



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000000436

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0015191-97.2016.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante/apelado MARCELO GUEDES DA FONSECA PEREIRA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO ao recurso da defesa e DERAM PROVIMENTO PARCIAL ao recurso ministerial para exasperar a pena em 1/3 na primeira fase da dosimetria e fixar o regime semiaberto para início de cumprimento de pena**, mantida, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau inclusive quanto à substituição da corporal por restritivas. **V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente) E MARCELO GORDO.

São Paulo, 7 de janeiro de 2021.

XISTO RANGEL

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação: **0015191-97.2016.8.26.0625**

Apelante/Apelado: Marcelo Guedes da Fonseca Pereira

Apelado/Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Taubaté

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Antonio Carlos Lombardi de Souza Pinto

Voto: 3005

APELAÇÃO. Preliminares: 1) Nulidade processual por inobservância às exigências da Lei nº 12.850/2013. Inocorrência. Flagrante esperado e não preparado. 2) nulidade processual por violação ao disposto nos artigos 513 e seguinte do Código de Processo Penal. Inocorrência. Acusado devidamente notificado para oferecimento da defesa prévia, antes do recebimento da denúncia. 3) nulidade dos atos de instrução pelo uso de algemas durante a audiência de instrução. Inocorrência. Uso de algemas devidamente justificado pelo juízo “a quo”. 4) Nulidade da ação penal em face da ilicitude das gravações ambientais realizadas pela suposta vítima. Inocorrência. Prova lícita. Precedente do E. STF. Preliminares rejeitadas.

Mérito. Corrupção passiva. Pleito de reforma da sentença condenatória diante da fragilidade das provas produzidas. Impossibilidade. Versão do acusado que restou isolada nos autos. Prova testemunhal e documental que comprovaram a solicitação de vantagem indevida. Pena exasperada na primeira fase da dosimetria, observado o disposto no artigo 59, do Código Penal. Fixado o regime semiaberto para início de cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, § 3º, cc. artigo 59, ambos do Estatuto Repressivo. Prequestionamento implícito. Recurso do réu não provido. Recurso ministerial parcialmente provido para exasperar a pena em 1/3 na primeira fase da dosimetria e alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto.

Ao relatório de fls. 901/944, acrescento ter a r. sentença julgado procedente a pretensão punitiva estatal para condenar Marcelo Guedes da Fonseca Pereira, às penas de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, no valor unitário de ½ (metade) do salário-mínimo. Presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos consistentes em: 1) prestação pecuniária consistente no pagamento de 15 (quinze) salários-mínimos em dinheiro a entidade pública ou privada com destinação social, a ser especificada no momento da execução e 2) prestação de serviços à



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

comunidade ou à entidade pública, consistente na atribuição de tarefas gratuitas a ser especificada no momento da execução da pena e de acordo com as aptidões do condenado, devendo ser cumprida à razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação.

O Ministério Público, em suas razões recursais (fls. 947/966), salientando que a culpabilidade foi exacerbada e a conduta e personalidade do agente são degradantes, portanto, a aplicação da pena base deve ser próxima ao máximo legalmente previsto. Por fim, alega que são incabíveis os benefícios previstos nos artigos 44 e 77, do Código Penal, requerendo a fixação do regime fechado para início de cumprimento de pena.

O apelante, em razões de recurso (fls. 1066/1136), alega, em preliminares: 1) nulidade processual decorrente na inobservância do artigo 8º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013, alegando haver razões para afirmar que a atuação do Ministério Público se deu como ação controlada, em conjunto com a autoridade policial; 2) nulidade processual por violação ao artigo 513 e seguintes do Código de Processo Penal; 3) nulidade dos atos de instrução pelo uso indevido de algemas em desrespeito à Súmula Vinculante nº 11; e 4) ilicitude das gravações ambientais realizadas pela suposta vítima. No mérito, em apertada síntese, pugna a absolvição alegando insuficiência probatória. Alega que não cometeu o delito em tela e que desconhecia que na caixa entregue pela suposta vítima havia dinheiro. Assevera que em nenhum momento confessou qualquer prática delituosa ou admitiu saber que havia dinheiro na caixa e que, caso tivesse intenção de receber alguma vantagem indevida, poderia ter ajustado o encontro com o sr. Mauro, em outro local, longe das câmeras de vigilância do prédio da DRT. Destaca que é usual o fornecimento do número de telefone pessoal a contribuintes para facilitar o agendamento de reuniões e retirada de dúvidas. Subsidiariamente, busca o afastamento da causa de aumento de pena tipificado no artigo 317, § 1º, do Código Penal, requerendo a fixação da reprimenda no mínimo legal e sua substituição por penas restritivas de direitos.

Recursos recebidos, processados e com contrarrazões às fls. 1020/1037 (réu) e às fls. 1177/1187 (Ministério Público).

Parecer da Procuradoria às fls. 1194/1213, pelo provimento do apelo da Promotoria de Justiça para exacerbar a pena-base e fixar



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

regime prisional fechado para início de cumprimento da reprimenda e pelo não provimento do recurso de apelação do sentenciado.

De conformidade com a Resolução nº 772/17, não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Inicialmente, não vinga a preliminar de nulidade processual por inobservância às exigências da Lei nº 12.850/2013.

Isto porque não houve “ação controlada”, nos termos da Lei nº 12.850/2013, mas sim, um monitoramento do flagrante no GAECO, que resultou na prisão do réu.

Conforme destacado na r. decisão recorrida:

A hipótese dos autos retrata “flagrante esperado”, que não se confunde com o chamado “flagrante preparado”.

No “flagrante forjado ou preparado”, o autor é induzido à prática do delito por obra de um agente provocador. No “flagrante esperado”, a Autoridade Policial apenas se limita a aguardar o momento da prática do delito ou seu exaurimento, que foi o que ocorreu neste caso.

O crime de corrupção passiva vem assim descrito no art. 317 do Código Penal: "Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem".

A prática delitiva se configura com o ato voluntário (doloso) do agente que, aproveitando-se de sua função, solicita ou recebe da vítima vantagem indevida.

Dito isto, a conduta típica é tanto "solicitar" como "receber" a vantagem indevida



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e, por conseguinte, é formal, visto que não exige resultado naturalístico, bastando a prática de uma das condutas para consumar-se. O efetivo recebimento da vantagem indevida, no caso em que a conduta é solicitar, trata-se de mero exaurimento do delito.

Assim, nos termos das declarações da vítima e da testemunha Sérgio Luiz Marioto, o crime teria se consumado no dia 26 de outubro de 2016, quando o réu solicitou o pagamento de R\$180.000,00 a Sérgio para deixar de praticar ato de ofício como agente fiscal de renda, consistente na lavratura de multa.

A prisão em flagrante se deu, portanto, quando do exaurimento da infração, não se verificando qualquer induzimento, coerção ou instigação para o cometimento do delito de corrupção passiva, tanto que a exigência do valor indevido ocorrera muitos dias antes da prisão em flagrante. (negritei)

Quanto a aventada nulidade processual por violação ao disposto nos artigos 513 e seguinte do Código de Processo Penal, também sem razão o recorrente.

Conforme observado pelo d. Procurador de Justiça, o rito processual adotado pelo magistrado foi exatamente o postulado pela defesa, tendo que após recebida a denúncia, o julgador, às fls. 398, para evitar futura nulidade, reconsiderado a decisão que recebeu a denúncia e determinado a intimação do acusado, nos termos do artigo 514, do Código de Processo Penal.

Após a manifestação do réu às fls. 546/592, foi recebida a denúncia pela decisão de fls. 607, com apresentação de defesa prévia às fls. 645/651, na qual o patrono do acusado, inclusive, reiterou todos os termos da defesa preliminar.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Além disso, não se pode deslembrar que, ainda que assim não fosse, a jurisprudência do Colendo Superior de Justiça é firme no sentido de que a defesa preliminar, prevista no artigo 514, do Código de Processo Penal, é peça facultativa, cuja falta pode redundar nulidade relativa e, portanto, suscetível de preclusão e dependendo de comprovação de prejuízo, principalmente, quando se trata de ação penal precedida de inquérito policial.

