



**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

081

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0154886-3**

**APELANTE:** Luiz Roberto Grimberg

**APELADO:** Ministério Público do Estado de Pernambuco

**PROCURADORA DE JUSTIÇA:** Dr<sup>a</sup>. HELENA MARTINS GOMES E SILVA

**RELATOR:** Des. ANTONIO DE MELO E LIMA

**REVISOR:** Des. NIVALDO MULATINHO DE MEDEIROS CORREIA FILHO

**ÓRGÃO JULGADOR:** TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

SUB 7  
PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINARES DE NULIDADE REJEITADAS. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA APENAS PARA EXCLUIR UMA AGRAVANTE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação crime nº 154886-3, oriunda da 2ª Vara Criminal da Comarca de Jaboatão dos Guararapes-PE, em que figuram como partes às acima mencionadas, acordam os Desembargadores componentes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em sessão de \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, em rejeitar as preliminares e, no mérito, dar-lhe parcial provimento ao recurso defensivo, tudo consoante relatório e voto em anexo, que passam a fazer parte deste acórdão.

Recife, 17 de abril de 2009.

Des. Antonio de Melo e Lima  
Relator



**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0154886-3

082

APELANTE: Luiz Roberto Grimberg

APELADO: Ministério Público do Estado de Pernambuco

PROCURADORA DE JUSTIÇA: Dr<sup>a</sup>. HELENA MARTINS GOMES E SILVA

RELATOR: Des. ANTONIO DE MELO E LIMA

ÓRGÃO JULGADOR: Terceira Câmara Criminal

**RELATÓRIO**

O Ministério Público Estadual, através de sua representante legal, denunciou Luiz Roberto Grimberg e Lea Jaroslavsky Grimberg, qualificados nos autos, dando-os como incurso nas sanções do art. 1º, inciso II e V, da Lei n.º 8.137/90<sup>1</sup> (crime de fraude a fiscalização tributária e sonegação fiscal).

A inicial acusatória encontra-se instruída com os autos do Inquérito nº 279/03, cópia do processo fiscal (fls. 08/22), termo de verificação de ECF e demais documentos.

À f. 83, consta despacho recebendo a denúncia, mandando citar os acusados e designando interrogatório.

Consta dos autos os termos de interrogatório às fls. 159/163.

O advogado apresentou defesa prévia, sustentando a prescrição antecipada da pena retroativa e no mérito, em síntese, alegou lesão ao Princípio do Devido Processo Legal, ante a falta de intimação dos acusados para se defenderem no procedimento administrativo (fls. 163/182).

Ouvido o MP (fls. 185/187), o Juiz processante indeferiu o pleito da defesa, determinando a continuidade da ação penal (fls. 190/192).

<sup>1</sup> Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (...) II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; (...) V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.



**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima**

As testemunhas do rol da denúncia foram inquiridas conforme se vê às fls. 207/210. 083

Nota-se à folha 210 que as testemunhas de defesa não foram ouvidas, vez que o causídico desistiu da inquirição das mesmas.

Com o término da instrução, o Exmo. Juiz de Direito determinou a intimação das partes para os fins do art. 499 do CPP (f. 210), sendo que a acusação e a defesa, nada requereram.

Dando continuidade aos atos processuais, os autos seguiram para o *Parquet*, que apresentou alegações finais pedindo a condenação do denunciado Luiz Roberto Grimberg e a absolvição de Lea Jaroslavsky Grimberg (fls. 216/221).

A Defesa, em sede de razões derradeiras, levantou a preliminar de nulidade, sustentando que o fato dos denunciados não terem sido intimados para se defenderem na esfera administrativa maculou a presente ação penal. No mérito, sustenta que não está comprovada a materialidade delitiva e muito menos a sua autoria, pugnando pela absolvição dos denunciados (fls. 223/232).

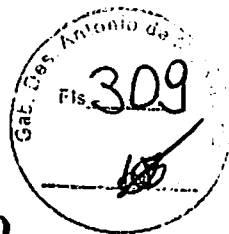
Os autos foram conclusos, ocasião em que sobreveio sentença (fls. 236/252), na qual julgou-se parcialmente procedente a denúncia, para **condenar Luiz Roberto Grimberg**, ora apelante, pelo crime do art. 1º, inciso I e 2º, inciso I, ambos da Lei n.º 8.137/90<sup>2</sup>, à pena definitiva de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída pela restritiva de direitos.

A sentença **absolveu a denunciada Lea Jaroslavsky Grimberg**, com fundamento no art. 13 do CP.

O Ministério Público, intimado, não apelou da sentença (f.253).

Os sentenciados foram intimados pessoalmente do *decisum*, conforme se vê à f. 260v.

<sup>2</sup> Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias (...) Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: 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;



**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima**

084

Inconformado com o édito condenatório, **Luiz Roberto Grimberg** apelou e em suas razões levantou a **primeira preliminar**, argumentando que a sentença condenatória encontra-se nula, por ter agredido princípios constitucionais. Nessa preliminar o causídico argumenta que não estão comprovadas a materialidade e a autoria delitiva.

Numa **segunda preliminar**, o mesmo afirma que a sentença não enfrentou preliminar sustentada nas alegações finais, onde foi afirmado que o fato dos denunciados não terem sido intimados para se defenderem na esfera administrativa maculou a presente ação penal. Sustenta que o STF tem entendido que a ação penal para apuração de crime contra a ordem tributária somente será intentada quando exauridos o procedimento administrativo.

No **mérito**, pediu a absolvição do apelante, argumentando que não há nos autos prova da materialidade e da autoria delitiva.

