



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

RELATÓRIO

Classe : **Apelação n.º 0000307-54.2004.8.05.0274**
Foro de Origem : Foro de comarca Vitória Da Conquista
Órgão : Segunda Camara Criminal - Segunda Turma
Relator(a) : **Des. José Alfredo Cerqueira da Silva**
Apelante : "Ministério Público
Promotor : Ana Emanuela Cordeiro Rossi Meira
Apelado : Helena Petronila Gonçalves Silva Peixoto
Apelada : Rosan Ramos Peixoto
Def. Público : Kaliany Gonzaga de Santana Ribeiro

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Apelação Criminal, interposto pelo Ministério Público do Estado da Bahia, contra a Sentença de fls. 1.130-1.133, proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista, que condenou os Réus/Apelados Helena Petronila Gonçalves Silva Peixoto e Rosan Ramos Peixoto pela prática dos delitos previstos no art. 1º, I, II e IV e art. 2º, I da Lei 8.137/90 – que consistem em crimes contra a ordem tributária.

Os referidos delitos foram materializados pela prática de diversos atos que implicaram na supressão e redução do pagamento de tributo, no caso o ICMS, de competência estadual.

Consta na inicial acusatória, em síntese, que nos anos de 1995 a 1999 os acusados praticaram diversos atos que configuram crimes contra a ordem tributária, sendo alguns deles a prestação de falsas declarações às autoridades fazendárias; a utilização consciente de documento falso, com o intuito de reduzir o pagamento de ICMS; omissão de compra e venda de mercadorias em livros fiscais, entre outras condutas.

Interpretou-se, na Sentença ora recorrida, que os acusados agiram com plena consciência ao praticarem os delitos em questão e que agiram de forma intencional em relação à prática dos mesmos.

As penas privativas de liberdade aplicadas aos acusados foram substituídas por penas restritivas de direitos.

Em relação à Ré Helena Petronila Gonçalves Silva Peixoto, a substituição



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

ocorreu por 2 (duas) penas restritivas de direitos, referentes ao crime previsto no art. 1º, I, II e IV da Lei 8.137/90, e outras 2 (duas) penas restritivas de direitos, referentes ao delito previsto no art. 2º, I, da Lei 8.137/90.

Em relação ao Réu Rosan Ramos Peixoto foram aplicadas 2 (duas) penas restritivas de direitos, no tocante ao crime do art. 1º, I, II e IV da Lei 8.137/90, e 1 (uma) pena restritiva de direitos, referente ao delito do art. 2º, I, da Lei 8.137/90.

Irresignado com a Sentença, o Ministério Público do Estado da Bahia interpõe o Recurso de Apelação de fls. 1.139-1.176, onde aduz que:

1. A Sentença recorrida deixou de reconhecer o concurso material de crimes praticados pelos acusados, bem como a continuidade delitiva existente nas condutas criminosas. Além disso, ocorreu indevida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, além de não ter havido a condenação dos acusados à reparação do dano evidenciado nas condutas ilícitas.

2. A Sentença recorrida desconsiderou o fato de que os acusados foram autores de diversas ações e omissões, perpetradas repetidamente, ao longo de diversos intervalos de tempo, devendo as subsequentes serem reconhecidas como continuacões das primeiras.

3. Também foram praticadas infrações de forma autônoma, uma vez que os acusados se encontravam na administração de pessoas jurídicas distintas, o que evidencia a existência de cúmulo material de crimes. Assim, os tributos eram devidos em face de objetos materiais diversos.

4. Assim, os acusados prestaram declarações falsas às autoridades fazendárias, ao lançarem em seus livros fiscais valores de diversas mercadorias inferiores ao que foram efetivamente pagos aos respectivos fornecedores, o que propiciou considerável redução do valor a ser pago a título de ICMS, o que ocorreu seguidamente nos meses de novembro de 1997 a julho de 1998.

5. Além disso, utilizaram-se de documentos que sabiam serem falsos, eximindo-se do pagamento desse tributo, apresentando Documentos de Arrecadação Estadual com autenticações mecânicas falsificadas do Banco Mercantil do Brasil. Estes fatos foram verificados em duas ocasiões distintas, em 24 de novembro de 1995 e 28 de dezembro de 1995.

6. No dia 17 de fevereiro de 1997 os acusados elaboraram documento que sabiam ser falso, no qual promoveram a transferência fraudulenta do domínio da empresa para os nomes de pessoas desconhecidas (quijá fictícias), as quais sequer foram encontradas nos endereços declinados. Também foi comprovada, por prova pericial, a falsificação da assinatura de uma dessas pessoas.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

7. Os acusados, na administração da empresa nominada Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Peixoto Ltda., de forma continuada, nos anos de 1996 e 1997, fraudaram a fiscalização tributária, através da omissão de diversas operações de compra em livros e documentos exigidos pela Lei Fiscal.

8. Os acusados propiciaram, em cada entidade empresarial mencionada, efetivo prejuízo ao Erário, utilizando-se, continuamente, de diversos expedientes fraudulentos, devendo responder pela prática dos delitos previstos no art. 1º, I (duas vezes), II (duas vezes) e IV (três vezes), da Lei 8.137/90, com a incidência das causas de aumento da continuidade delitiva em cada uma das seis séries delitivas. Todos os crimes devem ser somados, em concurso material de crimes, perfazendo um total de sete delitos, sendo seis deles em continuidade delitiva.

9. A pena-base não poderia ter sido fixada em patamar ligeiramente superior ao mínimo legal, uma vez que as moduladoras do art. 59 do Código Penal merecem avaliação desfavorável. Assim, além da culpabilidade e motivos do crime, devem ser valoradas de forma negativa, também, as circunstâncias judiciais referentes à conduta social, consequências e circunstâncias do crime.

10. Deve ser reconhecida a causa de aumento prevista no art. 12 da Lei 8.137/90, uma vez que restou evidenciado que se trata do comércio de bens essenciais à vida ou à saúde, no caso, produtos farmacêuticos (medicamentos).

11. Deve ser vedada a substituição das penas privativas de liberdade por restritiva de direitos tendo em vista o fato de ser extrapolado o critério objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal, o qual exige que a pena aplicada não seja superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

12. A Ré Helena Petronila é reincidente em crime doloso de natureza semelhante, não sendo, por esta razão, a medida substitutiva socialmente recomendável.

13. Também devem ser majoradas as penas de multa, sendo aplicável ao caso o art. 72 do Código Penal, o qual preceitua que as penas de multa serão aplicadas de forma distinta e integral, nos casos em que se configurar o concurso de crimes. Também deve ser considerada a vantajada condição econômica dos acusados, que exercem as profissões de professora e produtor rural.

14. Deve ser determinado, na forma do art. 91, I, do Código Penal, a obrigação de os acusados repararem os danos causados pelos crimes cometidos, de forma que possam ser alcançados pelo Fisco nas cobranças judiciais dos débitos fiscais havidos pelas entidades empresariais que ambos administravam de forma fraudulenta.

Ao fim, requer o provimento do Apelo para que sejam acolhidos os pedidos ora apresentados.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

O Estado da Bahia, apresentou a manifestação de fls. 1.210-1.211 dos autos, onde pleiteou a sua admissão como assistente processual, nos termos do art. 268 do Código de Processo Penal. Ressaltou também que os acusados são devedores contumazes do Fisco Estadual, estando em curso diversas ações de execução fiscal contra os mesmos.

Acerca do referido pedido, o Ministério Público apresentou a manifestação de fl. 1.245 dos autos, onde ressaltou entendimento favorável à admissão do Estado da Bahia, como assistente de acusação, por entender comprovado o interesse jurídico no deslinde da causa.

Com fulcro no art. 268 do Código de Processo Penal, o referido pedido foi deferido na decisão monocrática de fl. 1.247 dos autos, ocasião em que foi determinado ao referido Assistente que se manifestasse acerca do recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público, caso fosse de seu interesse.

Em consonância com a supracitada decisão, o Estado da Bahia apresentou a manifestação de fls. 1.251-1.255, onde ressaltou:

1. A necessidade de majoração das penas aplicadas, por terem os acusados praticado os delitos previstos no art. 1º, inciso I (por duas vezes); inciso II (por duas vezes), e inciso IV (por três vezes), com a incidência da causa de aumento referente à continuidade delitiva (em cada uma das séries delitivas), somados ao cúmulo material, perfazendo, ao final, um total de sete delitos, sendo seis deles em continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal).

2. Assim, é necessário que seja reconhecida a continuidade delitiva e o cúmulo material, fatos que vedam a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

3. Deve ser reconhecido o dano causado ao Estado da Bahia, bem como o dever de ressarcimento, tendo em vista o valor da dívida dos acusados, no montante correspondente a R\$ 1.242.153,98 (um milhão, duzentos e quarenta e dois mil, cento e cinquenta e três reais e noventa e oito centavos).

Ao final, requer o provimento do Apelo interposto para acolher os pedidos supramencionados.

Os acusados, na qualidade de Apelados, se encontram representados pela nobre Defensoria Pública do Estado, e apresentam as contrarrazões recursais de fls. 1.277-1.290, onde salientam que:

1. Restou configurada a inépcia da denúncia, por ser genérica, e por não terem sido narrados os fatos ou apresentadas as circunstâncias exigidas nas hipóteses de crimes contra a ordem tributária, qual seja, a demonstração de lançamento tributário do



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

débito e o montante líquido e certo devido pelos recorridos. Assim, a denúncia genérica deve ser rejeitada por ausência de justa causa para o início da Ação Penal.