Nesse sentido, também a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal:

*PENAL E PROCESSUAL
PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO (ART. 312
C/C O ART. 327, § 2º, DO CP). NOTIFICAÇÃO
PRÉVIA PARA O OFERECIMENTO DE
RESPOSTA (ART. 514 DO CPP).
AUSÊNCIA. NULIDADE RELATIVA. EFETIVO
PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM
DENEGADA. 1. A notificação prévia estabelecida no
artigo 514 do Código de Processo Penal, quando
ausente, constitui vício que gera nulidade relativa,
devendo ser arguida no momento processual oportuno,
sob pena de preclusão. 2. A nulidade, ainda que
absoluta, não prescinde da demonstração do efetivo
prejuízo dela decorrente. Precedentes: HC 110.361,
Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo
Lewandowski, DJe de 1º.08.12; HC 109.577, Segunda
Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de
13.02.14; HC 111.711, Segunda Turma, Relatora a
Ministra Cármen Lúcia, DJe de 05.12.12. 3. In casu, a
defesa não arguiu a existência de eventual nulidade nas
instâncias precedentes, bem como **não trouxe aos
autos qualquer comprovação de efetivo prejuízo
decorrente da ausência da notificação prévia**, tendo
limitado-se à alegação genérica de que, “in casu, o*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prejuízo imposto é mais que evidente, eis que com base em um procedimento totalmente maculado, a ora paciente foi condenada e está em vias de ter seu direito de locomoção retirado, e se lhe fosse conferido o direito de ofertar a defesa prévia, talvez conseguiria evitar o constrangimento de ver-se processada criminalmente". 4. Ordem denegada. (HC 120582 / SP - SÃO PAULO, Primeira Turma, Relator Ministro LUIZ FUX, J 11/03/2014, DJ 27/03/2014) (negritei)

*HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PECULATO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA (ART. 514 E SEQUINTE DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO PREJUDICADA. 1. A ausência da notificação prévia de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal constitui vício que gera nulidade relativa e deve ser arguida oportunamente, sob pena de preclusão. Precedentes. 2. **O princípio do pas de nullité sans grief exige a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, pois não se declara nulidade processual por mera presunção. Precedentes.** 3. Este Supremo Tribunal Federal assentou que a defesa prévia à denúncia prevista no art. 514 do Código de Processo Penal tem por objetivo proporcionar ao réu, funcionário público, a possibilidade de impedir a tramitação de ação penal baseada em acusação infundada. Superveniência da sentença condenatória.*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Alegação de prejuízo prejudicada, pois a denúncia foi confirmada com a procedência no exame do mérito da ação penal. 4. Ordem denegada. ((HC 111711, Segunda Turma, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, j 13/11/2012, DJ 05/12/2012) (negritei)

Passo adiante, a suposta nulidade dos atos de instrução, sob o argumento de que o acusado permaneceu algemado, durante a audiência realizada por videoconferência para oitiva de testemunhas e interrogatório, por violação à Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, também não prospera.

Primeiro, porque o juiz “a quo”, consoante o teor dos despachos de fls. 740 e 754, fundamentadamente justificou a contento a utilização das algemas, tanto que a defesa não interpôs qualquer recurso a esse respeito, naquele ato, limitando-se a insurgir-se quanto à realização da audiência por videoconferência e a reiterar o pedido de liberdade já anteriormente formulado.

Ademais, o fato de o réu estar algemado nenhuma influência teve sobre o juiz ou sobre as partes, isto é, em nada alterou a prova produzida.

Outrossim, conforme destacado pelo magistrado sentenciante:

Demais disso, vale enfatizar que a invocada súmula vinculante foi confeccionada no fito de evitar, mormente em sede de Tribunal do Júri, que a imagem do réu eventualmente fosse maculada (na perspectiva dos jurados) em função do uso de algemas, dando ensejo para que fosse fragilizada, assim, a parcialidade no julgamento. Ou seja, evidentemente o intuito da norma é o de impedir a ocorrência de prejuízo em desfavor do acusado, o que, diante de julgamento por juiz singular não se verifica.

Por fim, sem razão também o réu no tocante a nulidade



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

da ação penal em face da ilicitude das gravações ambientais realizadas pela suposta vítima.

É pacífico o entendimento dos tribunais de que a gravação ambiental feita por um dos interlocutores é válida como prova no processo penal, independentemente de prévia autorização judicial, vez que não se está diante de violação da intimidade, porém de adoção de providência do interessado em resguardar direito próprio.

Nessa esteira, precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS.
IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO
RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO
REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO
SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.
ILICITUDE DAS PROVAS DECORRENTES DA
GRAVAÇÃO AMBIENTAL E DA GRAVAÇÃO DE
CONVERSA REALIZADAS POR UM DOS
INTERLOCUTORES. ILEGALIDADE DO
INDEFERIMENTO DE PROVA REQUERIDA PELA
DEFESA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-
CONSTITUÍDA. COAÇÃO ILEGAL NÃO
CONFIGURADA.

[...] 5. **Pacificou-se neste Sodalício o entendimento de que a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores é válida como prova no processo penal, independentemente de autorização judicial.**

6. *Da mesma forma, a gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada prova lícita, não se confundindo com interceptação telefônica. Precedentes.* (AgRg no HC 549821 / MG, Quinta Turma, Relator Ministro JORGE MUSSI, j.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

17/12/2019, DJe 19/12/2019)

Aliás, o Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 583937 QO-RG / RJ, sedimentou a tese de que:

É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. (Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015).

Não é demais observar que, inobstante tenha a defesa levantado várias nulidades, não cuidou de demonstrar qualquer prejuízo sofrido pelo réu em decorrência das alegadas “nulidades” e, nos termos do artigo 563, do Código de Processo Penal, *nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou a defesa.*

Nesse sentido, vale lembrar, ainda, do princípio *pás de nullité sans grief*, a exigir que o ato processual a ser declarado nulo tenha causado prejuízo, e, no caso, conforme já dito, não restou demonstrado nenhum prejuízo ao apelante, não havendo, portanto, que se falar em nulidade.

Diante do exposto, é de rigor a rejeição das preliminares arguidas.

No mérito, nada há de ser alterado.

Extrai-se da denúncia que o réu MARCELO GUEDES DA FONSECA PEREIRA, nos dias 26/10/2016, 01/11/2016 e 09/11/2016, no período da tarde, no interior da Delegacia Regional Tributária de Taubaté - DRT3, vinculada à Secretaria Estadual da Fazenda, localizada na Travessa Rochi Antônio Bonafé, nº 50, Três Marias, na cidade de Taubaté, teria solicitado e recebido, para si, diretamente, e no exercício de suas funções, vantagem indevida. Imputa-se, também, que, em consequência da vantagem, o acusado deixou de praticar ato de ofício.

Consta da denúncia, que no dia 01 de Junho de 2016, por volta das 14h, o réu, que atuava como Agente Fiscal de Rendas junto à Delegacia Tributária Regional de Taubaté, dirigiu-se até a empresa Depósito Cardoso Comercial Ltda., localizada na Rua Bahia, nº 698, Vila São Geraldo, Taubaté, com a finalidade de iniciar mais um trabalho de fiscalização. No local, foi recebido por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Mauro Cardoso Lemes, representante legal da empresa, e, após conhecer as dependências da sociedade comercial, deixou uma Notificação Fiscal (OSF 03.0.02505/15-8), que solicitava:

“... a apresentação do Livro Fiscal Registro de Inventário contendo estoque de 31/12/2012, o Livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência (Modelo 6), bem como as memórias da FitaDetalhe MFD, em arquivo digital e nos padrões de layout dos respectivos atos COTEPES, no período de 01/01/2013 a 31/12/2014, dos equipamentos Emissores de Cupom Fiscal (ECF), números de fabricação BE0914101000113440089 e BE0908101000010101167. Na referida Notificação Fiscal constava a observação de que se no prazo de 5 dias não fosse atendida a solicitação seria lavrado auto de infração e imposição de multa referente as sanções administrativas cabíveis”.

O acusado deixou seu número de telefone pessoal para contato. O referido documento continha também o anexo 2.09A em que constava o Núcleo de Fiscalização do Agente Fiscal MARCELO como sendo da equipe 02.1.