**Alternativamente**, atacou a dosimetria da pena, pois entende que todas as circunstâncias judiciais foram favoráveis ao recorrente, fato que reclama a aplicação da pena mínima. Argumenta, ainda, que não há espaço para aplicação da agravante. Por fim, insurgiu-se contra a fixação da pena de multa, alegando que a empresa fechou, que o recorrente vive hoje de favor e sofre de lesão coronariana grave (fls. 270/293).

Nas contra-razões apresentadas pela acusação, fls. 297/299, a ilustre Representante Ministerial pugnou pelo não provimento da apelação.

A douta Procuradora de Justiça, em parecer exarado às fls. 302/304, se manifestou pela manutenção integral da decisão guerreada.

**É o relatório. À Revisão.**

Recife 30 de abril de 2008.

**Des. Antonio de Melo e Lima**  
**Relator**



**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**

Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

085

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0154886-3**

**APELANTE:** Luiz Roberto Grimberg

**APELADO:** Ministério Público do Estado de Pernambuco

**PROCURADORA DE JUSTIÇA:** Dr<sup>a</sup>. HELENA MARTINS GOMES E SILVA

**RELATOR:** Des. ANTONIO DE MELO E LIMA

**REVISOR:** Des. NIVALDO MULATINHO DE MEDEIROS CORREIA FILHO

**ÓRGÃO JULGADOR:** TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

**VOTO DO RELATOR**

**1ª Preliminar de Nulidade**

**Senhores Desembargadores,**

Ante a pluralidade de teses, analisarei, em separado, as duas preliminares e por fim, enfrentarei o mérito do presente apelo defensivo.

A defesa guindou a presente preliminar de nulidade do processo por entender que a sentença agrediu princípios constitucionais, sendo esclarecedor os seguintes argumentos recursais (f. 272):

“(...) Nula, data vênia é a sentença ora atacada, pois, na forma que se encontra está ferindo todos os princípios constitucionais, como por exemplo, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. O artigo 158, do Código de Processo Penal Brasileiro, determina a realização de perícia, para todos os supostos crimes que deixem vestígios, mesmo que o acusado confesse a sua participação no crime que lhe é atribuído. No caso dos autos é a própria parte (Secretaria da Fazenda através de seus funcionários), que alega a existência de adulteração sem uma efetiva participação do órgão competente para comprovação da materialidade delitiva. Senhor Julgador, na verdade nos deparamos com um processo criminal, onde não está comprovada a materialidade delitiva e muito menos a sua autoria (...)”.



**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

086

Conforme se verifica, a defesa sustentou a tese de que a falta de perícia na máquina registradora ensejaria nulidade absoluta da sentença.

Compulsando os autos noto que inexistiu perícia acerca dos fatos narrados na denúncia, mas a materialidade delitiva foi atestada através da prova testemunhal, em perfeita harmonia com a regra estampada no art. 167 do CPP<sup>3</sup>.

É incontroversa na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de se comprovar a materialidade por meio da prova testemunhal e documental.

Nessa esteira coletamos o seguinte posicionamento de Mirabete<sup>4</sup>:

“Por vezes as infrações não deixam vestígios materiais (*delicta facti transeuntis*) ou estes não são encontrados, impossibilitando o exame direto. Assim, dispensa-se a perícia, fazendo-se então a prova do crime por outros meios, em regra por testemunhas (art. 165). Forma-se, então, o corpo de delito indireto, que também não pode ser suprido apenas pela confissão do réu.” Grifei.

No mesmo sentido colhemos os seguintes argumentos de Guilherme de Souza Nucci<sup>5</sup>:

“(…) em crimes que deixam vestígios materiais deve haver, sempre, exame de corpo de delito. Preferencialmente, os peritos devem analisar o rastro deixado pessoalmente. Em caráter excepcional, no entanto, admite-se que o façam por outros meios de prova em direito admitidos (...) É o que se chama de exame de corpo de delito indireto (...)”

<sup>3</sup> Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

<sup>4</sup> Código de Processo Penal Interpretado. 13ª Edição. Atlas. Pág. 483.

<sup>5</sup> Código de Processo Penal Comentado. 6ª Edição. RT. P. 354.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

087

Portanto, é incontestável a validade da prova da materialidade fundada na prova documental e testemunhal, consubstanciando o **corpo de delito indireto**, previsto no art. 158 do CPP<sup>6</sup>, sendo essa a hipótese dos presentes autos.

As contra-razões apresentadas pela acusação trazem argumentos que são suficientes para a rejeição da presente preliminar, sendo relevante evidenciar as seguintes assertivas (f. 298):

“(...) Quanto à alegação da ausência do exame técnico da adulteração da máquina emissora de cupons fiscais, de igual forma não merece prosperar, posto que, além de ser atribuição dos técnicos vinculados à Secretaria da Fazenda a identificação da substituição da memória do equipamento, fora constatada a remoção grosseira da resina de lacre da memória, devidamente esclarecido e fotografado (fls. 46 a 51), sendo desnecessária a realização de uma segunda perícia (...)”

No mesmo sentido se posicionou a Douta Procuradora de Justiça, argumentando que (f. 303):

“(...) o exame técnico de fls. 46/52 e os depoimentos das testemunhas de fls. 207 atestam a ocorrência da violação na máquina impressora de cupons fiscais e a fraude teve por finalidade a diminuição de pagamento de tributos. Isto foi exaustivamente demonstrado nos autos. Desta forma, não há que se falar em ausência da prova de materialidade do delito (...)”

Com efeito, conforme foi asseverado, o Termo de Verificação de folha 46 e as fotografias de folhas 48/51, comprovam a materialidade delitiva, não havendo qualquer nulidade a ser sanada.