2. Também não houve justa causa pela necessidade de esgotamento da via administrativa, nos crimes de sonegação fiscal. De acordo com o art. 83 da Lei 9.430/96, a ação penal deve ser proposta depois de proferida a decisão final na esfera administrativa. Deve ser lembrado o teor da Súmula Vinculante nº 24, a qual preceitua que “*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.*”.

3. Assim, não houve menção à existência de obrigação tributária líquida e certa, devida pelos acusados, o que inviabiliza o exercício da respectiva Ação Penal, por ausência de justa causa.

4. Não existem provas da autoria delitiva imputada aos acusados, devendo esta ser atribuída ao contador das empresas administradas pelos acusados, no caso o Sr. Antonio Pereira da Silva Filho.

5. A mera qualidade de sócio não autoriza a imputação aos acusados dos crimes de sonegação fiscal, sendo os mesmos leigos no que se refere aos lançamentos contábeis. Assim, foram facilmente manipulados pelo contador Antonio.

6. Ao tomarem conhecimento dos possíveis crimes praticados pelo referido Contador, os acusados contrataram os serviços do Escritório “Marino Contabilidade”, com o intuito de auxiliar na elucidação dos fatos em questão, uma vez que não dispunham de conhecimentos técnicos para identificar possíveis divergências ou omissões nos lançamentos contábeis realizados.

7. Os lançamentos contábeis divergentes e as omissões de operações em livros fiscais, se realmente ocorreram, não foram praticadas pelos Recorridos, uma vez que os registros das entradas e saídas de mercadorias, em livros próprios, eram de responsabilidade do contador Antonio Pereira.

8. A “*venda de notas fiscais sem entrega das respectivas mercadorias*” também não foi praticada pelos acusados, pelo mesmo motivo apresentado anteriormente.

9. No mesmo sentido, a falsificação de autenticação mecânica também não foi realizada pelos acusados uma vez que estes se limitavam a entregar o numerário necessário ao mencionado contador, sendo que, posteriormente, recebiam as respectivas guias autenticadas. Assim, as falsificações não podem ser atribuídas aos Recorridos, já que estes recebiam as guias devidamente autenticadas.

Ao fim, pleiteiam o improvimento do Apelo para fins de decretar as suas absolvições.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

A Procuradoria de Justiça apresenta o Pronunciamento de fls. 1.294-1.305, onde se manifesta no sentido do provimento parcial do Apelo para reformar a Sentença recorrida, exceto no que se refere ao reconhecimento do concurso material entre os crimes previstos nos incisos I, II e IV do art. 1º da Lei 8.137/90.

É o Relatório, que submeto ao exame do Exmo. Desembargador Revisor, nos termos do artigo 166, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Salvador , de 2015.

DES. JOSÉ ALFREDO CERQUEIRA DA SILVA
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

ACÓRDÃO

Classe : **Apelação n.º 0000307-54.2004.8.05.0274**
Foro de Origem : Foro de comarca Vitória Da Conquista
Órgão : Segunda Camara Criminal - Segunda Turma
Relator(a) : **Des. José Alfredo Cerqueira da Silva**
Apelante : "Ministério Público
Promotor : Ana Emanuela Cordeiro Rossi Meira
Apelado : Helena Petronila Gonçalves Silva Peixoto
Apelada : Rosan Ramos Peixoto
Def. Público : Kaliany Gonzaga de Santana Ribeiro

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA ACUSAÇÃO. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DELITOS PREVISTOS NO ART. 1º, I, II, IV E ART. 2º, I DA LEI 8.137/90. CRIMES QUE RESULTARAM NA REDUÇÃO/SUPRESSÃO DO PAGAMENTO DO TRIBUTO DEVIDO – ICMS. PRÁTICA DE DIVERSOS ATOS FRAUDULENTOS PELOS ACUSADOS. OMISSÕES DE COMPRA E VENDA DE MERCADORIAS E OUTRAS. GESTÃO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS DO RAMO FARMACÊUTICO. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AOS CRIMES DO ART. 2º, I, DA LEI 8.137/90. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL. PEÇA QUE ATENDE INTEGRALMENTE ÀS EXIGÊNCIAS DO ART. 41 DO CPP. PRELIMINAR REJEITADA. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS LANÇADOS E CONSTITUÍDOS DE FORMA DEFINITIVA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA VINCULANTE Nº 24 DO STF. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL/MATERIAL EM RELAÇÃO ÀS CONDUTAS DO ART. 1º E INCISOS DA LEI 8.137/90. DELITOS DE TIPO MISTO ALTERNATIVO. EXISTÊNCIA DE CRIME CONTINUADO. DELITOS PRATICADOS EM DIVERSAS OCASIÕES – NOS TERMOS PREVISTOS NO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO DAS PENAS APLICADAS AOS ACUSADOS.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE SUPERIORES A QUATRO ANOS. PEDIDO DE REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS. EFEITOS AUTOMÁTICOS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. PEDIDO PREJUDICADO. PRELIMINARES REJEITADAS. APELO PARCIALMENTE PROVIDO PARA MAJORAR AS PENAS APLICADAS AOS ACUSADOS. IMPROVIMENTO DO RECURSO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS PEDIDOS.

- 1. Preliminares.

- Preliminar de inépcia da denúncia. Preliminar rejeitada.

– Após examinar os autos é possível constatar que não assiste razão à defesa, quando sustenta que a inicial é genérica ou mesmo que não narra os atos praticados pelos acusados, uma vez que as condutas dos acusados foram satisfatoriamente descritas pelo Ministério Público, na proemial, conclusão que pode ser facilmente elaborada a partir do exame da descrição fática, contida na referida peça de fls. 1-5 dos autos.

– Sendo assim, havendo descrição suficiente da conduta dos acusados, e estando a exordial em consonância com o art. 41 do Código de Processo Penal, deve ser rejeitada a presente preliminar.

- Preliminar de ausência de justa causa pela falta de esgotamento da via administrativa. Preliminar rejeitada.

– Também não merece prosperar a preliminar de ausência de justa causa, pela falta de esgotamento da via administrativa, uma vez que os créditos tributários que consubstanciam os crimes em questão foram lançados de forma definitiva – e constituídos de forma plena – conclusão que pode ser elaborada a partir dos documentos de fls. 725, 765, 775-790 dos autos.

– Assim, denota-se que subsistem evidências concretas de que houve a constituição definitiva dos créditos tributários em questão, antes mesmo da propositura desta Ação Penal, circunstância que afasta a alegada ofensa à Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal.

– Por conseguinte, restando comprovada a ocorrência do lançamento definitivo dos créditos tributários em questão, não se verifica a ausência de justa causa, para a deflagração desta ação penal, e tampouco subsiste ofensa à Súmula Vinculante nº 24, ora mencionada.

- 2. Mérito.

- Da ocorrência da prescrição em relação aos crimes do art. 2º, I, da Lei 8.137/90.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

– A denúncia referente a esta Ação Penal foi recebida somente no dia 11/02/2004 – à fl. 812 dos autos – ou seja, mais de 8 (oito) anos após a ocorrência dos fatos em questão, momento em que já estava configurada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, tendo em vista a pena máxima cominada para o delito, que é de 2 (dois) anos de detenção, como prevê o art. 2º, I, da Lei 8.137/90.

– Verificando-se a prescrição em relação ao crime do art. 2º, I, da Lei 8.137/90, deve ser reconhecida a sua ocorrência, o que consiste em causa de extinção da punibilidade dos acusados, em relação a este delito, como prevê o art. 107, IV, do Código Penal.

– Da existência de provas para a manutenção da condenação dos acusados pela prática dos delitos previstos nos arts. 1º, I, II, IV da Lei 8.137/90.

– Não merece reparos a condenação dos acusados, pela prática dos delitos previstos nos arts. 1º, I, II e IV da Lei 8.137/90, uma vez que restou devidamente evidenciada a prática dos atos delitivos previstos nos tipos penais em questão.

– Da inexistência de concurso formal/material em relação aos delitos previstos no art. 1º da Lei 8.137/90. Crime de tipo misto alternativo.

– Embora existam provas da prática de diversos atos delitivos pelos acusados, previstos nos incisos I, II e IV do art. 1º da Lei 8.137/90, prevalece no Superior Tribunal de Justiça e também nos Tribunais de Justiça o entendimento de que o delito previsto no art. 1º, e em todos os seus incisos, constitui um tipo misto alternativo, no qual a prática de uma ou mais condutas configuram um crime único, não havendo que se falar em concurso formal ou mesmo material de crimes.

– Assim, com fulcro nos supracitados fundamentos, é possível constatar que embora os acusados tenham praticado diversas condutas previstas no art. 1º da Lei 8.137/90 – incisos I, II, e IV – estas ocorreram em um mesmo contexto fático, circunstância que afasta a possibilidade de reconhecimento do concurso material ou mesmo formal de crimes, em relação aos referidos atos delitivos.

– Sendo assim, deve ser rejeitado o pedido do Ministério Público, de reconhecimento do concurso formal ou material entre as condutas previstas nos incisos I, II e IV do art. 1º da Lei 8.137/90.

– Da existência de crime continuado entre os atos do art. 1º e respectivos incisos, da Lei 8.137/90.

– Contudo, vale frisar, em relação aos delitos do art. 1º da Lei 8.137/90, que a impossibilidade de reconhecimento do concurso formal ou material de crimes não veda o reconhecimento do crime continuado, haja vista que os acusados praticaram os delitos em questão nas circunstâncias previstas no art. 71 do Código Penal, que trata do crime continuado.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

– Em circunstância similar à que se apresenta, o Superior Tribunal de Justiça e também os Tribunais de Justiça reconheceram a prática de delito continuado, em crimes contra a ordem tributária praticados em lapsos temporais correspondentes a mais de 4 (quatro) anos, em virtude da identidade de circunstâncias fáticas entre os mesmos: (*STJ–HC: 238262 PE 2012/0068721-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Julgamento: 18/03/2014, T5-QUINTA TURMA, Publicação: DJe 28/03/2014/ TJ-PE–APL: 2445305 PE, Relator: Nivaldo Mulatinho de Medeiros Correia Filho, Julgamento: 21/11/2013, 3ª Câmara Criminal, Publicação: 28/11/2013/ TJ-DF–APR: 20130110722337, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Julgamento: 25/06/2015, 2ª Turma Criminal, Publicação: DJE:02/07/2015*).

