

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
QUARTA CÂMARA CRIMINAL
APELAÇÃO Nº 2008.050.04436
APELANTE: ONI KALED FERREIRA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATOR: DES. CAIRO ÍTALO FRANÇA DAVID

RELATÓRIO

ONI KALED FERREIRA foi condenada perante o Juízo de Direito da Trigésima Quarta Vara Criminal da Comarca da Capital/RJ, no processo nº 2006.001.147413-0, pela prática do delito descrito no artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.137/90, na forma do art. 71 do Código Penal, à sanção de dois (02) anos e quatro (04) meses de reclusão, em regime aberto e ao pagamento de vinte e três (23) dias-multa, à razão do mínimo valor legal, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade.

Irresignada interpôs recurso de apelação, fls. 152/159, objetivando a reforma da decisão, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1º, da Lei 8.137/90, sendo absolvida, com fulcro no artigo 386, III, do CPP, ante a atipicidade da conduta, consubstanciada na ausência de prejuízo ao erário e na entrega dos referidos documentos e livros tratados no tipo incriminador, por ser medida de justiça.

Alegou ser inconstitucional o parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 8.137/90, por ferir o princípio da legalidade.

No mérito argumentou que não houve prejuízo para a Fazenda Pública, como informado pela testemunha DILMA FERNANDES NOVAIS, fl. 73.

Asseverou que “os tipos penais previstos no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, além de exigirem o dolo, são crimes materiais, ou seja, necessitam da comprovação de dano, prejuízo ao erário fazendário, o que não ocorreu *in casu*. De fato, a Fazenda beneficiou-se da conduta da recorrente, uma vez que obteve o pagamento das multas, além dos referidos livros e documentação.

Frisou que em não havendo crédito tributário, ou seja, lesividade na conduta da apelante, não há a figura típica, evento de relevância para ensejar a tutela do Direito Penal.

Concluiu dizendo que diante da ausência de qualquer prejuízo à Fazenda Pública e face à regularidade fiscal da empresa, restou configurada a atipicidade da conduta, impondo-se a absolvição da recorrente, com fulcro no artigo 386, III, do CPP.



Contrarrazões Ministeriais, fls. 162/166, da lavra da Dr^a. **GABRIELA ARAÚJO T. SERRA** requerendo o desprovimento do recurso, mantendo-se a sentença nos seus exatos termos.

Com relação à alegada inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 8.137/90, disse que tal legislação é norma penal em branco, que é devidamente complementada pela tributária.

Registrou que as exigências feitas pela autoridade tributária só podem ser realizadas quando embasadas na legislação tributária, não lhe sendo facultado fazer exigências não previstas em lei.

Alegou que o delito previsto no parágrafo único, do artigo 1º, se apresenta como crime formal, sendo irrelevante para a consumação do delito o resultado (prejuízo ao erário).

A Procuradoria de Justiça, em parecer firmado pela Dr^a. **ROSÂNGELA CARROZZINO CANELLAS**, fls. 174/176, opinou no sentido de ser mantida a condenação, bem como a pena e sua substituição.

Expôs que a materialidade e autoria estão positivadas pelos documentos de fls. 03/04 e 20/21, fotocópias das intimações juntadas às fls. 84/85 e prova oral de fl. 73.

Consignou que o representante legal da empresa não atendeu, no prazo fixado em lei, a intimação para apresentação dos livros e documentos fiscais necessários para aferição da regularidade fiscal da referida pessoa jurídica.

Concluiu dizendo que se trata de crime formal, consumando-se com o simples desatendimento sem justificativa razoável, da exigência feita, independente da ocorrência de efetivo prejuízo ao erário.

É o relatório, que submeto à douta revisão.

Rio de Janeiro, 28 de maio de 2009.

DES. CAIRO ÍTALO FRANÇA DAVID
Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
QUARTA CÂMARA CRIMINAL
APELAÇÃO Nº 2008.050.04436
APELANTE: ONI KALED FERREIRA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATOR: DES. CAIRO ÍTALO FRANÇA DAVID