<sup>6</sup> Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Grifo nosso.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

088

Para embasar tais assertivas, colaciono a seguinte decisão paradigmática:

“(…) A falta do exame de corpo de delito não pode obstar a *persecutio criminis in iudicio*. Ela não retira, aí, a admissibilidade da demanda, porquanto a despeito de o referido exame ser, em regra, realizado antes do oferecimento da denúncia, tal fato não se apresenta como uma exigência intransponível, capaz de determinar a nulidade de toda a ação penal, até porque o exame de corpo de delito pode ser realizado a qualquer tempo e a sua falta pode ser suprida pelo exame de corpo de delito indireto e pela prova testemunhal (art. 158 c/c art. 167, do CPP). (Precedentes) (...)” (HC 36.200/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15.02.2005).

Ante os argumentos expostos, voto pela rejeição da preliminar em comento.

Recife, 17 de Maio de 2009.

Des. Antonio de Melo e Lima  
Relator





**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**

Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

089

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0154886-3**

**APELANTE:** Luiz Roberto Grimberg

**APELADO:** Ministério Público do Estado de Pernambuco

**PROCURADORA DE JUSTIÇA:** Dr<sup>a</sup>. HELENA MARTINS GOMES E SILVA

**RELATOR:** Des. ANTONIO DE MELO E LIMA

**REVISOR:** Des. NIVALDO MULATINHO DE MEDEIROS CORREIA FILHO

**ÓRGÃO JULGADOR:** TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

**VOTO DO RELATOR**

**2ª Preliminar de Nulidade**

**Senhores Desembargadores,**

Ultrapassada a primeira, passo a enfrentar a última preliminar.

A defesa argumentou que a sentença não enfrentou preliminar sustentada nas alegações finais. A citada preliminar alegava que os denunciados não foram intimados para se defenderem na esfera administrativa, fato que maculou a presente ação penal.

Dentre os argumentos do recorrente, entendo salutar a transcrição dos seguintes fragmentos (f. 274):

“(...) A Douta e honrada autoridade que prolatou a sentença atacada, não enfrentou a preliminar argüida pela defesa (...) Nos autos verificamos que o recorrente não foi intimado para proceder a sua defesa na esfera administrativa, sendo pego de surpresa tão somente para responder a presente demanda processual penal (...)”.

Ocorre que os autos demonstram que tais argumentos são totalmente infundados.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

090

Basta uma simples leitura da sentença condenatória para verificar que a referida preliminar defensiva foi enfrentada e indeferida de forma fundamentada.

Vejamos os seguintes trechos da sentença guerreada:

Folha 240: "(...) A Defesa, argumenta preliminar de nulidade da inscrição da dívida ativa do processo administrativo, porque o acusado não foi intimado para proceder a sua defesa na esfera administrativa (...)."

Folhas 240/241: "(...) **Luiz Roberto Grimberg recebeu e assinou a intimação fiscal da lavratura dos autos de infração, às fls. 17, 30, 38, 52 e 56 em 04.05.2001, todos com a intimação, de pagar o tributo com os acréscimos exigidos" ou apresentar suas razões de defesa de acordo com a legislação vigente, no prazo de 30(trinta) dias contados a partir desta data.** O acusado disse no seu interrogatório que não pagou nem pediu parcelamento da dívida. É evidente que passado o prazo de 30(trinta) dias para apresentação de defesa ou pagamento da dívida, se nenhuma dessas duas condições for satisfeita, a consequência é a inscrição na dívida ativa, como efetivamente ocorreu, corretamente, a fls. 69/80 (...) **O acusado não propôs a defesa porque não quis, pois para isso foi intimado, como já exaustivamente mostrado, que ele mesmo, pessoalmente, recebeu as intimações (...).**" Frisei.

Conforme se verifica, a preliminar em comento não tem respaldo nos autos, pois o apelante foi intimado no processo administrativo fiscal as folhas 17, 30, 38 e 56, mas não apresentou defesa, tanto que o fisco estadual efetivou o lançamento e, após, inscrevendo o crédito tributário na dívida ativa.

O próprio recorrente, quando ouvido perante a autoridade Judicial reconheceu que foi intimado do procedimento administrativo.

Vejamos as seguintes assertivas do apelante (f. 160):



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

091

“(...) que não requereu parcelamento da dívida objeto desta denúncia; que a assinatura do documento de fl. 17 de recebimento de cópia deste documento, tomando ciência do integral teor pertence a ele interrogando (...)”

Esclareço que o documento de folha 17 trata de uma intimação fiscal onde o apelante tomou conhecimento do processo administrativo que foi instaurando para apurar os fatos descritos na denúncia.

Dessa forma, torna-se patente à inexistência de qualquer nulidade, vez que o procedimento administrativo transcorreu em absoluta normalidade, em plena obediência aos ditames legais, **havendo lançamento definitivo do débito fiscal.**

É importante destacar que a ilustre Procuradora de Justiça opinou pela rejeição dessa preliminar, posto que o procedimento administrativo foi concluído, inclusive com inscrição do débito na dívida ativa (f. 303).

A Jurisprudência é pacífica em afirmar que havendo encerramento do procedimento administrativo, com lançamento definitivo do tributo, não que se falar em nulidade da ação penal. Neste sentido:

“(...) CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – SONEGAÇÃO FISCAL (...) Consoante recente orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte, eventual crime contra a ordem tributária depende, para sua caracterização, do lançamento definitivo do tributo devido pela autoridade administrativa. Encerrado o procedimento administrativo, e aparentemente mantido o lançamento definitivo do tributo, não há que se falar em trancamento do inquérito policial (...)” (RHC 20.741/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 04.10.2007).

