal e contábil da empresa, conduta intrínseca à função de um administrador.

E, embora haja notícias de que o apelante seria acionista da “Minasçucar” (eis que se trata de uma sociedade anônima fechada) e seria, em tese, o principal interessado nos resultados decorrentes da sonegação fiscal, não há prova inequívoca nos autos de sua efetiva participação durante a administração fraudulenta de Marcus.

Ou seja, não foi demonstrado em que medida o apelante concorreu para os atos de sonegação fiscal após deixar a administração da empresa no ano de 2007, tendo ele somente retornado para o cargo de Diretor Presidente em agosto de 2016.

No mais, o apelante trata-se de pessoa instruída que, no passado, já foi condenado pelo mesmo crime dos autos (ação penal de nº 0001399-28.2007.8.26.0549).

Com isso, embora os atos de sonegação fiscal estivessem sendo praticados antes mesmo de Sebastião assumir como Diretor Presidente da “Minasçucar”, só é possível, pelas provas acostadas aos autos, imputar a ele os crimes contra a ordem tributária correspondentes aos meses de agosto a dezembro de 2016.

Além disso, o elemento subjetivo do tipo é dolo genérico, bastando, para o exaurimento do crime, que o agente tenha a vontade livre e consciente de fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos e omitindo operação de qualquer natureza

em documento ou livro exigido pela lei fiscal, não se exigindo do agente estado de ânimo voltado a um fim específico (dolo específico).

“(..). 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. (...). 5. (...). 6. Agravo regimental improvido” (STJ - AgRg no Agravo em Recurso Especial Nº 253.828 SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 24/03/2015).

“(...) não se exige dolo específico em fraudar o Fisco. Uma pessoa que se propõe a gerir uma empresa não precisa ter conhecimentos de um contador, mas tem consciência que o seu estabelecimento deverá prestar informações ao Fisco e manter documentação necessária para comprovação do que prestou. As escusas apresentadas de que 'não teriam conhecimento da prática do delito' ou de que 'não participavam da gerência da empresa' não afastam a responsabilidade dos réus na prática dos delitos que lhe são imputados (...).” (TJSP - Apelação nº 0000974-12.2010.8.26.0576, 6ª Câmara Criminal, Rel. Des. Machado de Andrade, DJ: 04/09/2014).

A conduta estampada no auto de infração demonstra claramente o dolo fraudulento no sentido de se beneficiar de crédito do ICMS e, assim, obter vantagem indevida em detrimento dos cofres públicos.

Se não bastasse, o apelante não trouxe aos autos nada que comprovasse seus argumentos, cujo ônus lhe competia.

Assim, não há que se falar em negativa de autoria, tampouco na ausência da demonstração de dolo.

No mais, às fls. 06/15 e 17/18 constam o Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) e as suas notas explicativas, respectivamente.

É certo que o depoimento do agente fiscal é dotado de fé pública, de modo que ele declarou que foram constatadas irregularidades na “Minasçucar”, com creditamento indevido de ICMS,

que ocasionou ICMS a menor a ser recolhido. Contou também que algumas notas fiscais foram emitidas como se fossem devolução de mercadoria e que a empresa recebeu diversas notas fiscais de um fornecedor contribuinte, gerando créditos e valores elevados. Notificada para comprovar os fatos, não o fez. Por isso, foi lavrado o auto de infração.

Nesse sentido, vejamos abaixo as operações fraudulentas, conforme AIIM nº 4.126.386, que seriam de responsabilidade penal do apelante:

i) Creditou-se indevidamente do ICMS no montante de R\$749.200,41 (setecentos e quarenta e nove mil, duzentos reais e quarenta e um centavos), nos meses de fevereiro, março, abril, maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2016 nos valores especificados no demonstrativo denominado ANEXO I - em decorrência da escrituração de documentos neles referenciados referentes às Nota Fiscais Eletrônicas de entradas, modelo 55, de sua própria emissão, nas datas especificadas e que não correspondem a entradas de mercadorias no estabelecimento. As Notas Fiscais Eletrônicas modelo 55 foram emitidas para acobertar devolução de mercadorias de clientes em hipótese não prevista no RICMS. Notificado através das Notificações IC/N/FIS/000060776/2018 datada de 04/10/2018; IC/N/FIS/000065717/2018 datada de 31/10/2018 e IC/N/FIS/000017162/2019 datada de 02 de maio de 2019 para apresentar justificativas para a emissão das Notas Fiscais Eletrônicas (NFes) relacionadas na planilha anexa, bem como apresentar documentação idônea que comprove a efetiva devolução das mercadorias ali relacionadas quedou-se inerte. O contribuinte apresenta saldo credor no período de abril a novembro de 2016, exceto no mês de outubro de 2016 e dezembro de 2016, ocasião que ficou omissa de GIA.

ii) Creditou-se indevidamente do ICMS-ST no montante de R\$6.368,87 (seis mil, trezentos e sessenta e oito reais e oitenta e sete centavos), nos meses de fevereiro, março, abril, agosto e dezembro de 2016 nos valores especificados no demonstrativo denominado ANEXO II em decorrência da escrituração de documentos neles referenciados referentes às Nota Fiscais Eletrônicas de entradas, modelo 55, de sua própria emissão, nas datas especificadas e que não correspondem a entradas de mercadorias no estabelecimento. As Notas Fiscais Eletrônicas modelo 55 foram emitidas para acobertar devolução

de mercadorias de clientes em hipótese não prevista no RICMS. Notificado através das Notificações IC/N/FIS/000060776/2018 datada de 04/10/2018; IC/N/FIS/000065717/2018 datada de 31/10/2018 e IC/N/FIS/ 000017162/2019 datada de 02 de maio de 2019 para apresentar justificativas para a emissão das Notas Fiscais Eletrônicas (NFes) relacionadas na planilha anexa, bem como apresentar documentação idônea que comprove a efetiva devolução das mercadorias ali relacionadas quedou-se inerte.

Assim, apenas devem ser considerados os tributos sonegados em tal período e, para tanto, basta calcular o valor do imposto sonegado em tais meses (agosto, setembro, novembro e dezembro de 2016) indicados nos meses de referência na CDA de fls. 29 ou no seguinte anexo elaborado pelo agente fiscal de rendas (fls. 21).

Ref.	Crédito Indevido Total da Referência	Crédito Impugnado	Item do DDF	Cred. Impugnado por Item	Base para multa	Termo Inicial dos Juros Art. 365 do RICMS/00	Termo Inicial (DANF) Conforme Artigo 365 do RICMS/00	Último dia do período
01/01/16	R\$ 271.445,85	R\$ 271.445,85	11	R\$ 268.309,74	2.342.769,43	31/01/16	31/01/16	31/01/16
01/02/16	R\$ 433.392,26	R\$ 433.392,26	11	R\$ 433.392,26	2.342.769,43	31/02/16	31/02/16	31/02/16
01/03/16	R\$ 564.757,21	R\$ 564.757,21	12	R\$ 564.757,21	2.342.769,43	31/03/16	31/03/16	31/03/16
01/04/16	R\$ 192.473,76	R\$ 192.473,76	13	R\$ 192.473,76	2.342.769,43	31/04/16	31/04/16	31/04/16
01/05/16	R\$ 192.473,76	R\$ 192.473,76	14	R\$ 192.473,76	2.342.769,43	31/05/16	31/05/16	31/05/16
01/06/16	R\$ 355.361,75	R\$ 355.361,75	15	R\$ 355.361,75	2.342.769,43	31/06/16	31/06/16	31/06/16
01/07/16	R\$ 171.264,00	R\$ 171.264,00	16	R\$ 171.264,00	2.342.769,43	31/07/16	31/07/16	31/07/16
01/08/16	R\$ 85.477,07	R\$ 85.477,07	17	R\$ 85.477,07	2.342.769,43	31/08/16	31/08/16	31/08/16
01/09/16	R\$ 6.042,82	R\$ 6.042,82	18	R\$ 6.042,82	2.342.769,43	31/09/16	31/09/16	31/09/16
01/10/16	R\$ -	R\$ -	19	R\$ -	2.342.769,43	31/10/16	31/10/16	31/10/16
01/11/16	R\$ 24.678,86	R\$ 24.678,86	20	R\$ 24.678,86	2.342.769,43	31/11/16	31/11/16	31/11/16
01/12/16	R\$ 14.470,35	R\$ 14.470,35	21	R\$ 14.470,35	2.342.769,43	31/12/16	31/12/16	31/12/16
Total	R\$ 2.093.393,93	R\$ 2.093.393,93						

