



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTOS
FORO DE SANTOS
6ª VARA CRIMINAL
PRAÇA JOSÉ BONIFÁCIO, S/N, Santos - SP - CEP 11013-910
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Físico n.º: **0034894-82.2011.8.26.0562 Controle n.º 656/11**
 Classe - Assunto: **Ação Penal - Procedimento Ordinário - Crimes contra a Ordem Tributária**
 Autor: **Ministerio Publico**
 Réu: [REDACTED]

Vistos, etc.

[REDACTED], qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções previstas no artigo 1º, incisos I e II, e no artigo 2º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90, c.c. o artigo 71, *caput*, do Código Penal, porque durante os anos de 2001 a 2003, na empresa [REDACTED] situada na [REDACTED] neste Município e Comarca, omitiu informações e prestou declarações falsas às autoridades fazendárias; fraudou a fiscalização tributária, omitindo operações de entrada e saída de mercadorias de seu estabelecimento em livros exigidos pelos fidejantes de rendas do Estado de São Paulo; bem como deixou de recolher o valor de tributos (ICMS), no prazo legal.

Diz a denúncia (fls. 1i/2i) e o aditamento (fls. 237/239) que o acusado era sócio diretor da empresa [REDACTED], razão pela qual detinha o domínio do fato. Nos exercícios dos anos 2001 a 2003, ele deixou de pagar o ICMS no montante de R\$ 501.527,75 (quinhentos e um mil, quinhentos e vinte e sete reais e setenta e cinco centavos). O montante foi apurado em levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTOS
FORO DE SANTOS
6ª VARA CRIMINAL
PRAÇA JOSÉ BONIFÁCIO, S/N, Santos - SP - CEP 11013-910
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Diz, por fim, que durante o mesmo período, o acusado deixou de escriturar notas fiscais modelo 1, emitidas pela [REDACTED] relativos às entradas de mercadorias no estabelecimento.

Recebida a denúncia (fls. 240 e verso), foi o réu citado pessoalmente (fls. 245/246). Seu Defensor ofereceu a resposta de fls. 260/276, prosseguindo-se na persecução penal, uma vez que ausente causa de absolvição primária (fl. 277).

Na instrução foram ouvidas quatro testemunhas (fls. 340, 357, 358 e 413), procedendo-se ao interrogatório (fl. 436).

Em alegações finais, por memoriais, o Ministério Público requereu a procedência da ação penal, entendendo provados os fatos narrados na inicial (fls. 444/458).

A Defesa, por sua vez, em suas derradeiras alegações escritas, pleiteou, em preliminar, o reconhecimento da inépcia da denúncia. Ademais, requereu o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, relativamente ao crime previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90. No mérito, pugnou pela absolvição, sustentando a insuficiência probatória, uma vez que a acusação não produziu prova para determinar o fato. Subsidiariamente, pleiteou a fixação da pena base no mínimo legal e o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos imputados. Por fim, requereu a fixação do regime prisional inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (fls. 461/490).

É o relatório.

Fundamento e decidido.

A preliminar invocada pela Defesa não pode ser acolhida.

Bem se sabe que a denúncia deve ser concisa, limitando-se a apontar os fatos imputados ao agente, indicando qual o fato pelo qual o acusado está sendo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTOS
FORO DE SANTOS
6ª VARA CRIMINAL
PRAÇA JOSÉ BONIFÁCIO, S/N, Santos - SP - CEP 11013-910
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

processado, para que então possa o réu se defender.

No caso *sub judice*, nota-se claramente que não há qualquer mácula na denúncia, que permite a exata compreensão do teor da acusação, cumprindo assim o objetivo de proporcionar a ampla defesa, concretizada em justo e devido processo legal.

Com efeito, a petição inicial e o aditamento descreveram adequadamente os fatos delituosos que ao réu foram imputados, não se cogitando de inépcia. Outrossim, adequado ressaltar que o réu pôde exercer plena defesa pessoal e técnica a respeito das acusações que lhe foram dirigidas.

Nestes termos, infere-se claramente que a denúncia e aditamento contêm todos os requisitos enumerados no artigo 41 do Código de Processo Penal, pois expõe com clareza os fatos delituosos, as principais circunstâncias que os cercam, qualifica o acusado e classifica os tipos penais.