“(...) Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC nº 1.571), falta justa causa para a ação



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

092

penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei nº 8.137/90 - que é material ou de resultado, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento (...) Contudo, *in casu*, pelos registros da denúncia, houve inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa da União, o que pressupõe a superação da fase de contencioso administrativo acerca do valor e do lançamento do crédito em definitivo (...)." (RHC 20.284/SP, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 04.09.2007). Grifei.

Diante das assertivas expostas, **rejeito a presente preliminar.**

É como voto.

Recife, 14 de Dezembro de 2009.

Des. Antonio de Melo e Lima  
Relator



**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

093

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0154886-3**

**APELANTE:** Luiz Roberto Grimberg

**APELADO:** Ministério Público do Estado de Pernambuco

**PROCURADORA DE JUSTIÇA:** Dr<sup>a</sup>. HELENA MARTINS GOMES E SILVA

**RELATOR:** Des. ANTONIO DE MELO E LIMA

**REVISOR:** Des. NIVALDO MULATINHO DE MEDEIROS CORREIA FILHO

**ÓRGÃO JULGADOR:** TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

**VOTO DO RELATOR**  
Mérito

Senhores Desembargadores:

O sentenciado, Luiz Roberto Grimberg, por intermédio do seu advogado, apelou da sentença condenatória prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Jaboatão dos Guararapes-PE.

Antes de adentrar na análise do presente apelo, para melhor esclarecer os fatos imputados ao apelante, trago à colação o seguinte trecho da sentença de fls. 236/237:

"(...) Diz a denúncia que LUIZ ROBERTO GRIMBERG e LEA JAROSLAVSKY GRIMBERG são sócios-gerentes da empresa Kit Comercial Varejista Ltda, inscrita na SEFAZ sob nº 18.1.580.0236783-9, estabelecida na Loja 177 do Shopping Center Guararapes nesta cidade e no ano de 1999 não registraram corretamente as saídas de mercadorias nos livros fiscais obrigatórios, cujo fato foi apurado através dos autos de infração nºs 005.00550/01-8, 005.00552/01-0, 005.00554/01-3 e 005.00557/01-2, que comprovaram a falta de recolhimento do ICMS (...) valores originais, sujeitos a multa e juros de mora, que totaliza a quantia de R\$ 55.952,73 (cinquenta e cinco mil, novecentos e cinquenta e



**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

094

dois reais, setenta e três centavos) em 18.04.2005, demonstrados a fls.2, 10, 22 e 31; Que tal omissão foi apurada pela fiscalização, pela comparação entre o valor das vendas brutas lançadas na leitura da memória fiscal nos equipamento da empresa e o valor das saídas lançadas no livro de registro de saídas de mercadorias. Para procederem com a omissão do pagamento do tributo estadual, os acusados que usavam o equipamento, uma máquina marca DISMAC, modelo 4081, de nº 970203754, emissora do cupom fiscal de cada venda de mercadoria, apagaram e regravaram os dados fiscais registrados naquela máquina, cuja memória substituíram fraudulentamente, pois que fizeram tal substituição sem autorizaram prévia da Secretaria da Fazenda. Essas fraudes foram encontradas pela fiscalização tributária, a partir do ano de 1999, apuradas através dos autos de infração mencionados (...)."

Diante disso, o apelante foi condenado nas penas do art. 1º inciso I e 2º, inciso I, ambos da Lei n.º 8.137/90.

Intimado da referida condenação o sentenciado apelou e em suas razões buscou, quanto ao mérito, a sua absolvição, por entender que não existem nos autos provas da autoria e da materialidade delitiva para embasar sua condenação.

Alternativamente, pugnou no sentido de que fosse aplicada a pena-base no seu patamar mínimo. Insurgiu-se, ainda, contra a agravante reconhecida na sentença.

Por fim, recorreu das penas de multa e de prestação pecuniária, sob o argumento que o Juiz sentenciante não observou a real situação econômica do apelante, pois afirma que a empresa fechou, que vive hoje de favor e sofre de lesão coronariana grave.

As contra-razões oferecidas pelo apelado são no sentido da manutenção da sentença condenatória.

Conforme se vê, o primeiro argumento recursal diz respeito à



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

095

alegação de ausência de prova da materialidade e da autoria delitiva.

Partindo para o enfrentamento do primeiro argumento recursal, verifico que **quanto à materialidade**, há nos autos provas robustas que comprovam a ocorrência do crime. Este aspecto foi amplamente explorado, quando da análise da primeira preliminar.

O Termo de Verificação de folha 46, as fotografias de folhas 48/51 e a prova deponencial consubstanciam o chamado exame de corpo de delito indireto, o qual se mostra suficiente para provar a materialidade delitiva.

Com relação à **prova da autoria delitiva**, entendo que há nos autos suporte probatório suficiente para manter a condenação do apelante.

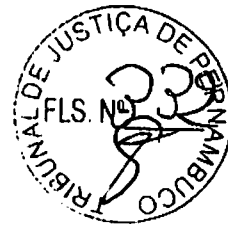
Justificando a presente assertiva, inicio pelas próprias palavras do recorrente, que em seu interrogatório, tentando esquivar-se da sua responsabilidade penal, atribuiu toda culpa a gerente de nome Sônia, alegando que era doente e que por essa razão outorgou poderes, por instrumento público, para que ela administrasse a empresa (fls. 160/161).

Ocorre que essa versão não encontra o mínimo de respaldo probatório.

O que emana dos autos é que o apelante realmente administrava a empresa flagrada pelo fisco, sendo ele o único responsável pelas fraudes decantadas na presente ação penal.