– Portanto, assiste razão ao nobre Órgão Ministerial e também à Procuradoria de Justiça, em relação à possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, motivo pelo qual deve ser acolhido o pedido apresentado nesse sentido, sendo a aplicação da referida regra realizada na fase da dosimetria.

– 3. Dosimetria.

– Da pena definitiva e do regime inicial de cumprimento.

– Após os devidos ajustes, a pena privativa de liberdade de ambos os acusados deve ser fixada em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e a pena de multa em 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, no valor correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

– 4. Da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

– Considerando-se o total das penas privativas de liberdade aplicadas aos acusados – 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão – não há possibilidade de substituição das mesmas por penas restritivas de direitos – como determinado na Sentença ora recorrida – uma vez que foram superiores a 4 (quatro) anos – o que comprova o não preenchimento do requisito contido no art. 44, I, do Código Penal.

– Sendo assim, deve ser dado provimento do presente recurso de Apelação para fins de afastar a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, nos termos fixados na Sentença ora recorrida.

– 5. Do direito de recorrer em liberdade.

– Verifica-se que os acusados permaneceram soltos durante todo o decorrer desta Ação Penal, e que não se encontram presentes os requisitos para a decretação da custódia cautelar dos mesmos, como exige o art. 312 do Código de Processo Penal.

– Sendo assim, deve ser assegurado aos mesmos o direito de recorrer em liberdade.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

- Preliminares rejeitadas. Recurso de Apelação parcialmente provido para majorar as penas aplicadas aos acusados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000307-54.2004.8.05.0274, da Comarca de Vitória da Conquista, em que figura como Recorrente o Ministério Público do Estado da Bahia, sendo Recorridos Helena Petronila Gonçalves Silva Peixoto e Rosan Ramos Peixoto:

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de Votos e pelas razões contidas no Voto do Relator em REJEITAR AS PRELIMINARES SUSCITADAS PELA DEFESA e no mérito em DAR PROVIMENTO PARCIAL ao presente Recurso de Apelação, para reformar em parte a Sentença recorrida, para fins de majorar as penas aplicadas aos acusados.

As referidas penas devem corresponder, a partir de então, a 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e a 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, no valor correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

No que se refere aos demais pedidos – reconhecimento do concurso formal e/ou material de crimes e valoração negativa de outras circunstâncias judiciais – deve ser negado provimento ao Apelo.

Em relação ao delito do art. 2º, I, da Lei 8.137/90, deve ser reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com a extinção da punibilidade de ambos os acusados.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido o Apelo.

1. Preliminares.

Preliminar de inépcia da denúncia. Preliminar rejeitada.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

Após examinar os autos é possível constatar que não assiste razão à defesa, quando sustenta que a inicial é genérica ou mesmo que não narra os atos praticados pelos acusados, uma vez que as condutas dos acusados foram satisfatoriamente descritas pelo Ministério Público, na proemial, conclusão que pode ser facilmente elaborada a partir do exame da descrição fática, contida na referida peça de fls. 1-5 dos autos.

Nesse sentido, verifica-se que o *parquet* descreveu de forma bastante detalhada as condutas praticadas pelos acusados, como se verifica a partir da simples leitura da proemial.

Assim, foram descritos os atos praticados pelos acusados, inclusive com o número de condutas delitivas realizadas, as datas em que foram praticados, os documentos que comprovam os atos – o que leva à inequívoca conclusão de que os fatos se encontram satisfatoriamente descritos na peça exordial.

Sendo assim, não há que se falar na existência de ofensa ao art. 41 do Código de Processo Penal, o qual possui a seguinte redação:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. (Grifos Acrescidos)

Por fim, vale frisar que não encontra respaldo legal a tese de inépcia da inicial, pelo fato de não ter sido apurado o montante líquido e certo, uma vez que a referida apuração, em regra, demanda a realização de cálculos contábeis de maior complexidade, os quais não consistem em elementos imprescindíveis para a propositura da Ação Penal – ao contrário do que sustenta a defesa dos acusados.

Também não merece prosperar a afirmação de que não houve menção à existência de obrigação tributária líquida e certa, devida pelos acusados, na medida em que o Ministério Público ressaltou expressamente, na exordial, que o pagamento do ICMS, em se tratando de produtos farmacêuticos, se dá na entrada da mercadoria, em razão do instituto da antecipação tributária. A referida conclusão pode ser firmada a partir do exame do documento de fl. 4 dos autos.

Sendo assim, havendo descrição suficiente da conduta dos acusados, e estando a exordial em consonância com o art. 41 do Código de Processo Penal, deve ser rejeitada a presente preliminar.

Preliminar de ausência de justa causa pela falta de esgotamento da via administrativa. Preliminar rejeitada.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

Também não merece prosperar a preliminar de ausência de justa causa, pela falta de esgotamento da via administrativa, uma vez que os créditos tributários que consubstanciam os crimes em questão foram lançados de forma definitiva – e constituídos de forma plena – conclusão que pode ser elaborada a partir dos documentos de fls. 725, 765, 775-790 dos autos.

Nos documentos de fls. 775-790 o Ministério Público notificou os acusados, de forma definitiva, para o pagamento dos débitos em questão. Essas notificações foram referentes a diversos Autos de Infração, lavrados contra as Sociedades Empresárias controladas pelos acusados.

Do mesmo modo, o documento de fl. 725 dos autos comprova o ajuizamento de execução fiscal referente aos Autos de Infração lavrados nos anos de 1998 e 2000. Os referidos fatos foram ratificados pelo Estado da Bahia, na manifestação de fls. 1.251-1.255 dos autos.

Assim, denota-se que subsistem evidências concretas de que houve a constituição definitiva dos créditos tributários em questão, antes mesmo da propositura desta Ação Penal, circunstância que afasta a alegada ofensa à Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, que possui o seguinte teor:

Súmula Vinculante 24

Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1o, incisos I a IV, da Lei no 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. (Grifos Acrescidos)

Acerca da matéria, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que o lançamento/constituição definitivo do crédito tributário ocorre com a notificação do executado, para o pagamento do valor devido, ato que já ocorreu no presente caso, após a lavratura dos respectivos Autos de Infração, como se verifica a partir dos referidos documentos de fls. 775-790 dos autos.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL: CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSIDERAÇÃO DA INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA. PREMISSA EQUIVOCADA. NULIDADE.

1. Consoante jurisprudência do STJ, a constituição definitiva do crédito se efetiva com a notificação do executado para o pagamento do valor, e não com a inscrição em dívida ativa, de modo que o termo inicial da prescrição ocorre a partir do não pagamento da dívida no prazo estipulado



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

administrativamente. Precedentes.

[...]

(STJ - AgRg no REsp: 1426354 GO 2013/0414459-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 05/03/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/03/2015)

PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES TRIBUTÁRIOS. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. **CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.** ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A fluência do prazo prescricional dos crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, incisos I a IV da Lei 8.137/90, tem início somente após a constituição do crédito tributário, **o que se dá com o encerramento do procedimento administrativo-fiscal e o lançamento definitivo.**

[...]

(STJ - RHC: 58410 RS 2015/0083497-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 28/04/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/05/2015) (Grifos Acrescidos)

Por conseguinte, restando comprovada a ocorrência do lançamento definitivo dos créditos tributários em questão, não se verifica a ausência de justa causa, para a deflagração desta Ação Penal, e tampouco subsiste ofensa à Súmula Vinculante nº 24, ora mencionada.

Sendo assim, deve ser rejeitada esta preliminar.

2. Mérito.

Rejeitadas as preliminares suscitadas pela defesa, deve ser examinado o mérito do presente Recurso da acusação.

Da ocorrência da prescrição em relação aos crimes do art. 2º, I, da Lei 8.137/90.

Em relação ao delito do art. 2º, I, da Lei 8.137/90, verifica-se que os fatos



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

objeto do referido crime (falsificações de autenticações mecânicas) ocorreram nos meses de outubro a dezembro do ano de 1995 – como demonstram os documentos de fls. 240-241, 246, 553-554 e 556 dos autos – e como ressaltou o Ministério Público nas razões finais de fls. 1.106-1.110.

Contudo, a denúncia referente a esta Ação Penal foi recebida somente no dia 11/02/2004 – à fl. 812 dos autos – ou seja, mais de 8 (oito) anos após a ocorrência dos fatos em questão, momento em que já estava configurada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, tendo em vista a pena máxima cominada para o delito em questão, que é de 2 (dois) anos de detenção, como prevê o art. 2º, I, da Lei 8.137/90, que possui a seguinte redação:

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;
[...]

Pena – **detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.**
(Grifos Acrescidos)

Acerca da matéria, preceitua o art. 109 do Código Penal que a Prescrição, antes do trânsito em julgado da Sentença, ocorre pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime:

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

Art. 109. **A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:** (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

I – em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II – em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III – em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV – em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

V – em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI – em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010). (Grifos Acrescidos)

Assim, tendo em vista a pena máxima ora mencionada – 2 (dois) anos de detenção – é aplicável ao caso o prazo prescricional de 4 (quatro) anos, por força da previsão contida no supracitado art. 109, V, do Código Penal.