Assim, não há falar em inépcia, mesmo porque não houve qualquer prejuízo ao réu, que pôde se defender dos fatos narrados e que lhe foram aqui imputados.

De outro lado, à vista da acusação exposta na petição inicial, forçoso declarar a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva relativamente ao crime previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90.

Com efeito, a pena máxima atribuída a esse crime é de 2 (dois) anos de detenção e multa, de modo que prescreve em 4 (quatro) anos, de acordo com o disposto no artigo 109, inciso V, do Código Penal.

Assim, e considerando que o auto de infração e imposição de multa foi inscrito na dívida ativa em 20 de julho de 2011 (fl. 175), e levando em conta a pena máxima cominada à referida infração penal, a prescrição da pretensão punitiva se consumou em 19 de julho de 2015.

Na verdade, o recebimento da denúncia aos 7 de agosto de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTOS
FORO DE SANTOS
6ª VARA CRIMINAL
PRAÇA JOSÉ BONIFÁCIO, S/N, Santos - SP - CEP 11013-910
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2015 (fl. 240 e verso) não interrompeu o curso do lapso prescricional, que já estava caracterizado em data anterior.

Desta forma, incumbe reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, considerada a pena máxima abstratamente cominada ao delito previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90.

E, no que concerne ao crime previsto no artigo 1º, incisos I e II, da Lei n.º 8.137/90, o pedido inicial é improcedente, uma vez que não há prova suficiente para a condenação.

Em Juízo, o acusado declarou que era responsável pela administração da empresa [REDACTED]. Disse que era ex-vendedor da [REDACTED] e, naquela época, montou uma distribuidora dos seus produtos na Baixada Santista. Atuava na parte comercial e sua esposa administrava a empresa. Referiu que um fiscal apareceu na empresa dizendo que havia notas fiscais que não tinham sido escrituradas. Como estava trabalhando fora da sede, disse para o fiscal entrar em contato com a contadora, de prenome Márcia, a qual forneceu-lhe os documentos solicitados. Após isso, o fiscal apresentou as notas fiscais e as multas. Afirmou que não tem conhecimento sobre estes fatos. Esclareceu que a contadora Márcia era contratada para fazer toda a escrituração da empresa e sua esposa se encarregava de entregar todos os documentos pertinentes ao recebimento das mercadorias. Disse que sempre acompanhava quando o vendedor tirava o pedido de venda, que era passado através de fax, e era emitida a nota fiscal. Quanto aos problemas relacionados à manutenção de estoque das mercadorias, explicou que, às vezes, apareciam carunchos nas rações, outras vezes proliferavam fungos ou os sacos onde eram armazenadas rasgavam, de maneira que perdiam a mercadoria danificada. Declarou não saber o que aconteceu para o Fisco afirmar que teria omitido e prestado declarações falsas para fraudar a fiscalização tributária. Afirmou que a contadora entregou todos os documentos solicitados pelo fiscal. Não se recorda de não ter localizado livros contábeis. Referiu que tentou, por várias vezes, efetuar o pagamento destes tributos, mas não conseguiu fazê-lo devido ao valor altíssimo. Informou que teve problemas com a contadora, dizendo que ela deixou de pagar várias coisas, o que descobriram ao contratar



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTOS
FORO DE SANTOS
6ª VARA CRIMINAL
PRAÇA JOSÉ BONIFÁCIO, S/N, Santos - SP - CEP 11013-910
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

um novo contador. Esclareceu que na fiscalização em tela, o fiscal apenas pediu a apresentação dos livros e não observou o estoque ou as dependências da empresa. Disse que as notas fiscais que acompanhavam as mercadorias recebidas eram genéricas e não identificavam lote ou número de produção. Afirmou que não teria conhecimentos técnicos para fiscalizar os serviços da contadora terceirizada. Negou ter ordenado aos funcionários ou a contadora que deixassem de escriturar ou lançar alguma nota fiscal. Declarou não ter mais nenhuma outra dívida tributária. Revelou que atualmente continua com a empresa [REDACTED] atuando no "ramo de areia". É casado e possui dois filhos maiores. Mora em casa própria com a família. Possui o ensino médio completo (gravação audiovisual).