As testemunhas arroladas pela acusação incriminam o recorrente, sendo relevante transcrever o depoimento de Diógenes Parente Pacheco (f. 207):

“(...) que ele depoente fez a fiscalização na empresa Kit Comercial Varejista Ltda e constatou que o valor registrado na máquina de autenticação do cupom fiscal estava diferente do valor constante do livro de registro de saída de mercadorias. Em razão das diferenças por ele encontradas, é que foram extraídos os autos de extração constantes desta denúncia (...) **Que ele depoente esteve**



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

096

**na loja três vezes durante a fiscalização e foi recebido pelo acusado aqui presente e inclusive o advertiu de que a máquina registradora tinha sido adulterada (...) Que ele depoente chegou a conversar com o acusado aqui presente e este não lhe explicou sobre a autoria daquele fato, ou seja, quem tinha alterado a memória da máquina registradora das suas vendas (...).” Frisei.**

Nessa linha, não há dúvida que o apelante, na qualidade de sócio gerente da empresa, foi o responsável pela adulteração da referida máquina, tanto que não indicou outro responsável pelo fato criminoso.

Ademais, não há nos autos uma só prova que dê lastro a tese do apelante de que teria sido a sua gerente a responsável pela adulteração. Mesmo assim, se existisse prova contra ela, o apelante não teria a sua responsabilidade penal afastada, pois responderia na qualidade de co-autor.

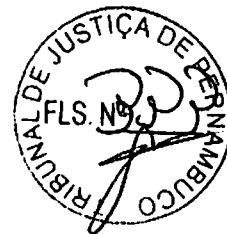
O depoimento da testemunha Maurício Monteiro da Silva é esclarecedor quanto ao *modus operandi*, merecendo destaque o seguinte fragmento (f. 209):

“(...) Que a máquina usada pelo estabelecimento comercial pelo acusado aqui presente tinha sido violada na parte do equipamento que protege a memória com os valores das vendas de mercadoria. Que referida memória acumula as vendas diárias durante 1825 dias. Que a memória da máquina é protegida por uma camada de resina opaca para que o raio ultravioleta não consiga penetrar e atingir a memória; que no caso da máquina mencionada neste processo a adulteração tinha sido feita grosseiramente (...)”

Diante das provas constantes dos autos entendo que o único beneficiado com a sonegação fiscal era o próprio recorrente e pelo tempo que perdurou a fraude, a qual foi classificada como grosseira, era impossível que a mesma tivesse ocorrido à revelia do sócio gerente, *in casu*, o ora apelante.

Nessa esteira, afirmo que não há dúvida quanto à materialidade delitiva, que se encontra comprovada pela prova testemunhal e documental e no





PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

097

que concerne à autoria, emerge dos autos prova suficiente de que o apelante é realmente autor do crime narrado nos autos.

Com efeito, frente à prova da autoria delitiva, ao Magistrado só restou o caminho da condenação, conforme sentença ora hostilizada, a qual deverá ser mantida em sua inteireza.

Enfrentada a primeira tese do apelante, **analiso agora as teses alternativas, iniciando pela dosimetria da pena**, que no entendimento da defesa, foi aplicada de forma ilegal.

Os argumentos recursais não procedem, pois constatei que o Juízo sentenciante abordou corretamente as circunstâncias do art. 59 do CPB, as quais foram desfavoráveis ao sentenciado, ora apelante, fato que por si só já reclama uma pena acima do mínimo permitido, a qual foi **fixada em 03 (três) anos**, ou seja, um pouco acima do mínimo legal.

Com efeito, restou comprovado que a pena imposta ao apelante foi dosada dentro dos ditames da Legalidade e da Proporcionalidade, não merecendo qualquer retoque, vez que a margem de discricionariedade que o tipo penal prevê vai de **02 (dois) anos até 05 (cinco) anos**.

É evidente que em face das circunstâncias judiciais negativas a pena não poderia ser fixada no mínimo legal.

Ressalto que Ada Pellegrini<sup>7</sup> manifesta com maestria a sua indignação com a aplicação da pena sempre no patamar mínimo:

“(...) decorridos mais de cinquenta anos de vigência do Código Penal, em que se deu ao juiz grande poder para exercer importante papel na individualização da pena, isso muitas vezes não tem acontecido, preferindo-se a constante e injusta fixação de penas mínimas, nivelando-se situações e agentes inteiramente diversos (...).”

<sup>7</sup> As Nulidades no Processo Penal. 9ª Edição. RT. P. 243.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

098

Nessa linha, afirmo que a pena foi fixada num patamar recomendado, vez que o descolamento da pena mínima além de ter obedecido aos ditames da legalidade, não representa exagero, devendo permanecer inalterada.

Dando continuidade a análise dos argumentos recursais, verifico que a defesa mostrou-se **insatisfeita com a agravante** do art. 61, II, "g", do CP<sup>8</sup>, que majorou a pena em mais 06 (seis) meses (f. 286).

De fato, não há nos autos fundamentação que justifique a aplicação da agravante supramencionada.

Para que a agravante fosse reconhecida, seria necessária a existência de prova de que o apelante cometeu o crime narrado na denúncia, mediante o uso de **abuso de poder ou violação de dever** inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.

Com relação a essa agravante transcrevo os comentários de Guilherme de Souza Nucci<sup>9</sup>:

**"(...) Abuso de poder e violações de dever: o abuso de poder ora retratado é justamente o abuso de uma função pública (...) Para que se possa aplicar a agravante é indispensável que o agente se valha da sua posição de autoridade para a concretização da infração penal (...)." Grifei.**

Pois bem. Dos autos emerge que o apelante não era detentor de função pública, logo, não poderia ter cometido o crime de sonegação fiscal com abuso de poder ou violação de dever.

Dessa forma, entendo que não há espaço para a manutenção da citada agravante.

8 Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II - ter o agente cometido o crime: (...) g) **com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão**; Destaquei.