Considerando-se que os fatos objetos desse delito – art. 2º, I, da Lei 8.137/90 – ocorreram nos meses de outubro, novembro e dezembro do ano de 1995 – como ressaltado anteriormente – é inequívoca a conclusão de que restou consumada a prescrição em relação ao crime do art. 2º, I, da Lei 8.137/90, fato ocorrido em momento anterior ao recebimento da denúncia, em relação a ambos os acusados.

Vale ressaltar que o recebimento da denúncia é o primeiro marco interruptivo da prescrição, após a ocorrência dos atos delitivos, como preceitua o art. 117, I, do Código Penal:

Causas interruptivas da prescrição

Art. 117 – O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – **pelo recebimento da denúncia ou da queixa;** (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – pela pronúncia; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III – pela decisão confirmatória da pronúncia; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; (Redação dada pela Lei nº 11.596, de 2007).

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena; (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

VI – pela reincidência. (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996) (Grifos Acrescidos)



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

Verificando-se a prescrição em relação ao crime do art. 2º, I, da Lei 8.137/90, deve ser reconhecida a sua ocorrência, o que consiste em causa de extinção da punibilidade dos acusados, em relação a este delito, como prevê o art. 107, IV, do Código Penal, que possui a seguinte redação:

Art. 107 – **Extingue-se a punibilidade**: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- I – pela morte do agente;
- II – pela anistia, graça ou indulto;
- III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
- IV – **pela prescrição**, decadência ou preempção; (Grifos Acrescidos)

Contudo, em relação aos crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, não foi possível verificar a ocorrência da prescrição, tendo em vista a pena máxima em abstrato, cominada para o delito, que é de 5 (cinco) anos de reclusão, o que torna aplicável o prazo prescricional de 12 (doze) anos, por força da previsão contida no art. 109, III, do Código Penal:

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

[...]

III – **em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito**; (Grifos Acrescidos)

Como não houve o transcurso do referido prazo, entre os referidos marcos interruptivos, não há que se falar na ocorrência da prescrição em relação ao delito em questão.

Da existência de provas para a manutenção da condenação dos acusados pela prática dos delitos previstos nos arts. 1º, I, II, IV da Lei 8.137/90.

No presente caso, a Sentença recorrida condenou os acusados pela prática dos crimes do art. 1º, I, II e IV e art. 2º, I da Lei 8.137/90, tendo interpretado que os acusados agiram com plena consciência ao praticarem os delitos em questão, e que agiram de forma intencional em relação à prática dos mesmos.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

Com efeito, não merece reparos o referido entendimento uma vez que restou devidamente comprovada a prática dos atos previstos nos tipos penais em questão, os quais possuem a seguinte redação:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I – **omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;**

II – **fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;**

[...]

IV – **elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;**

[...]

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Grifos Acrescidos)

Nesse sentido, a prática dos atos delitivos previstos no art. 1º da Lei 8.137/90 pode ser evidenciada a partir dos seguintes condutas, realizadas pelos acusados:

Crime do art. 1º, I, da Lei 8.137/90:

Em relação ao delito do art. 1º, I, da Lei 8.137/90 – *omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias* – restou comprovado que os acusados lançaram em seus livros fiscais valor de mercadoria inferior ao que foi efetivamente pago ao seu fornecedor, como evidenciam dos documentos de fls. 165-170, 301-308 e notas fiscais e comprovante de pagamento de fls. 171-227 e 309-494 dos autos.

Sendo assim, ao praticarem tais atos, os acusados realizaram as condutas descritas no art. 1º, I, da Lei 8.137/90, entendimento corretamente adotado na Sentença ora recorrida.

Crime do art. 1º, II, da Lei 8.137/90:



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

No que se refere ao delito do art. 1º, II, da mesma Lei – *fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal* – foi demonstrado que os acusados emitiram notas fiscais em quantidade superior ao que haviam registrado no respectivo Livro de estoque, o que comprova a existência de fraude à fiscalização tributária, como se verifica no Demonstrativo de Estoque e Saída de Mercadorias de fls. 266-271, 279-283, 507-517 e 515-519 dos autos.

Desse modo, praticaram os atos delitivos previstos no art. 1º, II, da Lei 8.137/90, como corretamente interpretou o nobre Magistrado *a quo*.

Crime do art. 1º, IV, da Lei 8.137/90:

No tocante do delito do art. 1º, IV da Lei 8.137/90 – *elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato* – denota-se que os acusados agiram de forma consciente ao elaborarem documento que sabiam ser falso – com o intuito de suprimirem o pagamento de tributo – sendo essas condutas referentes à transferência fraudulenta do domínio de uma das Sociedades Empresárias para o nome de Norma Lúcia Santos Pacheco e Neuraci de Souza Oliveira (fls. 37-39 dos autos).

Restou comprovado também que os acusados emitiram cheques em nome das Sociedades Empresárias (documentos de fls. 237, 352, 361, 388, 393, 408 e 414) em data posterior àquela em que foi protocolado o novo Contrato Social (fls. 37-39).

Portanto, ao agirem de tal modo, praticaram as condutas delitivas previstas no supracitado art. 1º, IV, da Lei 8.137/90, o que denota o acerto da Sentença ora recorrida, em relação à matéria.

Crime do art. 2º, I, da Lei 8.137/90:

Em relação ao delito do art. 2º, I, da Lei 8.137/90, foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, em relação a ambos os acusados, motivo pelo qual deve ser afastada a condenação dos mesmos, em relação ao referido delito, imposta na Sentença ora recorrida.

Vale ressaltar que não encontra nenhum respaldo na prova dos autos, a tese defensiva apresentada, no sentido de que a responsabilidade pela prática dos atos delitivos em questão teria sido do contador das mencionadas Sociedades Empresárias, o Sr. Antonio Pereira da Silva Filho.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

A referida conclusão se baseia no fato de que subsistem provas suficientes acerca da autoria e da materialidade delitiva, em relação a ambos os acusados, como ressaltado anteriormente, motivo pelo qual não subsiste a possibilidade de se transferir a responsabilidade criminal para o referido contador.

Sendo assim, constata-se que restou devidamente comprovada a prática dos atos delitivos, em relação aos crimes previstos nos arts. 1º, I, II, IV, razão pela qual não merece reparos a condenação dos acusados, em relação às referidas condenações.

Contudo, o cerne da questão está na aplicação da pena aos acusados, uma vez que o Ministério Público se insurge contra o entendimento adotado na Sentença recorrida e pugna pela sua reforma, para que sejam majoradas as penas aplicadas aos mesmos.

No entanto, assiste razão apenas em parte ao nobre Órgão Ministerial, conforme será evidenciado a seguir.

Da inexistência de concurso formal/material em relação aos delitos previstos no art. 1º da Lei 8.137/90. Crime de tipo misto alternativo.

Embora existam provas da prática de diversos atos delitivos pelos acusados, previstos nos incisos I, II e IV do art. 1º da Lei 8.137/90, prevalece no Superior Tribunal de Justiça e também nos Tribunais de Justiça o entendimento de que o delito previsto no art. 1º, e em todos os seus incisos, constitui um tipo misto alternativo, no qual a prática de uma ou mais condutas configuram um crime único, não havendo que se falar em concurso formal ou mesmo material de crimes. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SUPRESSÃO DE MAIS DE UM TRIBUTO. CONCURSO FORMAL. INOCORRÊNCIA. CRIME ÚNICO.

1. No crime de sonegação fiscal o bem jurídico tutelado não é o patrimônio ou erário de cada pessoa jurídica de direito público titular de competência para instituir e arrecadar tributos - fiscais (entes federativos) ou parafiscais (entidades autárquicas) - mas, sim, a ordem jurídica tributária como um todo.

2. **A conduta consistente em praticar qualquer uma ou todas as modalidades descritas nos incisos I a V do art. 1 da Lei nº 8.137/90 (crime misto alternativo) conduz à consumação de crime de sonegação fiscal quando houver supressão ou redução de tributo, pouco importando se atingidos um ou mais impostos ou contribuições sociais.**



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

3. **Não há concurso formal, mas crime único, na hipótese em que o contribuinte, numa única conduta, declara Imposto de Renda de Pessoa Jurídica com a inserção de dados falsos, ainda que tal conduta tenha obstado o lançamento de mais de um tributo ou contribuição.**

4. Recurso improvido.

(STJ - REsp: 1294687 PE 2011/0289971-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 15/10/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/10/2013)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CANCELAMENTO DO DÉBITO FISCAL EM VIRTUDE DE RECURSO ADMINISTRATIVO. ATIPICIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL MANTIDO. RECURSO IMPROVIDO.

1. **A conduta ilícita prevista no art. 1º da Lei 8.137/90 implica em tipo misto alternativo de resultado, pois, aliado aos meios fraudulentos inscritos nos incisos I a V, exige-se a supressão ou redução do tributo, conforme preceitua o caput do artigo referido.**

[...]

4. Recurso improvido

(STJ - REsp: 730658 SP 2005/0034130-0, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 06/10/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 14.11.2005 p. 396) (Grifos Acrescidos)

Nesse mesmo sentido são os entendimentos firmados pelos Tribunais de Justiça estaduais:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTIGO 1º, INCISOS II E V, DA LEI 8.137/90. ENQUADRAMENTO CONCOMITANTE DAS CONDUTAS EM AMBOS OS INCISOS. POSSIBILIDADE. IRRELEVÂNCIA PRÁTICA. **TIPO MISTO ALTERNATIVO**. DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MAJORAÇÃO DO "QUANTUM" RELATIVO À CONTINUIDADE DELITIVA. VIABILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL PELA PENA APLICADA NA SENTENÇA. MATÉRIA DE ORDEM



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

PÚBLICA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, DE OFÍCIO.