EMENTA

Crimes Contra a Ordem Tributária. Ré condenada nas penas do artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.137/90, na forma do art. 71 do Código Penal, sendo-lhe imposta a reprimenda consistente em dois (02) anos e quatro (04) meses de reclusão, regime aberto e pagamento de vinte e três (23) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade, porque, na qualidade de gestora da empresa ROFEL PAPELARIA E COMÉRCIO LTDA., teria deixado de apresentar as documentações requisitadas, sem tampouco justificar as razões do não cumprimento dessas exigências dentro do prazo estabelecido. Recurso defensivo. Preliminar de inconstitucionalidade do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 8.137/90, por ferir o princípio da legalidade. No mérito, requereu a absolvição sob o fundamento de que não teria ocorrido o resultado exigido pelo tipo, que seria crime material. 1 – Destaco e rejeito a preliminar. Não existe a pranteada inconstitucionalidade do artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.137/90. É certo que se trata de uma medida um tanto excessiva de proteção via tutela penal de interesses da administração pública. Também o dispositivo não prima pela objetividade, deixando exclusivamente ao talante da autoridade administrativa firmar o tempo pelo qual podem ser atendidas as exigências, sob pena de ser cometido um crime. Isto é realmente questionável, merecendo um estudo mais percuciente, onde seja feita uma ponderação dos interesses em conflito, e o seu cotejo com os princípios que informam o Direito Penal, para estabelecermos de forma firme e segura se há ou não uma efetiva vulneração às normas constitucionais. 2 – No que tange ao mérito, não podemos isolar as condutas descritas nos cinco incisos e no parágrafo único, dando-lhes um significado diverso da natureza jurídica do *caput*, do artigo 1º da referida norma legal. O Supremo Tribunal Federal tem



entendido, reiteradamente, que o crime descrito no *caput* é material, exigindo para a sua consumação a lesão ao fisco. Nos parece que vulnerar a ordem tributária seja mais grave que negar ou deixar de fornecer notas fiscais ou documentos equivalentes. Se para um comportamento mais grave, a inexistência de prejuízo aos cofres públicos importa em extinção de punibilidade, com maior razão deve surtir o mesmo efeito, quando se tratar de conduta acessória, onde se pretende fiscalizar para apurar se houve ou não qualquer infração contra a ordem tributária. 3 – No caso presente, não se constatou qualquer lesão ao fisco e a conduta da acusada deve remanescer como infração administrativa, frisando-se que já sofreu as sanções devidas, impostas pela autoridade fazendária. 4 – O direito penal como *ultima ratio* só deve atuar quando o conflito não tenha sido solucionado pelas sanções previstas noutros ramos do direito. Na hipótese em julgamento, entendo que a sanção administrativa está adequada ao comportamento da acusada. 5 – Recurso conhecido e provido, absolvendo-se a apelante, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Apelação nº 2008.050.04436, originário do Juízo de Direito da Trigésima Quarta Vara Criminal da Comarca da Capital/RJ, no qual é apelante ONI KALED FERREIRA e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACORDAM os Desembargadores que integram a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer e prover o recurso, nos termos do voto do Relator.

Sessão de Julgamento, 23 de junho de 2009.

DES. CAIRO ÍTALO FRANÇA DAVID
Relator



VOTO

Através de sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Trigésima Quarta Vara Criminal da Comarca da Capital, Dr. **RUDI BALDI LOEWENKRON**, a acusada, **ONI KALED FERREIRA**, foi condenada pela prática do crime descrito no artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.137/90, na forma do art. 71 do Código Penal, à sanção de dois (02) anos e quatro (04) meses de reclusão, em regime aberto e pagamento de vinte e três (23) dm, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade, sob a acusação de haver deixado de apresentar as documentações requisitadas e por não ter justificado as razões do não cumprimento das exigências dentro do prazo estabelecido.

A defesa afirma, em preliminar, que o parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 8.137/90, é inconstitucional, por criar tipo incriminador irrazoável para o contribuinte, deixando de observar o princípio da legalidade. No mérito busca a absolvição, sustentando a atipicidade da conduta, consubstanciada na ausência de prejuízo ao erário.

Destaco e rejeito a preliminar, embora também faça restrições à redação do mencionado dispositivo legal. O tipo penal deve ser preciso, descrevendo de forma clara e objetiva a conduta proibida, evitando-se os chamados crimes vagos, as normas sem um significado definido, porque em algumas hipóteses acaba-se por tangenciar o princípio da legalidade.

A redação do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 8.137 de 27/12/1990, é a seguinte:

“Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.”

O inciso V, por sua vez, possui o texto seguinte:

“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.”

À primeira vista, poder-se-ia questionar tal disposição, pois através dela obriga-se o agente a fazer prova contra si, ou a viabilizar a investigação a esse respeito, entretanto não podemos deixar de levar em conta as dificuldades que o fisco encontra para fiscalizar a arrecadação de tributos, e as estratégias levadas a efeito por quem deseja praticar a sonegação fiscal.



O mais questionável é o fato de ter sido deixado ao talante exclusivo da autoridade fazendária decidir quanto a maior ou menor complexidade da matéria ou dificuldade no atendimento da exigência, podendo reduzir o prazo inicial de dez (10) dias para algumas horas. Tal aspecto é preocupante e talvez realmente atinja o princípio da legalidade, pois foi instituído um tipo aberto cujo marco temporal a partir do qual configura-se o crime, é estabelecido por alguém que não é o legislador e por alguém interessado em preservar os seus interesses fazendários.