<sup>9</sup> Código Penal Comentado. 7ª Ed. RT. P. 384.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

099

É relevante enfatizar que em razão da exclusão da agravante, a duração da pena de prestação pecuniária deverá ser reduzida de 42 (quarenta e dois) meses para 36 (trinta e seis), correspondente aos 03 (três) anos de pena privativa de liberdade.

Por último, resta-me analisar o pleito recursal referente à **fixação das penas de multa e de prestação pecuniária**.

Para melhor esclarecer este ponto recursal, informo os valores pecuniários aplicados na sentença guerreada:

- 1- A pena de multa foi fixada em 40 (quarenta) dias-multa, sendo que o valor do dia-multa foi fixado em R\$ 100,00 (cem reais), totalizando R\$ 4.000,00 (quatro mil reais);
- 2- A pena privativa de liberdade foi substituída pela restritiva de direitos, sendo imposta a prestação pecuniária no valor de 2(dois) salários-mínimos mensais, durante 42(quarenta e dois) meses, em favor do Abrigo de Idosos Cristo Redentor, localizado na Comarca de Jaboatão dos Guararapes.

O apelante alega que os valores pecuniários de tais penas foram dosados sem levar em consideração a sua real situação econômica, pois afirma que (f. 292):

“(...) Encontra-se o recorrente, hoje, vivendo de favores de seus entes familiares, justamente por não ter condições físicas de administrar aquela sua “empresa” e encontra-se com forte lesão coronariana (...).”

No entanto, a defesa não demonstrou tais argumentos.

Por outro lado, o bojo probatório indica que o apelante tem residência na Avenida Boa Viagem, além de se tratar de um empresário, estabelecido em shopping Center, fatos que atestam uma situação econômica bastante estável.

Com isso, restou comprovado que o apelante possui situação



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete Des. Antonio de Melo e Lima

100

financeira compatível com as penas pecuniárias que lhes foram aplicadas.

Por outro lado, observo que a pena de prestação pecuniária poderá ser substituída, no âmbito da Vara das Penas Alternativas.

Por fim, como arremate, trago à colação os seguintes julgados:

“(…) Sendo o acusado, além de sócio majoritário, o gerente e o administrador da empresa, não subsiste a alegação de que desconhecia a fraude nas notas fiscais, uma vez que nessa qualidade detinha o conhecimento de toda a situação financeira da empresa, sendo patente a diferença entre os tributos pagos e aqueles devidos (…).” (ACR n.º 199733000101726 - Relator Des. Federal Olindo Menezes - Terceira Turma do TRF da 1ª Região - 26/3/2007).

“(…) Uma vez que a pena de prestação pecuniária foi fixada em obediência aos princípios constitucionais e infraconstitucionais, tendo sido observado a proporcionalidade com a pena-base fixada, bem assim a situação econômica do réu, não há que se falar em redução da mesma (…).” (ACR N.º 199941000036633 – Relator Des. Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes - Quarta Turma do TRF – 1ª REGIÃO - 30/10/2007).

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL AO APELO**, apenas para excluir a agravante, tornando a pena definitiva em 03 (três) anos de reclusão.

É como voto.

Recife, 17 de Setembro de 2009.

Des. Antonio de Melo e Lima  
Relator



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho  
Terceira Câmara Criminal



101

APELAÇÃO CRIMINAL Nº: 0154886-3

COMARCA : 2ª Vara Criminal da Comarca de  
Jaboatão dos Guararapes

APELANTE : Luiz Roberto Grimberg

APELADA : A Justiça Pública

RELATOR : Des. Antonio de Melo e Lima

REVISOR : Des. Nivaldo Mulatinho Filho

VOTO DO REVISOR

Examinamos o Recurso de Apelação interposto por **LUIZ ROBERTO GRIMBERG**, qualificado nos autos, contra Sentença proferida em sede de Juízo da 2ª Vara da Comarca de Jaboatão dos Guararapes, em 08 de fevereiro de 2007, que condenou o apelante à **pena de 03 (três) anos e 06(seis) meses de reclusão, em regime semi-aberto; convertida em pena Restritiva de direito, prestação pecuniária no valor de 02 (dois) salários-mínimos mensais, durante 42 (quarenta e dois) meses**, pelo crime previsto no artigo 1º inciso I e artigo 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, econômica e contra as relações de consumo).

Em resumo, narra a Denúncia:

Em 08 e 09 de maio de 2001, em fiscalização procedida pelo Fisco Estadual, foi constatado que administradores e gerentes da empresa KIT COMERCIAL VAREJISTA LTDA fraudaram a Fazenda Estadual, em continuidade delitiva, omitindo o lançamento de operações de saídas de mercadorias tributáveis no Livro de Registro de Saídas, bem como deixando de emitir as notas fiscais correspondentes, dando margem aos Autos de Infração nº 005.00550/01-8, 005.00552/01-0, 00500554/01-3 e 005.00557/01-2, importando a supressão do pagamento de ICMS no valor de R\$ 7.725,16 (sete mil setecentos e vinte e cinco

Llh



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Terceira Câmara Criminal**

102

reais e dezesseis centavos) R\$ 1.776,32 (hum mil setecentos e setenta e seis reais e trinta e dois centavos) 625,81 (seiscentos e vinte e cinco reais e oitenta e um centavos) e R\$ 1.596,15 (hum mil quinhentos e noventa e seis reais e quinze centavos).

Tais omissões foram constatadas através das diferenças entre o valor diário das vendas brutas lançado na leitura da memória fiscal nos equipamentos da empresa e o valor das saídas lançado no Livro de Registro de Saídas, verificando-se a fraude do contribuinte para reduzir o tributo além de apagar e regravar dados fiscais, também a substituição da memória fiscal do equipamento, feito fraudulentamente, pois não foi apresentado ao fiscal os atestados de intervenção técnica conforme determina a legislação do ICMS.