1. **Se, durante o período de fiscalização, resta incontroverso que o apelado promoveu a entrada e a permanência em estoque de mercadorias desacobertas e, ainda, permitiu a saída de mercadorias também desacobertas de documentação fiscal obrigatória, suprimindo com isso o valor do imposto devido, possível é o enquadramento concomitante de sua conduta nos incisos II e V, do artigo 1º, da Lei 8.137/90.**

2. **Inobstante ditas condutas amoldem-se, com exatidão, aos multicitados incisos, o crime continua sendo único, já que os atos descritos em todos os incisos do artigo 1º da Lei 8.137/90 conformam o que doutrina e jurisprudência nominam de tipo penal misto alternativo, de conteúdo múltiplo ou plurinuclear.**

[...]

4. O quantum de aumento no crime continuado deve ter como base o número de infrações penais praticadas, ou seja, a quantidade de resultados obtidos pelo agente. Considerando que o apelado, durante 06 (seis) meses, suprimiu o valor do imposto devido, deve o aumento se dar na fração de 1/2 (metade).

5. Transcorrido lapso temporal superior ao exigido pela lei para a ocorrência da prescrição, deve ser declarada extinta a punibilidade do agente do delito.

(TJ-MG - APR: 10079083895098001 MG , Relator: Maria Luíza de Marilac, Data de Julgamento: 02/04/2013, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 07/05/2013)

SONEGAÇÃO FISCAL RÉU QUE EMITIU NOTA FISCAL EM DUPLICIDADE, TENDO ESCRITURADO NO LIVRO DE REGISTRO DE SAÍDA APENAS AS OPERAÇÕES DE UMA DAS NOTAS FISCAIS, COM O NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS QUE ERA DEVIDO - CRIME DEMONSTRADO - CONDENAÇÃO CORRETA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - PRÁTICA DE MAIS DE UMA DAS CONDUAS DESCRITAS NOS INCISOS DO ART. 1º DA LEI Nº 8.137/90 - DELITO ÚNICO - CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA CUJO TIPO PENAL É DE NATUREZA MISTA ALTERNATIVA - RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA CORRETA, QUE FICA MANTIDA - PENA BEM DOSADA - RECURSO IMPROVIDO.

(TJ-SP - APL: 00226839520118260050 SP 0022683-95.2011.8.26.0050, Relator: Willian Campos, Data de Julgamento: 08/04/2014, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

Publicação: 15/04/2014)

APELAÇÃO CRIMINAL. **CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I E II, DA LEI N. 8.137/90.** RECURSO MINISTERIAL. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. NECESSÁRIA MAJORAÇÃO PELA PRÁTICA DE DUAS AÇÕES COM O MESMO OBJETIVO. NÃO ACOLHIMENTO. SENTENÇA MANTIDA.

O simples fato de os agentes praticarem crime contra o patrimônio coletivo, ou contra o Fisco, não permite uma avaliação negativa da culpabilidade, visto que é elementar do tipo penal. Nessa toada, a majoração da pena-base estaria autorizada tão-somente quando a conduta praticada extrapolasse o previsto na norma, o que, in casu, não ocorreu. **No caso dos crimes contra a ordem tributária, colhe-se da jurisprudência, em respaldo à doutrina, que "o tipo penal descrito no art. 1º, e incisos, da Lei n. 8.137/1990 é daqueles ditos de ação múltipla, de conteúdo variado ou misto alternativo, à semelhança de tantos outros existentes no Código Penal (ex.: arts. 122 e 289, § 1º) e em leis especiais (Lei n. 11.343/2006, arts. 33 e 34). Para delitos dessa natureza, a consumação exige tão-só a prática de um dos verbos contidos na figura delituosa. Ocorrendo a prática de 2 verbos contidos na estrutura do tipo, em se tratando do mesmo contexto fático, não há de se falar em concurso de crimes (material ou formal) e, sim, em delito único"**

[...]

(TJ-SC - APR: 20130287138 SC 2013.028713-8 (Acórdão), Relator: Newton Varella Júnior, Data de Julgamento: 02/07/2014, Quarta Câmara Criminal Julgado) (Grifos Acrescidos)

Acerca da matéria, leciona Guilherme de Souza Nucci que nos crimes de tipo misto alternativo, a prática de mais de uma conduta punível leva à punição por um só delito:

d) tipo simples e tipo misto: o primeiro é composto de uma única conduta punível – em regra, há um só verbo no tipo (ex.: art. 184 – violar direito autoral); **o segundo é constituído de mais de uma conduta punível – como regra, há mais de um verbo no tipo, dividindo-se em tipo misto alternativo, quando a prática de uma ou várias das condutas previstas no tipo levam à punição por um só delito** (art. 271 – corromper ou poluir água potável). **Tanto faz que o agente corrompa (adultere) ou polua (suje) a água potável ou faça as duas condutas, pois haverá um só delito.** (Grifos Acrescidos)



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

(NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 199)

Vale frisar, ademais, que os delitos em questão foram praticados em um mesmo contexto fático, motivo pelo qual não há como ser reconhecido o concurso material de crimes, como requer o nobre Órgão Ministerial.

O referido entendimento é compartilhado também pela egrégia Procuradoria de Justiça, a qual ressaltou, em seu pronunciamento Ministerial, à fl. 1.300 dos autos, que o entendimento majoritário perante os Tribunais é no sentido de que as condutas previstas no art. 1º da Lei 8.137/90 consistem em um único delito:

Em que pese o pleito do Apelante pelo reconhecimento de cada uma das condutas delineadas nos incisos I, II e IV do artigo 1º, como crime autônomo, não é esse o entendimento majoritário perante os Tribunais Pátrios, cuja orientação é no sentido de que as condutas previstas nos incisos do art. 1º da Lei 8.137/90 não constituem tipos penais diversos, vez que o crime consiste, tão somente, em reduzir ou suprimir tributos ou contribuição social, podendo realizar-se de diversas formas fraudulentas, estas narradas nos incisos I a V, inexistindo concurso material entre cada uma das modalidades descritas nos incisos I, II e IV do art. 1º da mesma lei. (Grifos Acrescidos)

Assim, com fulcro nos supracitados fundamentos, é possível constatar que embora os acusados tenham praticado diversas condutas previstas no art. 1º da Lei 8.137/90 – incisos I, II, e IV – estas ocorreram em um mesmo contexto fático, circunstância que afasta a possibilidade de reconhecimento do concurso material ou mesmo formal de crimes, em relação aos referidos atos delitivos.

Por conseguinte, deve ser rejeitado o pedido do Ministério Público, de reconhecimento do concurso formal ou material entre as condutas previstas nos incisos I, II e IV do art. 1º da Lei 8.137/90.

Da existência de crime continuado entre os atos do art. 1º e respectivos incisos, da Lei 8.137/90.

Contudo, vale frisar, em relação aos delitos do art. 1º da Lei 8.137/90, que a impossibilidade de reconhecimento do concurso formal ou material de crimes não veda o reconhecimento do crime continuado, haja vista que os acusados praticaram os delitos em questão nas circunstâncias previstas no art. 71 do Código Penal, o qual possui a seguinte redação:



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

Art. 71 – **Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.** (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Grifos Acrescidos)

Em circunstância similar à que se apresenta, o Superior Tribunal de Justiça e também os Tribunais de Justiça reconheceram a prática de delito continuado, em crimes contra a ordem tributária praticados em lapsos temporais correspondentes a mais de 4 (quatro) anos, em virtude da identidade de circunstâncias fáticas entre os mesmos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIMES DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONDENAÇÃO DA PACIENTE CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DE ELABORAÇÃO DE PERGUNTAS DA DEFESA DA PACIENTE À CORRÉ. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE ACENTUADA. VULTOSO PREJUÍZO AO ERÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. **CRIME CONTINUADO E CONCURSO FORMAL. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. QUATRO INFRAÇÕES. PERCENTUAL DE AUMENTO.** ILEGALIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

6. Não há bis in idem na dupla majoração da pena, pelo crime continuado e pelo concurso formal. **Na espécie, em uma única ação, a Paciente elidiu contribuições sociais previdenciárias e tributos que eram devidos por sua empresa mediante omissão de receitas e apresentação de falsa declaração de inatividade, entre 1999 e 2003.**

7. Considerando que foram praticadas 04 condutas delitivas mostra-se adequado o acréscimo pela continuidade na fração de 1/4 (um quarto). É firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que o aumento operado em face da continuidade deve levar em conta o número de infrações cometidas.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

8. Habeas corpus não conhecido. **Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para redimensionar o aumento pela continuidade delitiva,** restando a Paciente condenada à pena de 03 anos, 03 meses e 11 dias, mantido o regime semiaberto imposto pelas instâncias ordinárias, e determinar que o Juízo das Execuções competente analise a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

(STJ - HC: 238262 PE 2012/0068721-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 18/03/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2014)

PENAL E PROCESSO PENAL. **CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, INCISO II, DA LEI Nº 8.137/90 C/C O ART. 71 DO CPB). REDUÇÃO OU SUPRESSÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS.** PRELIMINARES: INÉPCIA DA DENÚNCIA, AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTA E CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEITADAS. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA DOS APELANTES. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PENA. NÃO CABIMENTO. **CONTINUIDADE DELITIVA CONFIGURADA.** APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

IV - **O crime continuado não é incomum nos crimes contra a ordem tributária, tendo em vista as operações se efetuarem de modo contínuo e a obrigatoriedade do recolhimento do tributo se dá mês a mês. Assim, quando o contribuinte incide em mais de uma das condutas previstas no art. 1º da Lei nº 8.137/90, não se está diante de um concurso material, mas sim da continuidade delitiva, quando os atos de sonegação se prolongam por determinado lapso temporal, o que ocorreu in casu.**

[...]