A questão, sem dúvida, merece ser estudada com maior profundidade, mercê de uma avaliação mais detida, onde seja feita uma ponderação dos interesses em conflito e o seu cotejo à luz dos princípios que regem o Direito Penal.

Mas, por ora, não nos posicionaremos no sentido da inconstitucionalidade do aludido dispositivo legal.

No que concerne ao mérito, não podemos esquecer que o artigo 1º possui cinco incisos e o parágrafo único, que devem seguir a sua natureza jurídica, eis que o acessório segue o principal.

O crime descrito no *caput* do citado artigo é material, em conformidade com o posicionamento maciço do Supremo Tribunal Federal. Logo, as condutas descritas nos seus incisos e no parágrafo também são materiais, pois entre o *caput* e seus incisos há uma relação de acessoriedade. Isto é inferido da técnica legislativa. A título de ilustração cito a decisão seguinte:

“Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º, da L. 8.137/90 – que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo do tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo. (STF – HC 81.611/DF – Rel. Min Sepúlveda Pertence – Plenário – Pub. No DJ em 13.05.2005, p. 66).”



O mesmo posicionamento predomina no STJ, sendo transcrito o seguinte julgado:

“HABEAS CORPUS. APURAÇÃO DE CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Segundo orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC 81.611/DF), a decisão definitiva do processo administrativo-fiscal constitui condição objetiva de punibilidade, consistindo elemento fundamental à exigibilidade da obrigação tributária, tendo em vista que os crimes previstos no art. 1º da Lei 8.137/90 são materiais ou de resultado. 2. Nessa linha, revendo anterior manifestação em sentido contrário, em razão do recente posicionamento da Terceira Seção (Rel 1.985/RJ), deve ser reconhecida a ausência de justa causa para a instauração de inquérito policial na pendência de recurso na esfera administrativa, por inexistir lançamento definitivo do débito fiscal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 83.353-5 e 86.120-2). 3. *Habeas Corpus* concedido para determinar o trancamento do Inquérito Policial nº 275/2004, até o esgotamento da via administrativa, em que se apura a existência de crédito tributário referente ao Auto de Infração e Imposição de Multa nº 3.015.978-7, suspendendo-se o curso da prescrição. (STJ – HC 56.434/SP – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – Quinta Turma, Pub. No DJ em 18.09.2006, p. 345).”

Temos assim que o comportamento do artigo 1º, da Lei 8.137/90, é considerado crime material, estendendo essa natureza jurídica às condutas descritas nos seus incisos e no parágrafo único.

No *Habeas Corpus* nº 102.853 – TO (2008/006-4804-1), a ministra JANE SILVA fez algumas observações que reputo pertinentes e esclarecedoras a respeito da questão e que seguem transcritas:

“Cinge-se a discussão em saber se o inciso V do artigo 1º da lei 8.137/1990 é material assim como o *caput* do artigo ou se, ao contrário dele, é formal.

Quanto ao *caput* não se tem dúvida, é delito material exigindo para a sua consumação a superveniência do resultado lesivo ao erário.

Eis a norma a ser analisada:

Artigo 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

(...)



V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

O bem jurídico tutelado é o erário, evitando-se que haja prejuízo, por meio de sonegação, aos cofres públicos.

O *caput* do artigo é claro em mencionar que os incisos do artigo descreverão as condutas por meio das quais se suprime ou reduz tributo, caracterizando, assim, o crime tributário.

Os incisos do artigo, como preconizam regras básicas de interpretação, devem ser analisados conforme o *caput*, porque contidos nele.

Se só se fala, conforme já pacificado na jurisprudência, em crime de sonegação tributária, quando está constituído o tributo, só se pode considerar a conduta como criminosa, como no caso a recusa em apresentar os livros contábeis, quando houver tributo devido e, essa conclusão somente é possível, quando se encerra a fase administrativa.” (grifos do texto original).

No caso em julgamento a questão vai mais longe ainda. Inexiste débito tributário, não havendo, assim, razão de ordem jurídica a justificar a subsistência do delito descrito na denúncia.

A conduta principal é a de lesar o erário, logo as condutas acessórias assumem relevância quando forem direcionadas à prática desse tipo de lesão, se isto não se verificou, tais comportamentos são penalmente atípicos, embora possam ser punidos com sanções de natureza administrativa.

Na hipótese presente houve a lavratura do auto de infração e a imposição de multa, não sendo razoável que haja um *plus* punitivo com a incidência de uma sanção de natureza penal, mormente quando plenamente preservado o bem jurídico tutelado pelo artigo 1º da Lei 8.137/90.

Por tais razões, direciono-me no sentido de ser conhecido e provido o recurso defensivo, absolvendo-se a apelante, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

Sessão de Julgamento, 23 de junho de 2009.

DES. CAIRO ÍTALO FRANÇA DAVID
Relator