Narra a exordial que, no dia 08 de junho de 2016, Mauro Cardoso se comunicou via “WhatsApp” com o acusado, dizendo que na referida data levaria toda a documentação solicitada quando da deflagração da fiscalização, o que foi feito.

No dia 22 de Junho de 2016, o acusado retornou à empresa e deixou uma notificação complementar solicitando, no prazo de 07 dias, a apresentação do arquivo SINTEGRA do período de fevereiro/2013, contendo os registros 74 (inventário) elaborados de acordo com o Manual de Orientação da Portaria CAT nº 32/1996 e gravados em Mídia Ótica; Cópia de GNRE/GARI com relação às Notas Fiscais Eletrônicas listadas no Anexo 01 da Notificação, referente ao recolhimento antecipado de ICMS; e, demonstrativo com a memória de cálculo referente ao valor de ICMS recolhido a título de antecipação.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em seguida, no dia 28 de junho de 2016, o réu mandou uma mensagem via “WhatsApp” no telefone celular de Mauro, perguntando se estaria “confirmado amanhã às 14:30h?”, ao que a vítima respondeu que sim. No dia 29 de junho de 2016, a vítima mandou mensagem dizendo que em razão de um atraso chegaria às 15h30min, entretanto, acabou chegando por volta das 16h30min, tendo entregado ao Agente Fiscal as memórias de cálculo. No dia 05 de julho de 2016 entregou, por e-mail, o SINTEGRA. Em 30 de agosto de 2016, o acusado ligou pedindo que a vítima fosse até a DRT tratar da fiscalização e, depois, enviou uma mensagem via “WhatsApp” perguntando se a reunião estava confirmada para o dia seguinte às 15h, tendo a vítima respondido afirmativamente.

Em 31 de agosto de 2016, a vítima esteve novamente na DRT no horário combinado e se encontrou com o réu, o qual mostrou todo o desenvolvimento dos trabalhos fiscalizatórios realizados até então, explicando a “metodologia” aplicada. Disse à vítima, ainda, que, por conta das possíveis irregularidades, e pelo fato da fiscalização abranger o período de dois anos, a multa que iria aplicar à empresa seria de R\$ 3.312.000,00 (três milhões e trezentos e doze mil reais). Após, perguntou repetidamente “o que que eu faço” e “como que a gente resolve isso aqui”, tendo a vítima retrucado, em razão da insistência do acusado, que ele “fizesse seu serviço”. No fim da conversa, o acusado perguntou qual era o nome do contador da empresa, tendo a vítima indicado Sergio Luís Marioto, da empresa Controles Auditoria, Assessoria Contábil e Financeira.

Em 26 de outubro de 2016, Sérgio Marioto, a pedido de Mauro, foi ao encontro de Marcelo na DRT levar a documentação faltante para que o fiscal continuasse seus trabalhos, passando inclusive o número de telefone celular deste. Conversaram também via “WhatsApp”.

Em referida data, MARCELO também mostrou o andamento da fiscalização e relatou sobre a multa milionária projetada. Após rodeios e indiretas, o acusado disse a Sérgio Marioto que, mediante o pagamento de R\$180.000,00 (cento e oitenta mil reais), lavraria uma multa de R\$10.000,00 (dez mil reais) ao invés da multa milionária. Os R\$180.000,00 poderiam ser pagos em até 02 (duas) parcelas e que, se houvesse aceitação à solicitação, deveriam enviar uma mensagem via “WhatsApp” confirmando uma reunião no dia 1º de novembro, às



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

14h30min.

Nesse mesmo dia, Sérgio contou o que havia ocorrido para Mauro, que não acreditou no que estava acontecendo. Já no dia seguinte, Mauro pediu para que Sérgio confirmasse a reunião para o dia 1º de novembro. Assim, munido de gravador de som oculto, Mauro pediu no exato dia da reunião que avisasse o réu que quem iria encontrá-lo era ele (Mauro) e não Sérgio.

Assim, no dia 01/11/16, Mauro se reuniu com MARCELO no interior da DRT. Toda a conversa foi gravada. MARCELO perguntou se Sérgio havia passado o recado, e após ouvir o sim, voltou a falar da multa milionária que deveria aplicar, e solicitou novamente o pagamento de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais) para aplicar uma multa módica e encerrar o procedimento fiscalizatório.

O representante da vítima tentou "negociar" o valor e ouviu de MARCELO que o dinheiro deveria ser dividido com o "Chefe" e o "pessoal". Após justificativas da vítima, aceitou que a primeira parcela fosse de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para pagamento em 09/11, e as demais parcelas da seguinte forma: 30/11 - 40 mil reais; 21/12 - 60 mil reais; e 25/01 - 60 mil reais, tudo em dinheiro, totalizando R\$180.000,00. A primeira parcela a ser paga em 09/11/2016 deveria ser entregue nas mãos de MARCELO, na própria sede da DRT, em uma caixa de arquivo lacrada. A vítima anotou os pagamentos parcelados a serem realizados em um papel rascunho fornecido por MARCELO.

Em seguida, MARCELO explicou que em razão do pagamento dos 180 mil reais parcelados, ele aplicaria uma multa de no máximo 15 mil reais à empresa, mas que faria de tudo para chegar em 10 mil reais, bem como que trocaria os arquivos do SPEO, que contém a informação do estoque de 31/12/2013, o SPED de 31/12/2014, e arrumaria o SPED de 31/12/2015. Também deixaria de reenviar o Livro de Estoque de 31/12/2012 para a regularização de tudo.

Por fim, MARCELO informou que o Auto de Infração seria realizado em relação a alguns produtos com erros de tributação, não se atendo ao estoque, isso para que, segundo ele, na próxima fiscalização o Agente Fiscal não se atentasse para o estoque. Além disso, disse que efetivaria a multa após o pagamento do "sinal" da propina, desde que a vítima cumprisse com todos os demais



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pagamentos nas datas aprazadas.

De posse das gravações, a vítima procurou o GAECO e narrou todo o acontecido. Também compareceu ao Ministério Público a testemunha Sérgio Marioto, confirmando a ocorrência dos fatos narradas pela vítima.

Após entrega dos documentos, das gravações, e a colheita das declarações, instaurou-se o Procedimento Investigatório Criminal 94.0553.000003312016-3.

O representante da empresa retornou ao Núcleo do Gaeco em 09 de novembro de 2016 com R\$20.000,00 (vinte mil reais) em dinheiro para pagamento da primeira parcela da propina, afirmando que o encontro com o Fiscal havia sido marcado para 14h30min.

Todas as notas foram contadas e divididas, sendo algumas marcadas. A caixa foi providenciada, conforme orientação de MARCELO. Os valores foram colocados na caixa, que continha a anotação "Depósito Cardoso".

No horário combinado, a vítima Mauro, e a equipe do Núcleo do Gaeco, com o apoio do Delegado de Polícia, Dr. Daniel Estefano, se dirigiram até a DRT de Taubaté.

A vítima estava munida de câmera oculta.

Chegando ao local, o Sr. Mauro se identificou na recepção e foi recebido por MARCELO em uma sala de atendimento na DRT. Tudo foi filmado. MARCELO, após breve conversa, recebeu de Mauro a caixa lacrada contendo no seu interior a quantia exata de R\$20.000,00 (vinte mil reais), conforme solicitação anterior.

Com a saída da vítima do local, a equipe do Ministério Público e a Autoridade Policial entraram no recinto e alcançaram MARCELO calmamente se dirigindo até sua mesa, com a caixa ainda lacrada debaixo dos braços, momento em que lhe foi dada voz de prisão.

MARCELO foi levado até a sala de seu superior, a testemunha Sérgio Augusto Barbosa Soares que, após ser cientificado do ocorrido, presenciou a abertura da caixa com todo o dinheiro em seu interior.

Em seguida, MARCELO foi conduzido até a sua mesa, que estava sendo guardada por agentes do Ministério Público. Na presença da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

testemunha Diego Alves Pereira Marra, dentre outras, observou o trabalho de recolha de seus bens e objetos de trabalho.

Após, todos se dirigiram até o 1º Distrito Policial de Taubaté, onde vítima e testemunhas foram ouvidas, sendo a prisão em flagrante formalizada e os bens apreendidos devidamente lacrados.