VI - Apelo provido parcialmente. Decisão unânime.

(TJ-PE - APL: 2445305 PE , Relator: Nivaldo Mulatinho de Medeiros Correia Filho, Data de Julgamento: 21/11/2013, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 28/11/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. **CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISO II, DA LEI 8.137/90. SUPRESSÃO DE TRIBUTO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME CONTINUADO. OCORRÊNCIA. ESTELIONATO.**



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE VANTAGEM ILÍCITA. CRIMES DISTINTOS. PENA-BASE. EXACERBAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

I - Os acusados deixaram de emitir e escriturar notas fiscais de vendas de mercadorias, ocasionando a supressão de tributos, configurando, assim, o delito de sonegação fiscal.

II - A conduta dos acusados em deixar de emitir nota fiscal de venda de mercadorias, ao longo dos anos de 1998,1999 e 2000, caracterizou a continuidade delitiva pelas semelhantes condições de tempo, lugar e modo de execução dos crimes.

[...]

(TJ-PE - APL: 200511120058170001 PE 0020051-11.2005.8.17.0001, Relator: Alderita Ramos de Oliveira, Data de Julgamento: 03/11/2010, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 219) (Grifos Acrescidos)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE, ANTECEDENTES CRIMINAIS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NÃO INCIDÊNCIA DO AUMENTO DA PENA PREVISTO NO ARTIGO 12, INCISO I DA LEI 8.137/90. CONTINUIDADE DELITIVA. DESPROPORCIONALIDADE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO DA DEFESA NÃO PROVIDO.

1. Demonstrando as provas dos autos que, no período de janeiro a dezembro de 2009, deixou o acusado de recolher o ICMS, constata-se a correta imputação ao réu do crime previsto no art. 1º, incisos I, II e V, da Lei n.º 8.137/90.

[...]

6. Tratando-se de 12 (doze) crimes de supressão de tributo, impossível afastar ou diminuir a fração aplicada relativa à continuidade delitiva, porquanto se encontra em consonância com a proporcionalidade e entendimento jurisprudencial, razão pela qual deve ser mantida a exasperação fixada pela sentença, qual seja, 2/3 (dois terços).

[...]

(TJ-DF - APR: 20130110722337 , Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 25/06/2015, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 02/07/2015 . Pág.: 94) (Grifos Acrescidos)

Nesse sentido, inexistente vedação ao reconhecimento do crime continuado,



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

em relação aos atos delitivos do art. 1º, e respectivos incisos, da Lei 8.137/90, os quais foram praticados nas circunstâncias previstas no supracitado art. 71 do Código Penal.

O referido entendimento é ratificado também pela egrégia Procuradoria de Justiça, a qual ressalta a existência de crime continuado entre os delitos do art. 1º da Lei 8.137/90:

Tem-se configurada, portanto, inegável continuidade delitiva em relação a tal prática (aplicando-se o mesmo entendimento ao crime descrito no artigo 2º, inciso I, da Lei 8.137/90), sendo amplamente abraçada pela jurisprudência a possibilidade de aplicação do instituto previsto no artigo 71 do Código Penal em casos que tais. Vejam-se os arestos: [...] (Grifos Acrescidos)

No entanto, embora a Sentença ora recorrida tenha condenado os acusados pela prática dos atos delitivos previstos no art. 1º, I, II e IV da Lei 8.137/90, não reconheceu a existência do crime continuado, motivo pelo qual merece reforma, para que seja reconhecida a sua ocorrência.

Portanto, assiste razão ao nobre Órgão Ministerial e também à Procuradoria de Justiça, em relação à possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, motivo pelo qual deve ser acolhido o pedido apresentado nesse sentido, sendo a aplicação da referida regra realizada na fase da dosimetria.

3. Da dosimetria.

Réu Rosan Ramos Peixoto.

Crimes do art. 1º, incisos I, II e IV da Lei 8.137/90.

Culpabilidade: Não subsistem fundamentos concretos – além daqueles já previstos no próprio delito em questão – que elevem o grau de reprovabilidade da conduta do acusado.

Antecedentes criminais: Não consta nos autos documento anterior que comprove a existência de antecedentes criminais do acusado.

Conduta social: A instrução processual deste feito não forneceu elementos suficientes para a valoração negativa desta circunstância judicial, motivo pelo qual deve ser valorada de forma neutra.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

Personalidade do agente: Do mesmo modo, inexistem elementos seguros e suficientes para a valoração negativa da personalidade do acusado.

Motivos do crime: Não foram demonstrados motivos específicos para a prática dos delitos em questão. Vale ressaltar que o simples intuito de enriquecimento fácil não pode ser utilizado como fundamento idôneo, para a valoração negativa desta circunstância judicial, uma vez que é inerente aos crimes contra a ordem tributária.

Circunstâncias do delito: Esta circunstância judicial também deve ser valorada de forma negativa, uma vez que os atos delitivos em questão foram praticados na administração de, pelo menos, duas Sociedades Empresárias distintas, sendo que o acusado utilizou “laranjas” nas transações, com o intuito de reforçar a prática dos atos delitivos em questão.

Portanto, verificando-se que os delitos foram praticados de forma ainda mais danosa pelo acusado, deve ser valorada de forma negativa esta circunstância judicial.

Consequências do crime: Em relação a esta circunstância judicial, justifica-se a sua valoração negativa em virtude do expressivo prejuízo ocasionado ao Estado da Bahia, em virtude dos delitos praticados pelo acusado, que ocasionaram um prejuízo correspondente a R\$ 1.242.153,98 (um milhão, duzentos e quarenta e dois mil, cento e cinquenta e três reais e noventa e oito centavos) – como ressaltou o Estado da Bahia, na manifestação de fls. 1.251-1.255 dos autos.

Assim, embora a existência de prejuízo ao erário seja inerente ao delito em questão, não se pode desconsiderar as vultosas quantias que deixaram de ser recolhidas pelo acusado, o que reforça a necessidade de valoração negativa desta circunstância judicial.

Comportamento da vítima: Não é valorado nestas espécies delitivas.

Pena-base: Tendo em vista a presença de 2 (duas) circunstâncias judiciais negativas – as circunstâncias e consequências do crime – a pena-base deve ser fixada no patamar correspondente a 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Vale ressaltar que aplica-se a cada circunstância judicial negativa o quantum de aumento correspondente a 1/8 (um oitavo), entendimento adotado por esta Câmara Criminal, e que possui respaldo em entendimento jurisprudencial firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (*STJ, 6ª Turma, HC: 188716 DF, Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, j. 17/11/2011*).

Na 2ª fase da dosimetria, não se verifica a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, motivo pelo qual deve ser mantido o *quantum* da pena



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

provisória, fixada na primeira fase da dosimetria.

Na 3ª fase da dosimetria, deve ser aplicada a causa de aumento prevista no art. 12, III, da Lei 8.137/90, na fração correspondente a 1/3 (um terço):

Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:
[...]

III – ser o crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde. (Grifos Acrescidos)

Justifica-se a aplicação da referida causa de aumento pelo fato de os atos delitivos praticados pelo acusado terem sido realizados na gestão de Sociedades Empresárias cujo objeto social consiste na comercialização de produtos farmacêuticos, como se verifica a partir do exame dos documentos de fls. 266-271, 279-283, 553-554 e 556 dos autos.

Sendo assim, é inequívoca a conclusão de que os delitos foram praticados em relação ao comércio de bens essenciais à vida e à saúde, nos exatos termos previstos no supracitado art. 12, III, da Lei 8.137/90, circunstância que evidencia a aplicação da causa de aumento em questão, como ressaltou a Procuradoria de Justiça, à fl. 1.302 dos autos:

De outro lado, deve ser acrescida à reprimenda, na segunda fase da dosimetria, a causa de aumento de pena prevista no artigo 12, III, da Lei 8.137/90, in verbis: [...]

Isso porque parcela das condutas praticadas pelos agentes se referiram à comercialização de produtos farmacêuticos, conforme narrativa de inicial acusatória, tratando-se, indiscutivelmente, de bens essencialmente ligados à vida e à saúde, fazendo incidir, com perfeição, o dispositivo em comento. (Grifos Acrescidos)

A aplicação da referida causa de aumento resulta em uma pena provisória correspondente a 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Por fim, deve ser reconhecida a existência de crime continuado, em virtude da elevada prática de atos delitivos pelo acusado – nos termos previstos no art. 71 do Código Penal:

Art. 71 – Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e,



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Grifos Acrescidos)

Considerando-se a prática de, ao menos 7 (sete) condutas delitivas pelo acusado – 2 (duas) referentes ao art. 1º, I, 3 (três) referentes ao art. 1º, II, e 2 (duas) referentes ao art. 1º, IV, da Lei 8.137/90 – se afigura adequado o aumento de sua pena na fração correspondente à metade – patamar justificado pelo elevado número de infrações praticadas pelo mesmo.