[REDACTED], agente fiscal de rendas, referiu que o auto de infração foi elaborado em razão de lista enviada pela DEAT, tendo sido encaminhadas várias notas fiscais emitidas pela empresa. Assim, notificou o contribuinte para apresentar os documentos fiscais relativos àquele período. Informou que confrontando a listagem fornecida pela DEAT com os livros fiscais, verificou que várias notas fiscais de entrada não estavam registradas. A partir disso, montou uma ficha de conclusão fiscal simplificada com todas as entradas e saídas, constatando quanto o contribuinte deixou de pagar de ICMS. Esclareceu que o artigo 509 do RICMS/00 trata do levantamento fiscal, referindo que todos os indícios podem ser colocados na ficha de conclusão fiscal. Referiu que o ICMS incide na saída das mercadorias. Todavia, quando é feito o levantamento fiscal e são colocados valores na ficha de levantamento fiscal, estes valores vão relatar um imposto, concluindo que se não é registrada a entrada da mercadoria, obviamente também não é registrada a saída dela. Assim, presume-se que as notas fiscais que não foram registradas na entrada saíram "por fora". Com base nestes dados é cobrado o imposto, independentemente da intenção do contribuinte. Declarou que não chegou a apurar se a empresa tinha crédito tributário, pois esta não é sua função. Também não chegou a visitar o estoque da empresa, uma vez que não poderia ir além do que foi determinado na ordem de fiscalização. O que realizou foi uma análise documental. Esclareceu que, naquela época, deveria ser feita uma nota fiscal de saída em caso de roubo, incêndio ou da ação de roedores sobre a mercadoria, incidindo imposto sobre esta saída (gravação audiovisual).

[REDACTED] informou que foi juiz do Tribunal



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTOS
FORO DE SANTOS
6ª VARA CRIMINAL
PRAÇA JOSÉ BONIFÁCIO, S/N, Santos - SP - CEP 11013-910
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

de Impostos e Taxas no período de 2004 a 2013. Consultando os autos, verificou que julgou o processo desta empresa no ano de 2007 ou 2008, relativo à falta de pagamento do ICMS, autuado por meio de levantamento fiscal, sendo mantido, por unanimidade, o auto de infração e julgadas procedentes as duas acusações fiscais. Esclareceu que o levantamento fiscal é um procedimento previsto na legislação do ICMS, utilizado quando agente fiscal de rendas não conseguir identificar o fato gerador que foi omitido da tributação. Nele são consideradas as movimentações contábeis e fiscais. Disse que a acusação direta foi a falta de pagamento do ICMS, pois verificou-se que o contribuinte deixou de recolher aos cofres públicos determinado montante. Referiu não ser possível afirmar que diretamente saiu ou não alguma mercadoria, mas o fato é que deixou de se recolher o imposto em razão do não registro de mercadoria na entrada ou por falta de pagamento omitido da tributação. Declarou que, de fato, o Fisco Estadual não conseguiu identificar se houve entrada ou venda de mercadoria sem nota fiscal. Se tal situação fosse verificada, a acusação fiscal seria outra. O Fisco tinha um indício, uma presunção, à qual caberia prova em contrário. Em função deste levantamento previsto na legislação, chegou-se a conclusão de que houve uma diferença não recolhida ao cofre estadual (gravação audiovisual).

██████████ agente fiscal de renda, referiu não se recordar especificamente desta empresa. Disse que atuou como delegado tributário nesta cidade em fevereiro de 2011 e, no presente caso, praticou um ato de formalidade consistente na representação de crime, ou seja, encaminhou a informação ao Ministério Público para investigação. Afirmou não se recordar qual a conduta criminosa que percebeu na época. Esclareceu que o fiscal de rendas, baseado nos documentos fornecidos pela empresa, faz o levantamento e verifica a diferença entre a entrada e saída de mercadoria e o parâmetro desta diferença. Por meio desta diferença o fiscal presume que a mercadoria saiu (fls. 414/418).