Por tais fatos o acusado foi denunciado, processado e, ao final, condenado na forma supramencionada.

Inconformado, o apelante alega insuficiência de provas a embasar o édito condenatório.

Analisando-se os autos, verifica-se que a r. sentença de 1º Grau apresenta-se suficientemente motivada; examinou detidamente o conjunto probatório e todas as teses suscitadas. Assim, seus fundamentos são ratificados e acolhidos como parte integrante deste Acórdão, nos termos do artigo 252¹, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A materialidade do delito está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 20/27), auto de exibição (fls. 38), auto de exibição e apreensão (fls. 39/43), boletim de ocorrência (fls. 55/60), manuscrito com anotações da vítima em papel rascunho (fls. 90), degravação de áudio realizada pelo Ministério Público (fls. 102/106), prints das mensagens de whatsapp (fls. 107/109), pelo laudo pericial de exame de imagens e áudio de fls. 491/529, bem como pela prova oral colhida em juízo.

A autoria também é certa.

Com efeito, Mauro Cardoso Lemes afirmou que uma fiscalização fora iniciada há quase um ano e meio atrás. Em junho/julho de 2016, o acusado dirigiu-se a seu estabelecimento e disse que iria dar continuidade à fiscalização e solicitou a apresentação de alguns documentos. Foi dado um prazo para a apresentação dos documentos e começou a fiscalização. Após, foram pedidos novos documentos e tais foram apresentados. Em um determinado momento, em que já havia sido apresentado tudo o que solicitado, o réu pediu para o depoente comparecer ao posto fiscal para o acusado explicar como estava desenrolando-se a fiscalização e dar um posicionamento, próximo ao final de agosto. O acusado

¹ RITJSP - Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mostrou a fiscalização, havia o “contexto” de fazer a parte fiscal da empresa. A parte fiscal estava correta. Apesar de haver alguns erros, o que é normal pela quantidade de itens, que perfaziam sete ou oito mil itens de estoque. A partir daí o fiscal começou a mostrar os itens que estavam com erro de estoque, verbalmente, e com um documento que tinha em mãos. O acusado disse, então, que havia analisado 700 itens e, com isso, o fiscalizado deveria pagar uma multa de 230 e poucos mil reais. O depoente achou que pagaria essa multa por ano, portanto, sendo dois anos de fiscalização, mais ou menos 500 mil reais. Todavia, o réu lhe disse que não; isso seria por dois meses; deveria multiplicar o valor por 12, o que resultava em 3 milhões e pouco. O acusado começou a dizer que iria dar um valor alto e o que eles poderiam fazer, o que ele (acusado) poderia fazer pelo depoente. Insistiu por cinco vezes. O depoente, então, disse que tinha um “tolete” de notas fiscais emitidas pelo irmão, pela mãe e pelos funcionários e que, se quisesse sonegar, simplesmente tiraria do estoque e não emitiria qualquer nota. Explicou isso para o acusado e falou para que ele fizesse seu serviço e foi embora. Todas as notificações para apresentar documentos continham, em geral, o prazo de 5 ou 7 dias para atendimento. Apenas foi concedido pelo réu um prazo maior para apresentação do SINTEGRA. O acusado passou o WhatsApp para que marcassem a data em que ele compareceria na empresa para fiscalização. A conversa em que o acusado insinuava “o que poderia fazer” não foi gravada. Nesse dia, na hora em que o depoente estava levantando para ir embora, o acusado perguntou qual o nome do contador, o que lhe foi passado e, assim, o depoente se retirou. Havia mais documentos para entregar e o depoente disse ao contador que não voltaria mais à delegacia tributária. Após isso, o fiscal acusado manteve contato apenas com o contador, o qual levou mais documentos na semana seguinte. O acusado chamou o contador novamente para lhe explicar como estava a fiscalização. Lá, o réu falou que a multa chegaria em 2 milhões e que poderia reduzir a multa para R\$ 10.000,00, mas que o contador deveria conversar com a vítima com “jeitinho” e pagar R\$180.000,00. Ao tomar conhecimento dos fatos, não negociou com o fiscal e foi para a Promotoria em São Paulo, onde foi orientado a ir ao GAECO da região, o que fez. Narrou que seu contador lhe disse que o réu asseverara que, se o depoente aceitasse a proposta de pagar R\$ 180.000,00, ele (o acusado) reduziria a multa para R\$ 10.000,00. Se a proposta fosse aceita, o depoente deveria



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

confirmar uma reunião marcada via WhatsApp. Quando foi para São Paulo, conversou, pegou os contatos e pediu para Sérgio (contador) confirmar a reunião. Este confirmou e, então, o depoente, o tirou da jogada e foi à reunião para fazer a gravação. Os valores solicitados não foram passados inicialmente ao depoente, mas ao contador. Na reunião, o acusado falou que o valor poderia ser pago em 2 vezes. Aí começou a negociar, dizendo que não tinha 90 mil reais e “enrolar” para poder gravar mais, bem como para diminuir o valor. Gravada a conversação, procurou o GAECO em Taubaté. Em outra gravação, foi dito pelo réu que precisava resolver logo e estavam o pressionando para resolver logo, o que deu a entender que havia mais gente, mas não foi dito nenhum nome. Acha que na última gravação o acusado disse para não falar a tal pessoa, uma mulher, responsável pela fiscalização. Foi entregar o dinheiro na delegacia tributária dentro de uma caixa de formulário contínuo lacrada. Havia um rapaz na portaria que também estava para ser atendido no mesmo horário. Foi chamado na frente de tal rapaz para ir até à primeira salinha à direita, uma sala reservada, e entregou o dinheiro. O acusado perguntou se estava certinho o dinheiro, tendo o depoente respondido afirmativamente. Após começou a conversar de amenidades com o réu. Como na foto de perfil do WhatsApp o réu estava tomando uma cerveja na Europa, então o depoente, que faz cerveja, começou a puxar conversa sobre o assunto. Após essa conversa, o acusado começou a falar das datas do pagamento e dos valores, perguntando se estava certo. O depoente concordou. Após, disse que daria prazo para o depoente trocar os arquivos. Questionado sobre quando aplicaria a multa, o réu disse que iria agilizar isso. Então, o depoente virou as costas e foi embora, momento em que ocorreu a prisão.

Sérgio Luiz Marioto, por sua vez, afirmou, em juízo, que a fiscalização começou e, a princípio, o fiscal estava falando apenas com Mauro. Em determinado momento, Mauro pediu para que ele fosse tratar diretamente com o fiscal e, assim, o depoente levou os documentos para atender às exigências da fiscalização. Estava faltando um Livro de Inventário. Explicou ao fiscal que já haviam passado por uma fiscalização e pediu a oportunidade de mandar as informações corretas do estoque. Até explicou que estavam para contar o estoque. Após, o fiscal disse que iria ver e chamou o depoente uma segunda vez, na qual falou para conversar com Mauro “com jeito”, pois gostaria de resolver a situação e a multa