Documento emitido mediante uso de assinatura eletrônica de acordo com o caput da RA-75 de 14/07/2016 e 18/03/2009.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO, protocolado em 08/12/2020 às 02:12, sob o número VSRV2080. Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/assinador/publico/consultar_docus, informe o processo 1500721-79.2020.8.26.0549 e código 000411.

A soma de tais valores é de R\$130.669,10 (cento e trinta mil e seiscentos e sessenta e nove reais e dez centavo).

Nesse sentido, restou inconteste que o apelante fraudou a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos e omitindo operação de qualquer natureza em documento ou livro exigido pela lei fiscal nos meses de (i) agosto, (ii) setembro, (iii) novembro e (iv) dezembro de 2016.

Comprovadas, portanto, a materialidade e autoria delitiva, de rigor a manutenção da condenação do apelante como incurso no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90.

Passo à análise da dosimetria.

Inicialmente, em atenção ao 59 do Código Penal, a fundamentação utilizada pelo Juízo *a quo* acerca do valor sonegado é motivo idôneo, pois representa as consequências desfavoráveis do delito.

Frise-se que o total do valor sonegado de R\$130.669,10 (cento e trinta mil e seiscentos e sessenta e nove reais e dez centavo) pelo apelante, sem contar juros e multas administrativas, ainda é bastante significativo e justifica a fixação da reprimenda acima do mínimo legalmente estabelecido.

A supressão de tributos em montante superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) autoriza a exasperação da pena-base. Precedentes” (TRF-4 - APR: 50496299320164047000/PR, Relator.: Ângelo Roberto Ilha da Silva, Sétima Turma, Data de Julgamento: 09/05/2023).

“No entanto, em sendo significativo o montante sonegado, há justificativa para a valoração da pena-base, sendo que, nos crimes patrimoniais contra o Erário, este Tribunal vem estabelecendo que a ocorrência de prejuízo superior a R\$100.000,00 (cem mil reais) enseja a consideração desabonatória da vetorial em tela” (TRF-4 - ACR: 50024919020134047015/PR, Relatora: Desembargadora Federal Salise Monteiro Sanchotene, Sétima Turma, Data de Julgamento: 23/07/2019).

“Nos crimes contra a ordem tributária, o montante do valor sonegado, se expressivo, é motivo idôneo para a exasperação da pena-base, a título de consequências desfavoráveis da conduta. O prejuízo para os cofres públicos é elemento constitutivo do tipo penal, mas seu valor deve ser sopesado pelo juiz no momento da individualização da pena” (STJ - AgRg no REsp: 1913320 PR 2020/0341660-1, Relator.: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, T5 - Quinta Turma, Data de Julgamento: 23/03/2021, Data de Publicação: DJe 29/03/2021).

“Nos delitos contra a ordem tributária e contra a Administração Pública é possível o agravamento da pena-base com fundamento no prejuízo sofrido pelos cofres públicos, quando o valor do prejuízo representa montante elevado, dada a maior reprovabilidade da conduta” (STJ - AgRg no AREsp 1249284/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 05/06/2018).

“(…) Na hipótese dos autos a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista circunstância desfavorável referente às consequências do crime, quanto ao considerável montante do tributo sonegado, o que evidencia, sem sombra de dúvida, consequência extremamente nociva ao erário.” (STJ - HC: 187498 GO 2010/0187983-9, Relator.: Ministra Laurita Vaz, T5 - Quinta Turma, Data de Julgamento: 07/05/2013, Data de Publicação: DJe 15/05/2013).

Da mesma forma, bastante reprovável a circunstância de ter a empresa “Minasçucar” encerrado as atividades de forma irregular (dissolução irregular), deixando-a insolvente e sem qualquer patrimônio para garantia ou pagamento do débito tributário, o que também autoriza a majoração da pena-base.