Vale ressaltar que prevalece, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que o aumento da pena, em virtude da prática de crimes continuados, ocorre em virtude do número de infrações praticadas, como leciona Guilherme de Souza Nucci:

120. Critério de dosagem do aumento: no crime continuado, o único critério a ser levado em conta para dosar o aumento (1/6 a 2/3, no caput, e até o triplo, no parágrafo único, do art. 71) é o número de infrações praticadas. É a correta lição de FRAGOSO, Lições de direito penal, p. 352. STJ: “O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, quanto ao art. 71, caput do Código Penal, em decorrência do número de infrações praticadas. **No caso, o número elevado de infrações cometidas pelo paciente (sete) justifica o aumento da pena acima do patamar mínimo estabelecido** (Precedentes)” (HC 126909-RJ, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 27.04.2009, v.u.); “**O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, quanto ao art. 71, caput do Código Penal, por força do número de infrações praticadas**” (HC 128888-DF, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 26.05.2009, v.u.); “**É pacífica a jurisprudência desta Corte ao dizer que o aumento de pena pela continuidade delitiva deve levar em conta somente o número de infrações**, sendo que esta Corte tem considerado correta a exacerbação da pena em 1/5 (um quinto), em virtude de reconhecimento de continuidade delitiva, na prática de 03 (três) delitos” (REsp 1.101.831-RJ, 5.ª T., rel. Laurita Vaz, 16.04.2009). “O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, quanto ao art. 71, caput, do Código Penal, por força do número de infrações praticadas. Assim, mesmo afastadas as infrações em relação às quais o e. Tribunal a quo reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, ainda resta um número elevado de infrações que justifica o aumento da pena



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

acima do patamar mínimo estabelecido” (REsp 802.503-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 27.03.2008, v.u.); (Grifos Acrescidos) (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado: 14. edição – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014: pp. 795-796)

Cumprir ressaltar que a segunda causa de aumento é calculada sobre a pena obtida a partir da incidência da primeira causa de aumento de pena, como leciona Guilherme de Souza Nucci:

8.5 Critério para aplicação dos aumentos e das diminuições
Há, fundamentalmente, três posições a esse respeito:

[...]

2.^a) **todas as causas incidem umas sobre as outras. No mesmo exemplo: dos 6 anos encontrados na 2.^a fase, o juiz passará a considerar as causas de aumento umas sobre as outras (juros sobre juros). Assim, 6 anos mais 2 (1/3 do art. 157, § 2.^o) vão para 8 anos; sobre os 8 soma-se 1/6, totalizando 9 anos e 4 meses de reclusão. O mesmo critério é usado para as causas de diminuição;**

[...]

Parece-nos – e é majoritário esse entendimento – ser adequado o segundo: as causas de aumento e de diminuição são aplicadas umas sobre as outras. Evita-se a inoportuna pena zero e cria-se um método uniforme para aumentar e diminuir a pena igualmente. Aliás, justamente porque o segundo critério é dominante, não se admite que existam compensações entre causas de aumento e de diminuição. Quando o juiz for aplicar um aumento de 1/3 e uma diminuição de 1/3, por exemplo, não poderá compensá-los, anulando-os. Eis o motivo: se a pena extraída da 2.^a fase for de 6 anos, aplicando-se um aumento de 1/3, alcança-se a cifra de 8 anos. Em seguida, subtraindo-se 1/3, segue-se para a pena de 5 anos e 4 meses. Portanto, é incabível compensar as duas. (Grifos Acrescidos)

(NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 582)

Assim, a majoração da pena em metade, em virtude do reconhecimento do crime continuado, resulta em uma pena correspondente a **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, intervalo que deve ser convertido em pena privativa de liberdade definitiva.

A referida pena deve ser cumprida no regime inicial semiaberto, por força da previsão contida no art. 33, § 2.^o, “b”, do Código Penal, já transcrito anteriormente.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

Tendo em vista a majoração da pena privativa de liberdade, também deve ocorrer a majoração da pena de multa, uma vez que esta é calculada com base no mesmo critério trifásico utilizado para a fixação da primeira.

Em relação ao tema, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento jurisprudencial no sentido de que a pena de multa deve ser aplicada de forma proporcional à pena privativa de liberdade, respeitando o mesmo critério trifásico utilizado (*STJ, 6ª Turma, HC 102741 RS, Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27/10/2009 e STJ, 5ª Turma, HC 187498 GO, Min. Laurita Vaz, j. 07/05/2013*).

Assim, a utilização do referido critério resulta em uma pena correspondente a 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, no valor correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Ré Helena Petronila Gonçalves Silva Peixoto.

Crimes do art. 1º, incisos I, II e IV da Lei 8.137/90.

Culpabilidade: Não subsistem fundamentos concretos – além daqueles já previstos no próprio delito em questão – que elevem o grau de reprovabilidade da conduta da acusada.

Antecedentes criminais: Não consta nos autos documento anterior que comprove a existência de antecedentes criminais da acusada.

Conduta social: A instrução processual deste feito não forneceu elementos suficientes para a valoração negativa desta circunstância judicial, motivo pelo qual deve ser valorada de forma neutra.

Personalidade do agente: Do mesmo modo, inexistem elementos seguros e suficientes para a valoração negativa da personalidade da acusada.

Motivos do crime: Não foram demonstrados motivos específicos para a prática dos delitos em questão. Vale ressaltar que o simples intuito de enriquecimento fácil não pode ser utilizado como fundamento idôneo, para a valoração negativa desta circunstância judicial, uma vez que é inerente aos crimes contra a ordem tributária.

Circunstâncias do delito: Esta circunstância judicial também deve ser valorada de forma negativa, uma vez que os atos delitivos em questão foram praticados na administração de, pelo menos, duas Sociedades Empresárias distintas, sendo que a acusada utilizou “laranjas” nas transações, com o intuito de reforçar a prática dos atos delitivos em questão.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

Portanto, verificando-se que os delitos foram praticados de forma ainda mais danosa pela acusada, deve ser valorada de forma negativa esta circunstância judicial.

Consequências do crime: Em relação a esta circunstância judicial, justifica-se a sua valoração negativa em virtude do expressivo prejuízo ocasionado ao Estado da Bahia, em virtude dos delitos praticados pela acusada, que ocasionaram um prejuízo correspondente a R\$ 1.242.153,98 (um milhão, duzentos e quarenta e dois mil, cento e cinquenta e três reais e noventa e oito centavos) – como ressaltou o Estado da Bahia, na manifestação de fls. 1.251-1.255 dos autos.

Assim, embora a existência de prejuízo ao erário seja inerente ao delito em questão, não se pode desconsiderar as vultosas quantias que deixaram de ser recolhidas pela acusada, o que reforça a necessidade de valoração negativa desta circunstância judicial.

Comportamento da vítima: Não é valorado nestas espécies delitivas.

Pena-base: Tendo em vista a presença de 2 (duas) circunstâncias judiciais negativas – as circunstâncias e consequências do crime – a pena-base deve ser fixada no patamar correspondente a 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Vale ressaltar que aplica-se a cada circunstância judicial negativa o quantum de aumento correspondente a 1/8 (um oitavo), entendimento adotado por esta Câmara Criminal, e que possui respaldo em entendimento jurisprudencial firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (*STJ, 6ª Turma, HC: 188716 DF, Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, j. 17/11/2011*).

Na 2ª fase da dosimetria, não se verifica a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, motivo pelo qual deve ser mantido o *quantum* da pena provisória, fixado na primeira fase da dosimetria.

Vale ressaltar que embora o Ministério Público mencione, à fl. 1.161 dos autos, que a acusada Helena Petronila seja reincidente em crime doloso de natureza semelhante a este, não apontou e tampouco consta nos autos prova idônea nesse sentido.

Na 3ª fase da dosimetria, deve ser aplicada a causa de aumento prevista no art. 12, III, da Lei 8.137/90, na fração correspondente a 1/3 (um terço):

Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:
[...]

III – **ser o crime praticado em relação à prestação de serviços**



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde. (Grifos Acrescidos)

Justifica-se a aplicação da referida causa de aumento pelo fato de os atos delitivos praticados pela acusada terem sido realizados na gestão de Sociedades Empresárias cujo objeto social consiste na comercialização de produtos farmacêuticos, como se verifica a partir do exame dos documentos de fls. 266-271, 279-283, 553-554 e 556 dos autos.

Sendo assim, é inequívoca a conclusão de que os delitos foram praticados em relação ao comércio de bens essenciais à vida e à saúde, nos exatos termos previstos no supracitado art. 12, III, da Lei 8.137/90, circunstância que evidencia a aplicação da causa de aumento em questão.

A aplicação da referida causa de aumento resulta em uma pena provisória correspondente a 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Por fim, deve ser reconhecida a existência de crime continuado, em virtude da elevada prática de atos delitivos pela acusada, nos termos previstos no supracitado art. 71 do Código Penal.

Considerando-se a prática de, ao menos 7 (sete) condutas delitivas pela acusada – 2 (duas) referentes ao art. 1º, I, 3 (três) referentes ao art. 1º, II, e 2 (duas) referentes ao art. 1º, IV, da Lei 8.137/90 – se afigura adequado o aumento de sua pena na fração correspondente à metade – patamar justificado pelo elevado número de infrações praticadas pela mesma.

Cumprе ressaltar que a segunda causa de aumento é calculada sobre a pena obtida a partir da incidência da primeira causa de aumento de pena, como ressaltado anteriormente.

Assim, a majoração da pena em metade, em virtude do reconhecimento do crime continuado, resulta em uma pena correspondente a **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, intervalo que deve ser convertido em pena privativa de liberdade definitiva.

A referida pena deve ser cumprida no regime inicial semiaberto, por força da previsão contida no art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal:

Art. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
[...]

§ 2º – As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. (Grifos Acrescidos)

Tendo em vista a majoração da pena privativa de liberdade, também deve ocorrer a majoração da pena de multa, uma vez que esta é calculada com base no mesmo critério trifásico utilizado para a fixação da primeira.

Em relação ao tema, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento jurisprudencial no sentido de que a pena de multa deve ser aplicada de forma proporcional à pena privativa de liberdade, respeitando o mesmo critério trifásico utilizado (*STJ, 6ª Turma, HC 102741 RS, Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27/10/2009 e STJ, 5ª Turma, HC 187498 GO, Min. Laurita Vaz, j. 07/05/2013*).