Em suas Razões (fls. 271/293) o apelante **LUIZ ROBERTO GRIMBERG**, insurge preliminarmente pela nulidade da Sentença, por esta agredir princípios constitucionais por inexistir nos autos comprovação de materialidade e autoria delitiva. Bem como sustenta a nulidade da Sentença por não enfrentar preliminar nas Alegações Finais, que questionava irregularidade dos requisitos para interposição da ação penal.

No mérito, o recorrente, afirma não estar comprovada a materialidade delitiva muito menos a autoria, insurge contra a dosimetria da pena por ter o juiz sentenciante desrespeitado o Critério Trifásico; também pede o afastamento da agravante prevista no artigo 61, II, g do CP e ainda questiona as penas de multa e de prestação pecuniária.

Nas suas contrarrazões (fls. 297/299), o Representante do Ministério Público requer que seja



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Terceira Câmara Criminal**



103

negado provimento ao recurso e conseqüente manutenção da sentença condenatória.

Nesta Instância, a douta Procuradoria de Justiça em seu parecer de (fls.302/304), pugnou pelo não acolhimento das preliminares suscitadas e no mérito pelo **improvemento** do recurso.

Da análise do presente processo verifica-se a existência de pluralidade de pleito, fazendo-se necessário o enfrentamento das preliminares de nulidade suscitada e posteriormente análise de mérito do apelo.

**PRELIMINAR DE NULIDADE EM FACE DE AGRESSÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.**

---

No tocante a preliminar supracitada, o apelante suscita a nulidade da Sentença pela ausência de perícia na máquina registradora, acarretando a não observância dos termos do artigo 158 do CPP e desrespeito aos Princípios do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório.

Conforme se observa nos autos, apesar de não existir Perícia Técnica para a verificação dos termos da denúncia, há elementos, tais como o documento de fls. 46/52 e depoimentos de testemunhas (fls. 207) que atestam a ocorrência da violação da máquina registradora.

A despeito da defesa tentar descaracterizar a comprovação da materialidade delitiva por meio diferente ao do Exame de Corpo de delito, o artigo 167 do CPP, autoriza a substituição, daquele, por prova testemunhal, que de forma incontestada e válida consubstancia a materialidade delitiva por meio de corpo de delito indireto.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Terceira Câmara Criminal**



104

Nesse sentido assim tem se pronunciado a Jurisprudência:

"A prova testemunhal pode substituir de modo idôneo o exame de corpo de delito, quando há dificuldade ou impossibilidade total de se recolherem os vestígios do crime." STF - ED no HC 65.541-6-RJ-Rel. Min. FRANCISCO REZEC - 2ª T.- J. 26.4.88- Un.)(DJU, 12.05.88, p.11.198).

"Nos crimes que deixam vestígios, o exame de corpo de delito pode ser substituído, plenamente, pelos depoimentos testemunhais ou qualquer outro tipo de prova." (TJSP - RSE 152.515-3/6 - Rel. Des. SILVA PINTO - 2ª C.Crim. - J. 29.8.94 - Un.)(RF709/315).

Por tudo que foi aqui exposto **rejeito a presente preliminar.**

**PRELIMINAR DE NULIDADE POR NÃO ENFRENTAR PRELIMINAR  
NAS ALEGAÇÕES FINAIS**

---

Do exame dos autos percebe-se que o apelante fundamenta a preliminar no fato de o juiz sentenciante não ter em sede de Alegações Finais enfrentado preliminar que questionava irregularidades quanto aos requisitos para interposição da ação penal dada a ausência de intimação dos denunciados para defesa na esfera administrativa.

De acordo com a sentença (fls.) o juízo a quo enfrentou a preliminar argüida, vejamos:

"(...) A Defesa, argumento preliminar de nulidade da inscrição da dívida ativa do processo administrativo, porque o





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho  
Terceira Câmara Criminal



105

acusado não foi intimado para proceder a sua defesa na esfera administrativa. (...) o acusado recebeu as intimações da Fazenda Estadual, como acima mencionei: **Luiz Roberto Grimberg recebeu e assinou a intimação fiscal da lavratura dos autos de infração, fls. 17, 30, 38, 52, e 56, em 04.05.2001, todos com a intimação, de pagar o tributo com acréscimos exigidos ou apresentar suas razões de defesa de acordo com a legislação vigente, no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir desta Data. O acusado disse no seu interrogatório que não pagou nem pediu parcelamento da dívida. É evidente que passado o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de defesa ou pagamento da dívida, se nenhuma dessas duas condições for satisfeita, a consequência é a inscrição na dívida ativa, como efetivamente ocorreu, corretamente, a fls. 69/80. (...)"**.

Percebe-se também que, não há respaldo na afirmativa da Defesa quanto à ausência de notificação, da parte apelante, da lavratura dos Autos de Infração, tendo em vista que o próprio recorrente em seu interrogatório reconhece como sua a assinatura no documento de fls. 17, através do qual o mesmo tomou conhecimento da instauração do procedimento administrativo, tendo optado por não apresentar defesa; o procedimento administrativo transcorreu normalmente, e diante da inércia do apelante, houve o lançamento do débito fiscal.

Portanto, não há nulidade a ser sanada, pois o juiz sentenciante enfrentou a preliminar em comento.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho  
Terceira Câmara Criminal

TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
106

Assim, **rejeito a presente preliminar.**

VOTO DE REVISÃO - MÉRITO

Superadas as preliminares, passo a análise mérito do apelo.