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

seria muito alta, sugerindo os valores para não ser aplicada a multa. O acusado falou que a multa ficaria em torno de 2 ou 3 milhões e que por R\$ 180.000,00 resolveria o caso e aplicaria uma multa de 10 mil reais. O valor poderia ser dividido em duas vezes. Pediu para que o depoente conversasse com Mauro. Reportou o ocorrido a Mauro. Continua sendo contador do Depósito. A fiscalização hoje está mais intensa, inclusive brincam no escritório que a fiscalização vai chegar a 2 anos. O fiscal intima e, dentro do período concedido para cumprimento da exigência, telefona falando que precisa mandar nova intimação. Estão conseguindo atender às exigências. Teve duas conversas particulares com o réu. Na primeira vez não houve a sugestão de valores. Apenas trataram sobre a correção do arquivo, o que o fiscal disse que seria difícil, pois a fiscalização já estava aberta. Não conhecia o fiscal Marcelo. Mauro não quis ir mais lá, pois suspeitou que o fiscal estava querendo dinheiro e não queria participar disso. Mauro já havia sido fiscalizado antes por outra fiscal, sendo o depoente o contador da empresa àquela época. Foi entregue toda a documentação que foi pedida. Só ficou faltando o Livro de Inventário, o qual foi levado pelo depoente para o acusado, bem como toda a documentação novamente. Após a segunda conversa, em que Marcelo explicitamente solicitou o dinheiro para o depoente, foi falar com Mauro. Este falou para deixar que ele (Mauro) iria ver o que fazer, pois não iria pagar esse dinheiro. Assim, Mauro voltou a tratar novamente com o acusado. Depois disso, o depoente foi apenas ao GAECO no dia 1º. Só ficou sabendo posteriormente que Mauro foi a São Paulo. Depois falou para o depoente fazer a denúncia que ele (Mauro) iria levar até as últimas consequências. Faz quase 2 anos de fiscalização e a multa ainda não foi aplicada. Não soube que no dia da entrega do dinheiro o acusado devolveu o Livro de Inventário. Não chegou a negociar ou pedir para diminuir o valor de R\$ 180.000,00 reais. Somente perguntou a forma de pagamento. Questionado pela defesa, afirmou que ficou sabendo da fiscalização quando foi lavrada a OSF. Todas notificações que chegavam a Mauro eram repassadas, inclusive, chegou a lê-las. Eram sempre documentos requerido normalmente em fiscalizações (SINTEGRA, GIA's, etc.). Quando entrou em contato diretamente com o fiscal réu, foi o Mauro quem passou o contato do réu, através do WhatsApp. Falou também por telefone. Não chegou a pedir nenhum encontro com o réu fora das dependências da delegacia tributária. Ficou sabendo que Mauro havia ido ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ministério Público no dia 1º de novembro, quando pediu para que o depoente fosse ao GAECO relatar o que havia acontecido.

Tânia Maria Clemente Tiritan, em juízo, declarou ter participado da prisão do acusado. Narra que chegaram à Secretaria da Fazenda antes do proprietário do Depósito Cardoso. Viu quando este entrou e o réu o recebeu na catraca. Mauro entrou em uma sala e, quando saiu, foi sinalizado, pois já havia sido combinado com o Dr. Daniel. A depoente e seu colega pularam a catraca e pegaram Marcelo andando no corredor rapidinho com a caixa embaixo do braço. O Dr. Daniel e o Dr. Alexandre foram com o réu até a sala do delegado tributário e a depoente ficou na mesa para garantir que ninguém pegasse nada da mesa do Marcelo (réu). Não sabe o que o acusado disse, mas este estava bem surpreso. O réu estava com Mauro em uma sala à direita, após a catraca. Quando o Cardoso (Mauro) apareceu e passou na catraca para sair, o réu já estava no meio do corredor, indo para o fundo muito rápido. Quem chegou primeiro no acusado foi o Dr. Daniel, Delegado, o qual abordou e depois chegou o Dr. Alexandre, promotor. Foi a última a chegar; por isso não sabe dizer o que o acusado falou. Na mesa dele, havia um computador e materiais dentro do armário. Quando foram retirar as coisas da mesa, veio um funcionário juntamente com o Dr. Daniel, o Dr. Alexandre e o acusado. A partir daí, abriram o armário e apreenderam o que tinha que apreender e levaram para a delegacia. Teve contato com Mauro no dia da diligência, na sede do GAECO. Até referido dia não conhecia Mauro e nem sabia da investigação. A caixa azul levada pelo próprio Mauro foi preparada no GAECO. O dinheiro foi marcado e fotografado. Não sabe dizer de quem foi a ideia, se ela partiu do próprio Mauro ou de alguém do Ministério Público. No momento em que Mauro saiu da sala da delegacia tributária no dia em que foi entregar a caixa, ele voltou sem nada. A depoente acha que ele andava com uma mochila. Marcelo provavelmente estava se dirigindo à sala dos fiscais com a caixa que recebeu de Mauro. Tal a sala dos fiscais é dividida em baias. Não sabe dizer se a caixa ainda estava lacrada ou já havia sido aberta pelo réu. Não se recorda se tinha mais caixas dentre os materiais apreendidos do réu.

A testemunha Sérgio Augusto Barbosa Soares, em juízo, disse que acompanhou a prisão. O promotor e o Dr. Daniel deram-lhe ciência de que o fiscal estava sendo preso em flagrante, sob a acusação de corrupção passiva.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Havia uma caixa lacrada, a qual foi aberta na frente do depoente e verificou-se que, realmente, havia numerário na caixa. Disse que a empresa que teria sido vítima continua sendo fiscalizada em continuidade ao trabalho que não havia sido encerrado quando da prisão do réu. Não acompanha os trabalhos fiscais. Quem o faz é o núcleo de fiscalização. Foi comunicado com relação à ocorrência pelo Dr. Daniel e pelo Dr. Alexandre. Acompanhou apenas a abertura da caixa. A caixa estava lacrada e o Dr. Alexandre a abriu na presença do depoente. Assim, pediu a Diego, que é seu assistente que acompanhasse o promotor na vistoria da estação de trabalho que o réu ocupava. No momento em que caixa foi deslacrada estava o acusado, o Dr. Daniel (delegado), o depoente e Dr. Alexandre (promotor).

Alexandre Mourão Mafetano, promotor de justiça, em juízo, afirmou que na época dos fatos auxiliava o Dr. Alexandre, que era o único promotor do GAECO do Vale do Paraíba. Ele pediu auxílio e o depoente foi auxiliá-lo. Nessa oportunidade, Dr. Alexandre comentou que havia um empresário querendo fazer uma denúncia a respeito de corrupção e extorsão. Assim, o convocou para participar da oitiva de Mauro, do Depósito Cardoso. Este comentou que o fiscal havia pedido um dinheiro e exigido esse dinheiro para não fazer a autuação de uma multa bem alta que inviabilizaria o negócio dele. Ele comentou e acertou a entrega do dinheiro. Na data dos fatos, foi juntamente com Dr. Alexandre e o Dr. Daniel até o local, ficando do lado de fora, aguardando a entrega do dinheiro ao fiscal pela vítima. Esta avisaria que já havia entregado o dinheiro por meio de celular. Quando ele (Mauro) saiu sem a caixa, Alexandre e Daniel entraram na sala e o depoente entrou um pouco atrás. O Alexandre e Daniel levaram o fiscal para uma salinha que era do chefe do posto, e o depoente foi juntamente com outros funcionários para a mesa de trabalho do réu. Ali aguardaram o fiscal, o chefe e Alexandre voltarem à mesa e apreenderam coisas pessoais do acusado, computador de trabalho, computador pessoal, dentre outros. A vítima Mauro chegou a gravar uma parte da conversa onde dava para ver a mesa, o réu e objetos pessoais, bem como dava para identificar a voz. Não tem conhecimento de gravação anterior a da negociação. Conversou com o acusado, mas nada que seja relevante ao processo, nada sobre os fatos. Na delegacia, o acusado demonstrou-se assustado, porém solícito. O fiscal foi pego com a caixa na mão; do jeito que saiu do GAECO. Presenciou o momento em que eles se dirigiram à



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sala do superior hierárquico de Marcelo. Indagado sobre a postura do réu na delegacia, afirmou que ele estava assustado, vendo o que poderia acontecer, sendo informado a ele que haveria uma ação penal e que, se condenado, ele poderia vir a perder o cargo e isso o abalou. Mas, em momento algum ele foi resistente. Ainda exibiu e auxiliou a esclarecer os documentos que estavam dentro da bolsa, a fim de separar o que era de uso pessoal do que era relevante para a investigação.

Diego Alves Pereira Marra, testemunha de acusação, em juízo, afirmou que acompanhou a busca no posto de trabalho do acusado. Estava em seu local de café e um assistente lhe informou que o delegado tributário estava buscando pelo depoente. Assim, bateu à porta do delegado e entrou, donde foi chamado a acompanhar a busca e apreensão a ser feita no armário do réu, juntamente com o promotor, o delegado e o próprio réu. Ouviu o delegado e o réu conversando, mas não se lembra de nada, em razão de estar fora da conversa. Indagado pela defesa sobre a caixa apreendida com o acusado, não soube informar onde foi encontrada ou se estava aberta, mas se recorda que quando entrou na sala o promotor já estava com a caixa em mãos.