Assim, a utilização do referido critério resulta em uma pena correspondente a 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, no valor correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

4. Da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Considerando-se o total das penas privativas de liberdade aplicadas aos acusados – 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão – não há possibilidade de substituição das mesmas por penas restritivas de direitos – como determinado na Sentença ora recorrida – uma vez que foram superiores a 4 (quatro) anos – o que comprova o não preenchimento do requisito contido no art. 44, I, do Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) (Grifos Acrescidos)

Sendo assim, deve ser dado provimento do presente recurso de Apelação para fins de afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como havia sido determinado na Sentença ora recorrida.

5. Do pedido de reparação do dano. Pedido prejudicado.

Em seu recurso de Apelação, o Ministério Público requer que no comando judicial, conste expressamente a obrigação de os acusados repararem os danos causados, nos termos do art. 91, I, do Código Penal, dispositivo que possui o seguinte teor:

Efeitos genéricos e específicos

Art. 91 – São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Grifos Acrescidos)

Nesse mesmo sentido é a manifestação da Procuradoria de Justiça, às fls. 1.304-1.305 dos autos, onde ressalta a necessidade de reparação dos danos causados ao erário, pelas condutas delituosas realizadas pelos acusados.

Contudo, vale ressaltar que embora o Ministério Público pleiteie que conste nesta decisão a obrigação de os acusados repararem os danos causados, este efeito consiste em consequência automática da Sentença, e que não precisa ser declarado de forma expressa, como lecionam Guilherme de Souza Nucci e Cleber Masson:

3. Efeito genérico de tornar certa a obrigação de reparar o dano: **trata-se de efeito automático, que não necessita ser expressamente pronunciado pelo juiz na sentença condenatória** e destina-se a formar título executivo judicial para a propositura da ação civil ex delicto.
(NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado: 14. edição – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014: p. 221)



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

Efeitos secundários da condenação: **Também conhecidos como efeitos mediatos, acessórios, reflexos ou indiretos, constituem-se em consequências da sentença penal condenatória como fato jurídico.** Os efeitos secundários se dividem em dois blocos: penais e extrapenais. Estão previstos no Código Penal e fora dele. [...]

–Efeitos secundários de natureza extrapenal previstos no Código Penal: São assim denominados (extrapenais) por incidirem em áreas diversas do Direito. Dividem-se em genéricos e específicos. Efeitos genéricos, chamados dessa maneira por recaírem sobre todos os crimes, **são os previstos no art. 91 do CP: obrigação de reparar o dano e confisco. A interpretação a contrario sensu do art. 92, parágrafo único, do CP, mostra serem tais efeitos automáticos, ou seja, não precisam ser expressamente declarados na sentença. Toda condenação os produz.** [...]

(MASSON, Cléber. Código Penal Comentado / Cleber Masson. 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014: p. 170.)

p. 170

Sendo assim, o fato de os acusados estarem sendo condenados pela prática dos crimes ora mencionados neste Voto, já consiste em fundamento idôneo para que sejam condenados a reparar os danos causados, como mencionado anteriormente.

Contudo, vale frisar que embora seja certa a obrigação de repararem os danos causados, o mesmo não se pode falar em relação ao montante devido pelos acusados – *quantum debeatur*.

O referido montante não pode ser apurado nesta fase processual tendo em vista o fato de não ter sido apontado, pelo Ministério Público, o valor devido pelos acusados, durante a instrução processual do feito, e também pelo fato de não ter sido assegurado aos mesmos o exercício do contraditório e da ampla defesa, em relação ao referido pedido.

Em relação ao tema o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que a fixação, da reparação mínima dos danos causados à vítima, na sentença condenatória, demanda a existência de pedido formal do ofendido e também a observância da ampla defesa e do contraditório:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. CONSUMAÇÃO. POSSE TRANQUÍLA DA RES. DESNECESSIDADE. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME INDIRETO. INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE VESTÍGIOS. **REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À**



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

VÍTIMA PREVISTA NO ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO CONTRADITÓRIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

3. Para que seja fixado na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima, com base no art. 387, IV, do Código Penal, deve haver pedido formal nesse sentido pelo ofendido e ser oportunizada a defesa pelo réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Precedente.

4. Recurso parcialmente provido para reconhecer a consumação do delito, com os ajustes das penas daí decorrentes.

(STJ - REsp: 1248490 RS 2011/0059309-7, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 08/05/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2012)

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. REPARAÇÃO CIVIL MÍNIMA. ART. 387, IV, DO CPP. IRRETROATIVIDADE. NORMA DE DIREITO MATERIAL. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO DO OFENDIDO E OPORTUNIDADE DE DEFESA AO RÉU.

[...]

2. A permissão legal de cumulação de pretensão acusatória com a indenizatória não dispensa a existência de expresse pedido formulado pelo ofendido, dada a natureza privada e exclusiva da vítima.

3. A fixação da reparação civil mínima também não dispensa a participação do réu, sob pena de frontal violação ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.206.635 - RS (2010/0159376-0) - Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 02/10/2012, T5 - QUINTA TURMA)

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - REPARAÇÃO DOS DANOS - ARBITRAMENTO DE OFÍCIO PELO JUIZ - INADMISSIBILIDADE.

- A existência de pedido formulado pela parte ofendida é pressuposto para a fixação de indenização a título de reparação de danos (art. 387, IV, do CPP), sendo defeso ao juízo arbitrá-la de ofício, o que ofende aos princípios do contraditório e da ampla defesa. V.V.: - Toda sentença penal condenatória traz no seu bojo a existência inquestionável de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

um fato que é, também, um ilícito civil.

– A obrigação de reparar o dano é mero efeito secundário extrapenal e genérico da condenação, nos termos do art. 91, inciso I, do Código Penal, não sendo possível, assim, excluí-la do título judicial.

(TJ-MG - APR: 10223140080704001 MG , Relator: Júlio Cezar Guttierrez, Data de Julgamento: 16/12/2014, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 21/01/2015)
(Grifos Acrescidos)

Acerca da matéria, ressalta Guilherme de Souza Nucci que, para que seja fixada a indenização devida pelo acusado, deve haver pedido nesse sentido, formulado durante a fase da instrução criminal – o que não ocorreu no presente caso – e que também deve ser assegurado à parte o pleno exercício dos direitos ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido:

56. Reparação civil dos danos: sejamos absolutamente realistas, sem nos impressionarmos com a pretensa reforma autêntica do processo no Brasil. Há muito, aguarda-se possa o juiz criminal decidir, de uma vez, não somente o cenário criminal em relação ao réu, mas também a sua dívida civil, no tocante à vítima, de modo a poupar outra demanda na esfera cível. O que se faz? Menciona-se que o magistrado pode fixar um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, levando em conta os prejuízos sofridos pela vítima. Ora, para o estabelecimento de um valor mínimo o juiz deverá proporcionar todos os meios de provas admissíveis, em benefício dos envolvidos, mormente do réu. **Não pode este arcar com qualquer montante se não tiver tido a oportunidade de se defender, produzir prova e demonstrar o que, realmente, seria, em tese, devido.** [...]

56-A. Procedimento para a fixação da indenização civil: admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, **é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida**



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

infringência ao princípio da ampla defesa. [...] (Grifos Acrescidos)
(NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, 13a. edição. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014: p. 1.229-1.230)

Embora seja inequívoco o dever de os acusados repararem os danos causados, *ex vi* dos arts. 91, I, do Código Penal e 387, IV, do Código de Processo Penal, a referida fixação do quantum debeatur não pode ser feita sem que seja assegurado aos mesmos o amplo exercício dos direitos constitucionais referentes à ampla defesa e ao contraditório, em consonância com os fundamentos acima coligidos.

Sendo assim, não há possibilidade de aplicação do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, nesta fase processual.

Assim, tratando-se de efeito automático da Sentença penal condenatória, como ressaltado anteriormente, deve ser julgado prejudicado o pedido do Ministério Público, de condenação dos acusados à reparação dos danos causados, com fulcro no art. 91, do Código Penal.

6. Do direito de recorrer em liberdade.

Preceitua o art. 387, § 1º do Código de Processo Penal que, ao proferir Sentença condenatória o Magistrado deverá decidir acerca da manutenção ou imposição de prisão preventiva ou medidas cautelares:

Art. 387. **O juiz, ao proferir sentença condenatória:** (Vide Lei nº 11.719, de 2008)
[...]

§ 1º – **O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.** (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012) (Grifos Acrescidos)

No presente caso, verifica-se que os acusados permaneceram soltos durante todo o decorrer desta Ação Penal, e que não se encontram presentes os requisitos para a decretação das respectivas custódias cautelares, como exige o art. 312 do Código de Processo Penal.

Sendo assim, deve ser assegurado aos mesmos o direito de recorrer em liberdade.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

7. Dispositivo. Apelo parcialmente provido.

Ante o exposto, e com fulcro no art. 1º, I, II e IV da Lei 8.137/90, o Voto é no sentido de REJEITAR AS PRELIMINARES SUSCITADAS PELA DEFESA e no mérito em DAR PROVIMENTO PARCIAL ao presente Recurso de Apelação, para reformar em parte a Sentença recorrida, para fins de majorar as penas aplicadas aos acusados.

As referidas penas devem corresponder, a partir de então, a 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e a 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, no valor correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

No que se refere aos demais pedidos – reconhecimento do concurso formal e/ou material de crimes e valoração negativa de outras circunstâncias judiciais – deve ser negado provimento ao Apelo.

Em relação ao delito do art. 2º, I, da Lei 8.137/90, deve ser reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com a extinção da punibilidade de ambos os acusados.

Sala das Sessões, de de 2016.

PRESIDENTE

**DES. JOSÉ ALFREDO CERQUEIRA DA SILVA
RELATOR**

PROCURADOR(A) DE JUSTIÇA