Logo, o Magistrado de primeiro grau fundamentou adequadamente a valoração negativa das circunstâncias judiciais, agindo em sua esfera de discricionariedade com bastante razoabilidade e proporcionalidade.

“A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.” (STJ - AgRg no HC n. 577.284/PB, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 26/5/2020).

“No que se refere à culpabilidade e às circunstâncias do crime, infere-se que as instâncias estaduais, dentro do critério de discricionariedade vinculada dos julgadores, apontaram fundamentos idôneos que justificaram o julgamento desfavorável de tais vetores, demonstrando que a prática do delito ocorreu com distanciamento da normalidade do tipo penal” (STJ - AREsp n.

1.237.145, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 04/04/2018).

Todavia, verifico que a pena-base foi fixada com excessivo rigor na metade, merecendo reparos.

Com isso, aliando-me à jurisprudência dominante, utilizo-me da fração de 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial desfavorável, e, considerando a valoração negativa de duas circunstâncias judiciais, reduzo a exasperação da pena-base para 1/3 (um terço), perfazendo, agora, a reprimenda de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

“Consolidou-se esta Corte no sentido de que, em regra, a elevação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada vetorial negativa, exceto quando evidenciado, por meio de elementos concretos do caso, a maior gravidade da conduta” (STJ - AgRg no REsp n. 1.943.477/SP, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), 6ª Turma, julgado em 3/5/2022).

Na segunda fase, ao contrário do alegado pela Defesa, a atenuante da senilidade já foi compensada integralmente com a agravante da reincidência (fls. 373), permanecendo a pena inalterada.

Na derradeira fase da dosimetria penal, vale registrar que nos crimes contra a ordem tributária relacionados a tributos de apuração mensal, como o ICMS, considera-se que há um crime para cada competência (leia-se: mês), independentemente da quantidade de atos fraudulentos praticados durante este período.

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. FRAUDE CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DO RÉU. (...) Crimes que, apesar de várias condutas, se aperfeiçoam quando efetivado cada lançamento tributário, onde efetivado o aproveitamento consciente da infração, aqui indicado em quatro meses do ano de 2013. Exasperação de 1/4. Entendimento da Súmula 659 do C. STJ” (TJSP; Apelação Criminal 1003838-76.2021.8.26.0428; Relator: Alcides Malossi Junior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal, Data do Julgamento: 27/02/2025; Data de Registro: 07/03/2025).

“(…) O cometimento de diversos crimes em contexto de continuidade delitiva, pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, impõe a majoração da pena, na forma do art. 71 do Código Penal. Como o ISS constitui imposto de apuração mensal, cada sonegação do tributo ocorrida no período de um mês se configura um único delito, devendo ser adotado o critério de quantidade de crimes cometidos para a exasperação da pena” (TJDFT - ACr 0007833-34.2013.8.07.0005 1874774, Relator.: Simone Lucindo, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 06/06/2024, Data de Publicação: 19/06/2024).

Assim, no caso, considerando os meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2016, foram praticados 4 crimes em continuidade.

Nesse ponto, a Superior Tribunal de Justiça, ao editar a Súmula 659, estabeleceu critérios objetivos para a aplicação da fração de aumento de pena pela continuidade delitiva, prevista no artigo 71 do Código Penal. Nesse sentido, deve ser observada a quantidade de infrações praticadas pelo agente, para que se aplique a fração adequada: *“A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações”* (grifos nossos).

Logo, configurada a continuidade delitiva, por quatro vezes, a pena deve ser elevada em 1/4 (um quarto), chegando-se na reprimenda final de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses, além do pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa.

Após, para a pena de multa, o Magistrado sentenciante estipulou o valor unitário em 50 (cinquenta) Bônus do Tesouro Nacional (BTN), nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90.

Ocorre que tal índice utilizado para a estipulação do valor unitário da pena de multa foi extinto, nos termos do artigo 3º da Lei nº 8.177/91.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado de que a extinção do índice BTN não é motivo para afastar a condenação da pena de multa, de modo que o julgador poderá utilizar, subsidiariamente, o disposto no artigo 49, § 1º, do Código Penal.