Daniel Estefano Santos, delegado de polícia, asseverou que teve conhecimento dos fatos pouco antes da prisão, sendo que toda investigação foi realizada pelo GAECO. Só foi chamado para operacionalizar, juntamente com os promotores, a detenção do réu. Narrou que surpreendeu o acusado com a caixa debaixo do braço e, na hora em que se identificou como delegado de polícia, o réu, de pronto, disse que estava tudo bem e que o tratasse com dignidade e fosse discreto, o que foi feito. O réu confessou, dizendo que já sabia o que havia feito para estar sendo preso, chegando a confidenciar todos os fatos na delegacia. Porém, com a chegada do advogado, o acusado foi instruído a ficar calado. O comportamento de Marcelo evidenciou que aquilo não era exclusivo dele, bem como não era exclusivo daquele procedimento fiscalizatório. Sobre a negociação, tomou conhecimento através das gravações apresentadas pela vítima, sendo possível conferir as datas acordadas, bem como a discussão acerca dessas datas. Nunca ouviu qualquer outro comentário de envolvimento do réu com fatos ilícitos, bem como não o conhecia, nem a vítima. Afirma que indagou Marcelo sobre a participação de outras pessoas, entretanto, o réu não disse nada, mas demonstrou estar propenso a pensar em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

transmitir as informações necessárias para esclarecer o caso. Disse, ainda, que estavam todos na Delegacia da Receita Tributária, tendo abordado o réu quando este ainda estava com a caixa debaixo do braço, ocasião em que pediu para que ele permanecesse daquela forma até que mais pessoas chegassem, o que demorou poucos segundos. Pediu para que o réu o levasse até o delegado da DRT para que ele presenciasse a abertura da caixa. O réu em nenhum momento demonstrou-se surpreso com o conteúdo da caixa, inclusive manteve-se calmo, parecendo acreditar que aquilo não daria em muita coisa. Conheceu a vítima Mauro no dia da operação e desconhecia, anteriormente, o tipo de comércio que ele desenvolvia. O depoente foi quem o conduziu o inquérito, lavrou o auto de prisão em flagrante e realizou a oitiva de Mauro, Tania, Dr. Mafetano e o interrogatório do acusado. Questionado pela defesa sobre quando a polícia civil soube dessa diligência, disse que foi através do GAECO, um dia antes ou no dia da operação. Antes desse momento, não houve qualquer trabalho de investigação da polícia civil neste caso. Tudo ocorreu dentro do próprio GAECO. Posteriormente, não houve mais qualquer diligência por parte da polícia civil, sendo todos os objetos apreendidos enviados ao GAECO, até mesmo porque já havia um instrumento formal de investigação instaurado lá. Hoje, não há nada mais na polícia civil. Entretanto, foi procurado por outras pessoas que demonstraram querer delatar condutas semelhantes, todas com muito temor, porque relataram que, após o ocorrido, a própria vítima começou a sofrer mais pressão de outros fiscais, porém isto não está formalizado. Se isso foi comunicado oficialmente, foi ao GAECO, mas não tem conhecimento. Tentou marcar uma reunião com os empresários para falar que poderia lhes dar certa segurança, mas todos optaram por não dizer nada, até mesmo porque, segundo eles, mesmo estando com a situação fiscal correta, os fiscais poderiam lançar um tributo indevidamente e, para o contribuinte corrigir isso, haveria um dispêndio muito grande com contadores e advogado.

As testemunhas Marcos Antonio Martins Ribeiro, João Augusto Valente Pereira e Marcos Antonio Zamith de Paiva, em juízo, narraram conhecer o réu e afirmarem nada saber sobre sua conduta que o desabonasse, relataram a rotina de fiscalização das empresas procedidas pela Receita Estadual, porém, nada de relevante sobre o caso em tela, puderam informar



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Adriana Aparecida Cursino Miranda explicou que é Diretora do Centro Regional de Administração localizado na Delegacia e estava na Delegacia Tributária no dia da prisão. Narrou que no dia dos fatos o pessoal da segurança telefonou avisando que estava havendo acesso indevido, pessoas pulando a catraca. Conhecia o acusado há 10/15 anos. Desconhece qualquer fato que o desabone. Eram de áreas diferentes, portanto, tinha contato mínimo. Não presenciou as pessoas pulando a catraca, pois estava em sua mesa. No entanto, foi avisada em razão de ser uma ocorrência incomum. Não sabe dizer quem foram as pessoas que pularam a catraca, mas consta no livro de ocorrência o número de pessoas. Não foi até o local ver o que havia acontecido, pois sua preocupação era saber quem estava entrando e porque. Foram informados que essas pessoas haviam se dirigido à área central e que se tratava de uma apreensão de fiscal. A partir disso sua preocupação era conseguir as imagens. Chegou a ver o acusado saindo. Não viu se o réu entrou em uma viatura da polícia, pois estava na recepção quando ele passou escoltado.

O Réu, interrogado em juízo, negou as acusações, afirmando que o trabalho de fiscalização iniciou-se no dia 1º de junho, tendo ido à empresa para iniciar a fiscalização, onde foi atendido por Mauro, proprietário da empresa. Nessa ocasião, apresentou-se, mostrando sua identidade funcional, entregou a Mauro um documento conhecido como Ordem de Serviço Fiscal (OSF), o qual dá legitimidade à visita feita na empresa. Entregou também duas notificações para apresentação de livros e arquivos magnéticos, referente ao ICMS. Junto com Mauro, foi conhecer alguns departamentos da empresa, dentre eles o estoque, tendo sido mostrado alguns itens, bem como foram a uma área onde ficam equipamentos que emitem cupons fiscais na venda de mercadorias. Foi combinado que, se Mauro conseguisse reunir toda a documentação ao longo daquela semana, no dia 8 alguém poderia levar para o réu. Passada essa semana sem contato de Mauro e levando em conta que os fiscais vem apenas uma vez na semana para Taubaté, nas reuniões de Equipe, quando concentram todos os atendimentos a contribuintes e contadores, no próprio dia 8 Mauro enviou uma mensagem via WhatsApp perguntando se poderia levar essa documentação da notificação. O réu, então, ligou para Mauro e disse que apesar deste não ter confirmado a reunião, iria recebê-lo para entrega dos documentos. Mauro levou os documentos na sede da Secretaria da Fazenda em uma



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

caixa. Nesse dia, logo que chegou, Mauro fez um comentário sobre o réu estar segurando uma garrafinha de cerveja em seu perfil do WhatsApp e começou a puxar assunto sobre cerveja artesanal. Assim, no momento da reunião, não foram revisados os documentos entregues, bem como Mauro não apresentou interesse em mostrar os documentos. Encerrada a reunião, o réu levou a caixa para sua sala e, ao longo da semana, examinou os documentos, verificando a necessidade de solicitar novos documentos. A partir disso, no dia 22, retornou à empresa e Mauro não estava. Então ligou para o Mauro, o qual disse para deixar com algum funcionário. Disse para Mauro que se ele conseguisse reunir toda documentação ao longo da semana que confirmasse uma reunião para a próxima quarta-feira, dia 29. Assim foi feito. Passada essa semana sem nenhuma confirmação de Mauro, e tendo o réu feito sua programação de atendimentos para o dia 29, ligou no dia 28 para Mauro, mas este não atendeu. Em decorrência disso, mandou uma mensagem via WhatsApp para Mauro, e este ligou, confirmando a entrega dos documentos para o dia 29. Haviam marcado para as 14h30min, mas Mauro avisou que havia se atrasado para o almoço e chegaria as 15:30, mas chegou apenas às 16h30min. Assim, bagunçou todos os horários do réu, que havia marcado várias reuniões para esse dia. Mauro levou a caixa com os documentos e falou novamente sobre cerveja artesanal, mostrando prints sobre o assunto, totalizando 10/12 páginas sobre equipamentos, insumos, uma série de coisas sobre a produção de cerveja artesanal. Novamente não houve tempo nem foi demonstrado interesse em exibir a documentação. Assim, encerraram a reunião e o réu levou a caixa para seu armário funcional. A partir daí, começou a analisar os documentos entregues e, próximo ao dia 31, dias antes, não no dia 30, ligou para Mauro para solicitar sua presença e informar o que já havia encontrado de irregularidades na empresa. No dia 30 ligou para Mauro para confirmar a reunião do dia 31. Mauro confirmou. No dia combinado, Mauro levou uma caixa com documentos que não haviam sido solicitados, mas que Mauro entendia que podiam servir para justificar alguns erros que ele já sabia que existiam em sua empresa. Nessa reunião, o réu explicou que já havia encontrado dois problemas: um item da multa seria relativo às saídas de produtos tributados, que haviam saído como não tributados, produtos sujeitos a um regime especial de tributação, o de substituição tributária. Mauro entendia que por estarem sujeitos a esse regime, não deveriam sair