██████████ disse que é casada com o réu e foi sócia do marido no início da empresa. Referiu que não tem formação em contabilidade e a empresa contratou uma profissional externa para administrar as questões contábeis e relativas a tributos: ██████████. Disse que, por malote, encaminhava para a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTOS
FORO DE SANTOS
6ª VARA CRIMINAL
PRAÇA JOSÉ BONIFÁCIO, S/N, Santos - SP - CEP 11013-910
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

contabilidade as notas fiscais que recebia. Naquela época, não possuía condições de fiscalizar o trabalho da contadora. Todavia, atualmente, existem vários programas de computador que possibilitam o controle da emissão de notas fiscais. Esclareceu que ocorria perda de produtos provocada por rasgos nos sacos ou cargas que molhavam com a chuva. Ademais, recebiam bonificação da [REDACTED]. Referiu que não teve acesso às notas fiscais que não teriam sido escrituradas, não sabendo dizer se elas se referem a bonificações ou a vendas. Contou que o acusado não cuidava da parte contábil e financeira da empresa. Por muitos anos, ele foi vendedor dos produtos da [REDACTED] e teve a oportunidade de se tornar um distribuidor exclusivo na Baixada Santista, de maneira que sempre atuou na parte comercial. Era a contadora contratada que fazia toda a parte de escrituração. Ninguém fiscalizava o serviço dela, mas houve duas fiscalizações tributárias anteriores em que não tiveram problemas. Todavia, informou que após ser elaborado o presente auto de infração, contrataram um novo contador e descobriram que a antiga contadora não entregou as DCTFs por dois anos. Por conta disso, tiveram que fazer Refis e estão quitando as multas até hoje (gravação audiovisual).

[REDACTED], ex-funcionária da empresa, declarou que lá trabalhou entre 1998 a 2012, na área do faturamento. Lançava manualmente no programa de vendas os pedidos que chegavam por fax, emitia um romaneio e enviava-o para a expedição. Informou que recebia as notas fiscais das mercadorias e as lançava no sistema de vendas, o qual não tem qualquer ligação com o livro de registro de entrada e saída de notas fiscais. Após, as notas fiscais eram repassadas para [REDACTED] acreditando que essas notas fiscais eram enviadas para a contadora contratada, [REDACTED]. Informou que o acusado trabalhava na área de vendas, direto com o cliente, e não permanecia na empresa. Acredita que [REDACTED] administrava a empresa, mas não sabe dizer se ela e o acusado eram sócios. Negou ter recebido ordem do acusado no sentido de "sumir" ou não registrar alguma nota fiscal. Referiu que não teve contato com os fiscais tributários e não tomou conhecimento do auto de infração (gravação audiovisual).

Vê-se, assim, que o conjunto probatório não se revela seguro e coerente, capaz de ensejar a condenação pela prática do crime previsto no artigo 1º,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTOS
FORO DE SANTOS
6ª VARA CRIMINAL
PRAÇA JOSÉ BONIFÁCIO, S/N, Santos - SP - CEP 11013-910
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

incisos I e II, da Lei n.º 8.137/90.

Ao que aqui se apurou, o fiscal de rendas, por meio de levantamento fiscal, concluiu ter havido omissão de escrituração de notas fiscais de entrada, deixando o acusado de recolher o ICMS à Fazenda Estadual.

Com efeito, o *levantamento fiscal* encontra-se previsto no artigo 509 do RICMS, cuja redação, à época dos fatos, assim dispunha:

"Artigo 509 - O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento em determinado período poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que deverão ser considerados os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas, dos estoques inicial e final, dos serviços recebidos e dos prestados, das despesas, dos outros encargos, do lucro do estabelecimento e de outros elementos informativos (Lei 6.374/89, art. 74).

§ 1º - No levantamento fiscal poderá ser utilizado qualquer meio indiciário, bem como aplicado coeficiente médio de lucro bruto, de valor acrescido ou de preço unitário, consideradas a atividade econômica, a localização e a categoria do estabelecimento.

§ 2º - O levantamento fiscal poderá ser renovado sempre que forem apurados dados não levados em conta quando de sua elaboração.

§ 3º - A diferença apurada por meio de levantamento fiscal será considerada como decorrente de operação ou prestação tributada." (grifei).