O apelante foi, como anteriormente dito, condenado pela prática do delito previsto nos artigo 1º inciso I e artigo 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, econômica e contra as relações de consumo) a uma pena de 03 (três) anos e 06(seis) meses de reclusão, em regime semi-aberto; convertida em pena Restritiva de direito, prestação pecuniária no valor de 02 (dois) salários-mínimos mensais, durante 42 (quarenta e dois) meses.

Na suas razões de Recurso (fls.271/293) o recorrente, busca a reforma da sentença para ser absolvido, requerendo o reconhecimento de que não há nos autos provas da autoria e da materialidade ou, de forma alternativa, a redução de pena ao mínimo permitido ao tipo. Também insurgiu contra o reconhecimento de agravante na sentença e da pena de prestação pecuniária por não ter o juiz sentenciante observado a situação econômica do apelante.

Quanto à materialidade delitiva, restou comprovada por meio do Termo de Verificação de fls. 46, que constata irregularidade na máquina registradora da empresa do recorrente, bem como pela prova testemunhal.

No que concerne a autoria delitiva, apesar da versão do acusado de que deixava a administração da



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Tercera Câmara Criminal**



107

empresa a cargo de funcionários, tal versão não encontra subsídio nos autos, senão vejamos:

A testemunha DIOGENES PARENTE PACHECO, afirma, em seu depoimento, que tratou pessoalmente com o apelante sobre a adulteração da máquina:

"(...); que ele depoente fez a fiscalização na empresa Kit Comercial Varejista Ltda e constatou que o valor registrado na máquina de autenticação do cupom fiscal estava diferente do valor constante no livro de registro de saída de mercadorias. E em razão das diferenças por ele constatadas, é que foram extraídos os autos de extração constantes desta denúncia, (...). Que ele depoente esteve na loja durante três vezes durante a fiscalização e foi recebido pelo acusado aqui presente e inclusive o advertiu de que a máquina registradora tinha sido adulterada a memória da máquina. (...). Que ele depoente inclusive chegou a conversar com o acusado aqui presente e este não explicou sobre a autoria daquele fato, ou seja, de que tinha alterado a memória da máquina registradora das vendas. (...)".

Os demais depoimentos das testemunhas e os documentos acostados aos autos são suficientes para demonstrar que o apelante tinha conhecimento da adulteração da máquina, tanto que não ousou atribuir a ninguém a autoria do fato, não existindo nos autos provas que indique outra pessoa como responsável pela adulteração da máquina e pelos benefícios auferidos em decorrência da sonegação do tributo senão o recorrente, de onde se conclui que esse agiu de forma deliberada para fraudar o fisco.

Portanto, não assiste razão ao apelante, quanto à negativa de autoria delitiva.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho  
Terceira Câmara Criminal

108

No que se refere a dosimetria da pena, conforme se observa, a sentença condenatória não merece reparo, pois o juiz monocrático analisando que as circunstâncias judiciais não eram, em sua totalidade, favoráveis ao apelado, gerando por consequência seu afastamento do mínimo legal e sabendo que, a previsão de pena para o delito em comento é de 02 (dois) a 05 (cinco) anos, fixou a reprimenda em 03 (**três**) **anos de reclusão** pouco acima do mínimo legal.

Em relação ao reconhecimento na sentença da agravante do artigo 61, II, alínea 'g' do CP, que a consiste em ter o agente cometido o crime (...) **com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; aumentando em 06 (seis) meses a pena.**

Segundo Lição de Julio Fabbrini Mirabete a circunstância agravante tratada no citado inciso trata-se de:

"(...) **agravantes relacionadas à proteção de pessoas que estão submetidas ao agente por parcela de mando ou quando existe entre elas relação de confiança profissional.** Assim, é o caso do abuso de poder, que reduz a possibilidade de defesa da vítima quando o bem jurídico é violado por um agente público que se excede no desempenho de suas funções, e os crimes praticados com violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão, em que o agente transgride o ordenamento jurídico referente a suas atividades para a prática do delito". (Mirabete, Julio Fabbrini - Código penal interpretado/ Julio Fabbrini Mirabete/ Renato N. Fabbrini - 6. ed. - 3. reimpr - São Paulo ; Atlas, 2008. p.505.)



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Terceira Câmara Criminal**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
109

Diante de tais esclarecimentos, percebe-se que, no caso concreto presente, não há que se falar em abuso de poder, pois o recorrente não era ao tempo do cometimento do crime agente público, tampouco se vislumbra a incidência da citada agravante em relação à violação de dever, tendo em vista que a atividade desempenhada pelo apelante não possui regulamento próprio. Assim, afasto a agravante referida, para diminui a pena aplicada em 06 (seis) meses, ficando a reprimenda em **03 (três) anos de reclusão**.

A pena de prestação pecuniária fica reduzida de 42 (quarenta e dois) meses para 36 (trinta e seis), **correspondentes aos 03 (três) anos de pena privativa de liberdade**.

Quanto à fixação das penas de multa estabelecida em 40 (quarenta) dias-multa, ao preço de R\$ 100,00 (cem) reais o dia e a de prestação pecuniária no valor de 02 (dois) salários-mínimos mensais durante 42 (quarenta e dois) meses; a defesa argui que ao tempo da sentença não foram considerada a real situação financeira do apelante.

Ocorre que, a defesa não juntou aos autos provas que consubstanciassem seus argumentos e diante do que restou comprovado no processo o recorrente é comerciante empresário, com loja em shopping center, residência em Boa Viagem, fato que caracteriza disponibilidade financeira compatível com a pena a ele imposta.

Assim, **dou provimento parcial ao recurso**, apenas excluindo a agravante.

Recife, 17 de dezembro de 2009.

Des. Nivaldo Mulatinho Filho - Revisor