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tributados. Entretanto, o réu explicou que deveria sair tributado, de maneira que Mauro concordou e viu que era um erro de classificação, embora bastante contrariado. Mauro apresentava-se contrariado, pois já havia sido autuado sob essa acusação em uma fiscalização anterior e não acreditava ser admissível que o problema continuasse, pois já havia falado com seu contador e já havia contratado pessoas para cuidar desses produtos a fim de que não saíssem com incorreção na parte do imposto. Lembra-se que Mauro havia adquirido um novo programa de controle de estoque e, assim, não era possível que ele estivesse sendo acusado pelo mesmo item. Mas, após, exibido pelo réu o motivo, ele foi obrigado a concordar. Depois, o réu falou do segundo item, qual seja, a diferença dos estoques, o qual Mauro admitiu estar errado, tanto que falou que havia mudado de endereço, sendo que o endereço antigo situava-se na Rua Bahia, e que agora teria condições de controlar melhor o estoque. Mauro afirmou que tem centenas de produtos diferentes, e que, às vezes, cada produto tem milhares de unidades, como, por exemplo, parafusos. Em contrapartida, o réu disse que é difícil, mas existem empresas de grande porte que conseguem controlar seus estoques. Em seguida, Mauro apresentou notas fiscais tentando justificar as diferenças de estoque. Eram notas de devolução de catadores de lixo e devolução de construtoras. Essas notas foram analisadas, entretanto, elas não representavam 1% da diferença apontada. Então, disse a Mauro que se ele tivesse outras notas que justificassem a diferença iria aceitar. Mauro ficou contrariado, juntou todas as notas, guardando-as dentro da caixa e disse ao réu que pediria ao seu contador que entrasse em contato e que ele iria reforçar os procedimentos e demonstrar que a empresa não é sonegadora. O réu perguntou o nome e o escritório do contador, os quais foram informados. A partir daí não se falaram mais. Em meados de setembro, Sérgio (contador) ligou para o réu, falando que precisava resolver o problema do Mauro e se o réu poderia encontrá-lo em um lugar mais tranquilo ou dar uma passada em seu escritório (de Sérgio). O réu informou a Sérgio que era melhor se encontrarem na DRT, afinal, lá há uma sala adequada para reuniões, bem como, se precisassem consultar algum material, este estaria lá. Sérgio concordou e foi até lá no dia, levando o Livro de Inventário já solicitado a Mauro. Nessa reunião, Sérgio falou dos problemas; que já estava ciente e estava muito preocupado, pois já era contador da empresa na fiscalização anterior, que os erros



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

vinham se repetindo e que ele fazia o máximo para corrigir os erros, mas eram muitos itens e ele não dava conta de corrigir todos. Sérgio disse que Mauro era seu principal cliente e se ele fosse autuado, certamente perderia o cliente, bem como poderia ser responsabilizado parcialmente pelo pagamento da multa em razão de já ser o contador da empresa na fiscalização anterior. Assim, Sérgio pediu e reiterou, diversas vezes, que fosse permitido substituir os arquivos que estavam com erro no estoque e corrigir os documentos fiscais. O réu, então, disse que durante o andamento do trabalho isso não seria possível. Tal poderia ter sido feito antes ou após o encerramento do trabalho, mas durante o acionamento fiscal não poderiam ser feitas essas correções. Sérgio afirmou que da outra vez o fiscal os ajudou e permitiu que corrigissem uma série de coisas. O réu disse, novamente, que não era possível. O que poderia ser feito era, como estavam em meados de setembro, se o contador conseguisse localizar algum documento que de fato pudesse justificar as diferenças que o réu estava encontrando, ficasse combinado que até final de outubro Sérgio trouxesse esses documentos relevantes. Quando foi próximo ao dia 26, Sérgio retornou falando do problema do Mauro, pedindo para que passasse no escritório ou que fossem conversar em local mais tranquilo. O acusado respondeu que Sérgio já conhecia a Delegacia Tributária e sabia que havia uma sala adequada e, como já havia falado, havia toda documentação no depósito. Na véspera (25) do dia da reunião, ligou para Sérgio para confirmar a reunião do dia seguinte, bem como para solicitar que fosse levado o livro fiscal modelo 6, destinado à lavratura dos termos de início e encerramento da fiscalização. Entretanto, no encontro, Sérgio não levou o livro e repetiu a mesma ladainha de que Mauro não poderia ser autuado, pois era seu principal cliente e pediu para fazer a troca dos arquivos e a substituição dos estoques. O acusado disse que não era possível e, inclusive, precisava do livro solicitado que Sérgio não levou para poder encerrar o trabalho, pois este já estava chegando aos 180 dias. Deixaram marcado para o dia 1º para entregar o livro. No dia seguinte (27), Sérgio confirmou a reunião. Quando chegou dia 1º, Sérgio entrou em contato para informar que quem iria à reunião era Mauro, o que era irrelevante para o réu, desde que fosse levado o livro. No dia 1º, apareceu Mauro e, novamente, falou de cerveja, bastante. Nessa reunião, o réu perguntou a Mauro se Sérgio lhe havia informado que o prazo para conclusão desse trabalho era de 180 dias e estava se aproximando do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fim e que fora dado um prazo para que apresentassem algum documento que justificasse a diferença e que precisava do livro para encerrar seu trabalho. Mauro respondeu afirmativamente e começou a falar de seus problemas financeiros, que teria de pagar décimo terceiro e dar férias coletivas aos funcionários no final de dezembro, pois sua empresa iria fechar; que havia feito empréstimo no valor de R\$ 160.000,00 no banco e aí foi falando uma série de coisas. Então, o acusado disse a Mauro que ele (Mauro) iria ter tempo para ver o que ele queria fazer, pois o auto de infração teria dois itens. Um item, se pago à vista, com desconto na multa, seria de R\$ 15.000,00. O outro item dos estoques, que é um valor mais expressivo, poderia ser parcelado em até 60 vezes, ou poderia entrar com defesa. Mauro tentou ganhar tempo e falou que, como na fiscalização anterior, pretendia pagar o auto de infração à vista com todos os descontos que a legislação prevê (50% de desconto na multa). O acusado aconselhou Mauro a pegar um dinheiro emprestado no banco para tentar pagar o auto à vista e, assim, ficar devendo ao banco e não ao Estado, já que a taxa deste é muito maior do que daquele. Mauro disse que iria ver isso e indagou o máximo de tempo que seria possível conceder para o pagamento do auto, tendo sido fixado o dia 5 de janeiro. Esta data era boa, pois para o réu seria possível lavrar o auto antes do prazo (31/12/2016) e teria uns dias para Mauro receber a notificação e pagar a multa; aí ele pagaria um item ou os dois. O réu afirmou, na reunião, ainda, que precisava do livro modelo 6 que havia sido pego na última fiscalização pela fiscal Maria Tereza e, caso não fosse encontrado, que Mauro comprasse um livro novo com endereço cadastral da Rua Bahia e que ele (réu) faria o termo nesse livro e, se depois, achasse o livro original, transcreveria o termo no livro. Se não achasse o livro original, seria adotado esse novo como verdadeiro e seria informado o extravio do livro original. Agendou para a quarta feira seguinte a entrega do livro solicitado. Na quarta-feira, Mauro apareceu com a caixa e o réu entendeu que ali estava o livro solicitado. Nessa reunião (09.11.2016), Mauro tirou da bolsa umas embalagens de lúpulo, abriu uma delas e mostrou para o réu cheirar. Falou como fabricava a cerveja. Esse dia era bastante atípico, pois estava havendo atendimento a pessoas físicas, contribuintes de ITCMD. Havia dois planos de trabalho, pois o prazo de decadência do aludido tributo daria-se em 31/12/2016. Era um dia extremamente confuso e o réu tinha programado uns dez atendimentos de pessoas físicas e mais ou menos seis de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