Como se viu, a hipótese aqui apurada configura, em verdade, presunção de débito fiscal, baseada exclusivamente em métodos e operações contábeis.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTOS
FORO DE SANTOS
6ª VARA CRIMINAL
PRAÇA JOSÉ BONIFÁCIO, S/N, Santos - SP - CEP 11013-910
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Segundo bem esclareceu o juiz contribuinte do Tribunal de Impostos e Taxas que julgou o auto de infração e imposição de multa, de fato, o Fisco Estadual não conseguiu identificar se houve entrada ou saída de mercadoria sem nota fiscal.

O Fisco tinha um indício, uma presunção e, em função deste levantamento previsto na legislação tributária, chegou à conclusão de que houve diferença não recolhida aos cofres estaduais.

É certo, pois, que a presunção de débito fiscal é admitida em outras áreas do Direito – seara extrapenal – como acontece no Direito Tributário ou no Direito Civil.

Entretanto, no Direito Penal e para a configuração do crime tributário, exige-se a prova firme e segura da fraude, sendo incabível embasar uma condenação criminal unicamente em presunção advinda do âmbito tributário.

Ressalte-se, por oportuno, que não foram trazidas aos autos, as notas fiscais modelo 1 emitidas pela [REDACTED] o Livro de Registro de Entrada, o Livro de Registro de Saída e o Livro de Apuração do ICMS da [REDACTED], o que, inclusive, impossibilitou a realização da perícia contábil requerida pela própria Acusação.

E, por evidente, a comprovação da fraude exigiria minuciosa perícia contábil, com exame de toda documentação fiscal, da escrituração contábil, dos estoques de mercadorias, do movimento financeiro da empresa, entre outras providências que não foram realizadas.

Reafirme-se que aqui se trata de seara criminal, que exige prova inequívoca e idônea da ocorrência de todos os elementos do tipo penal.

Como se viu, essa prova não veio aos autos e, por certo, não se poderia condenar o réu por crime contra a ordem tributária estando a acusação fundada, exclusivamente, em lançamento tributário realizado pelo método do levantamento fiscal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTOS
FORO DE SANTOS
6ª VARA CRIMINAL
PRAÇA JOSÉ BONIFÁCIO, S/N, Santos - SP - CEP 11013-910
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Assim, é forçoso reconhecer que não há prova suficiente para a condenação, situação que impõe a absolvição.

E, como decidiu a 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Criminal n.º 0010224-26.2011.8.26.0482, cujo relator foi o Desembargador Guilherme de Souza Nucci, em 10/05/2016:

"Apelação. Sonegação fiscal. Absolvição. Necessidade. Acusação baseada exclusivamente em lançamento tributário realizado pelo método do levantamento fiscal, previsto no art. 509 do RICMS. Utilização de critérios contábeis e matemáticos para presumir eventual saldo de imposto a pagar, sem que haja prova material da sonegação. Nítida presunção desfavorável ao acusado. Inadmissibilidade no Direito Penal. Impossibilidade de transportar para o campo penal uma presunção própria do âmbito tributário. Separação das esferas. Ausência de prova efetiva da sonegação. Apelo provido."

Nada mais se produziu, sendo forçoso reconhecer que a fragilidade do contexto probatório não permite o desfecho condenatório inicialmente pretendido.

Ante o exposto:

a) julgo **EXTINTA A PUNIBILIDADE** de [REDACTED]

[REDACTED] qualificado nos autos, relativamente ao crime previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90, e o faço com fundamento no disposto no artigo 107, inciso IV, do Código Penal;

b) julgo **IMPROCEDENTE** o pedido inicial para absolver

[REDACTED] qualificado nos autos, da acusação que lhe é feita por incurso nas sanções previstas no artigo 1º, incisos I e II, da Lei n.º 8.137/90, e o faço com fundamento



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTOS
FORO DE SANTOS
6ª VARA CRIMINAL
PRAÇA JOSÉ BONIFÁCIO, S/N, Santos - SP - CEP 11013-910
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

no disposto no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

P.I.C.

Santos, 5 de fevereiro de 2018.

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Silvana Amneris Rôlo Pereira Borges**

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI
 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**