“(...) 4. A extinção da BTN, a que faz referência o artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90, não conduz à inaplicabilidade da pena de multa, pois tratando-se dos crimes contra a ordem tributária, aplica-se, subsidiariamente, a regra geral contida no artigo 49, § 1º do Código Penal (AgRg no REsp 1531334/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 23/10/2015). 5. Agravo regimental improvido” (AgRg nos EDcl no REsp: 1789596 DF 2018/0347620-8, Relator.: Ministro Nefi Cordeiro, T6 - Sexta Turma, Data de Julgamento: 19/05/2020, Data de Publicação: DJe 25/05/2020).

“(...) Este Superior Tribunal, contrariando os fundamentos do acórdão distrital, possui orientação no sentido de que a extinção do índice utilizado como parâmetro para a fixação da pena pecuniária (multa) não elimina o preceito secundário, previsto na norma incriminadora, devendo ser restaurados os efeitos da lei geral, aplicando-se ao caso concreto o Código Penal, mais especificamente o disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, que fixa o salário-mínimo como unidade de valor para a fixação da pena de multa. Nesse sentido: o salário-mínimo a ser utilizado no cálculo do dia-multa é aquele vigente ao tempo dos fatos, nos termos expressos do art. 49, § 1º, do Código Penal (REsp 1065756/RS, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 17/4/2013). No caso, a insurgência merece ser acolhida, porque considerando-se a extinção de índice indexador 'no caso o Bônus do Tesouro Nacional, BTN' operada pela Lei n. 8.137/1990, se tem como adequada a solução encontrada pelo recurso especial, no sentido de não se excluir a pena de multa aplicada. Nesse contexto, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, cominada a pena de multa ao delito, a sua imposição ao agente é de caráter necessário, haja vista cuidar-se de sanção penal, não sendo possível a isenção da pena de multa ante a inexistência de previsão legal (REsp 735.898/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/10/2009)” (REsp: 1.386.317/DF - 2013/0180430-8, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 25/05/2015).

Então, de ofício, deve a decisão recorrida ser alterada para que a referência ao BTN seja substituída pela regra geral prevista no artigo 49 do Código Penal, razão pela qual o valor do dia-multa será calculado no mínimo legal de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo.

Por fim, o regime inicial fechado deve ser mantido.

Isto porque o artigo 33, § 2º, alíneas “b” e “c”, do Código Penal, vedou expressamente a concessão dos regimes semiaberto e aberto aos reincidentes.

O Superior Tribunal de Justiça excepcionou a regra legal e editou a Súmula 269, considerando admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos desde que favoráveis as circunstâncias judiciais.

No presente caso, o apelante não faz jus à exceção jurisprudencial, pois, além de ser ele reincidente, foram valoradas negativamente as circunstâncias judiciais, de maneira que o regime prisional fechado se afigura o mais adequado.

STJ: “*Sendo a paciente reincidente e portadora de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes), o regime fechado mostra-se o mais adequado, ainda que a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não sendo aplicável a Súmula n. 269/STJ: “É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”. A incidência da Súmula n. 269/STJ pressupõe que todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis, o que não ocorre na espécie. Nesse sentido os seguintes julgados desta Corte Superior: (HC n. 329.644/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 14/10/2016). (AgInt no HC n. 323.418/ES, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 21/6/2016)” (AgRg no HC n. 748.253/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), 5ª Turma, julgado em 2/8/2022).*”

“A jurisprudência desta Corte é firme em assinalar que a reincidência é fundamento adequado e suficiente para

justificar a adoção de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso.” (STJ - AgRg no HC: 718952 SP 2022/0015856-9, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, T6 - Sexta Turma, Data de Julgamento: 05/04/2022, DJe 08/04/2022).

Desta forma, **REJEITO** as preliminares arguidas e, no mérito, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, para reduzir a pena imposta ao apelante para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, calculados no mínimo legal, como incurso no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, por quatro vezes, na forma do artigo 71, “caput”, do Código Penal, mantendo, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau.

TOLOZA NETO
relator
assinatura eletrônica