empresas, da “Operação Boomerang”. Enquanto Mauro falava sobre cerveja, o réu anotava coisas em um papel e confirmava horários de atendimento pelo celular. Referindo-se ao dia 1º de novembro de 2016, afirmou que nesse dia alertou Mauro que ele deveria, após a conclusão do trabalho, substituir os SPEDs (Sistema Público de Escrituração Digital) dele, arquivo eletrônico enviado pelo contribuinte à Secretaria da Fazenda, contendo todas as operações de entrada e saída de mercadorias, que vem a substituir os livros de entrada e saída de apuração do ICMS. Mauro deveria corrigir os estoques informados nesses arquivos para adequá-los aos valores que o réu havia encontrado no auto de infração. Alega que Mauro afirmou que isso era difícil, pois Sérgio (contador) já havia tentado diversas vezes e ainda estava com erro. O acusado disse a Mauro que para evitar que ele ficasse sendo fiscalizado sempre pelas mesmas razões, pedisse a Sérgio para levantar os valores, não transmitir os arquivos, pois não podem ser transmitidos durante o trabalho fiscal, e levasse até o interrogando para verificar se os arquivos estavam consistentes com o valor que ele estava apurando. O acusado pediu para Mauro não falar isso para ninguém. Apesar de não haver qualquer ilegalidade, se a moda pegar, todo contador irá pedir para os fiscais fazerem essa verificação para as empresas. Durante a reunião do dia 9 de novembro, o acusado reforçou que estava fazendo a gentileza excepcionalmente e que não passasse a informação para o Sérgio (contador). Também pediu para não propagar na Secretaria e para não criar mal estar com o contador, por estar conferindo as informações levantadas por ele. Saiu da sala com a caixa debaixo do braço. Havia muita gente na Delegacia, muitos fiscais, muitas pessoas físicas contribuintes. Ia em direção à sua sala; havia colegas parados no corredor, conversou com eles. Quando entrou em sua sala, o delegado Dr. Daniel lhe deu voz de prisão, sob a alegação de haver 20 mil reais dentro da caixa. O acusado rebateu dizendo que era um livro e tentou lembrar do rosto de Daniel, por achar se tratar de alguma brincadeira de amigos. Aí, então, chegou o Dr. Alexandre Castilho e o Dr. Alexandre Mafetano e também os investigadores de polícia, momento em que o réu percebeu que não se tratava de uma brincadeira e devia haver, realmente, dinheiro dentro da caixa. O réu perguntou o que iria acontecer dali pra frente e o Dr. Daniel informou que se o réu se mantivesse calmo não lhe algemariam e o conduziriam para a delegacia de polícia. Em seguida, foram ao gabinete do delegado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tributário. Este não se encontrava. Seguiram até à sala de videoconferência, onde o réu conversou com o delegado tributário e explicou o que estava acontecendo, retornando todos ao gabinete. Ali permaneceram o réu, o Dr. Castilho, Dr. Daniel e o delegado tributário Sérgio Augusto. O Dr. Castilho abriu a caixa e lá haviam notas de dinheiro marcadas e aí, ficaram um período, tendo chamado Diego para acompanhar a apreensão na mesa e no armário de trabalho do réu. Acompanhou a apreensão de tudo. Após, foram para a delegacia de polícia. Lá, não ficou nem um minuto a sós com o Dr. Daniel e em nenhum momento assumiu que havia dinheiro na caixa e nem confessou nada. Ficou a sós menos de um minuto com Dr. Daniel, momento em que lhe foi dada voz de prisão. Quando chegou à delegacia de polícia, ficou o tempo todo em uma sala com o Dr. Mafetano, o qual perguntava várias coisas. Inclusive, chegou a ajudar a separar o que era pertinente, o que era de pessoa física, o que era de empresa e o que era operação Boomerang. O tempo todo o Dr. Mafetano e Daniel estavam com o réu. Nesse ínterim, o advogado do réu chegou. Tarde da noite, após recolhidos os telefones e antes de levarem o réu para a carceragem, este pediu para dar um telefone para sua esposa, tendo usado o telefone de seu advogado. Avisou a esposa, Cláudia, que haviam localizado uma caixa com dinheiro em seu trabalho e não sabiam de quem era a caixa, razão pela qual recolheram cerca de 30 fiscais para apurar qual deles seria o proprietário e falou para ela ficar tranquila e que amanhã faria contato novamente. Em seguida, Dr. Daniel o conduziu até a cela, tendo feito pedido por ofício para que o réu ficasse em cela separada, a fim de garantir sua integridade física. Dr. Daniel o acompanhou pessoalmente até a carceragem. Explicou que o Livro Fiscal Modelo 6, chamado de forma mais completa de Registro de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência, solicitado a vítima possui uma única função que é lavrar o termo de início e encerramento dos trabalhos. Sem este livro não é possível encerrar o trabalho. Todavia, não possuía nenhuma informação relevante para calcular a multa a ser aplicada ou, ainda, para o enquadramento da infração. Imaginou que dentro da caixa estava somente esse Livro modelo 6 e mais algum documento para justificar a diferença de estoque. Indagado pelo juízo, afirmou que o prazo de 180 dias está previsto na Lei Complementar nº 939/2003 e é exigido pela Administração. Em razão de já ter sido coordenador várias vezes, por coerência, tenta sempre cumprir esse prazo. É um prazo que o delegado, o coordenador e o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inspetor cobram. Existe uma margem de discricionariedade, pois depende da agilidade com que o contribuinte atende as notificações. Dentro do possível, os fiscais tentam atender esse prazo, mas muitas vezes extrapola. Em relação ao WhatsApp, geralmente, prefere resolver por ligação e resolver na hora. Entretanto, hoje é comum falar por WhatsApp. Quem iniciou a conversa por WhatsApp foi Mauro, no dia 8 de Junho, e o interrogando achou que com Mauro tal meio de comunicação funcionaria melhor. Não há nenhuma proibição legal para isso. Em nenhum momento chegou a falar a respeito de uma multa de mais de 3 milhões sem embasamento seguro, até mesmo porque na reunião do dia 31 de agosto, em que o réu teria supostamente mencionado essa multa, não possuía elementos para chegar a uma estimativa. Além disso, seria muito leviano antecipar valores com tamanha precisão sem colocar numa planilha de demonstrativo de débito fiscal. Esta é incorporada ao programa que gera o auto de infração. Somente quando os valores são lançados mês a mês é que o sistema calcula a atualização monetária do imposto e da multa e os juros de mora. Quem calcula esses valores é o sistema, não havendo como calcular a multa com a precisão que foi alegada de R\$3.312.000,00. Disse, ainda, que um item do auto de infração era relativo a produtos que a empresa deu saída e sobre os quais deveria incidir imposto. Mauro entendia que tais produtos estavam sujeitos a um regime diferenciado de tributação, chamado de substituição tributária, e, portanto, não estariam sujeitos ao pagamento do imposto, quando, na verdade, esses produtos não estavam enquadrados no regime especial de tributação. Esse item consistia na mesma acusação que fora imposta na fiscalização anterior. Mauro reconheceu o erro e pagou o auto de infração. O segundo item foi relativo à diferença de estoques, que consiste em verificar, por exemplo, todas as entradas e saídas de mercadorias ao longo de um exercício fiscal e comparar com o inventário apurado no final do exercício. Então seria o estoque inicial com o final, mais o que entra e o que sai. A partir desses parâmetros apura-se se o contribuinte deixou de emitir nota fiscal de entrada ou de saída, basicamente. Com relação à multa que uma empresa do porte da de Mauro poderia ter que pagar caso constatadas irregularidades, afirmou que a partir de novembro, em relação ao primeiro item, ele já possuía um valor, que seria de aproximadamente 15 mil reais a serem pagos à vista. Já o outro item, ainda não tinha como prever. Não havia como prever o montante do auto de infração. Não dava para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

saber o valor da multa com relação ao outro item. Nos encontros/tratativas, não houve nenhuma discussão. Apenas no dia 31, Mauro demonstrou bastante contrariedade quando o réu não aceitou notas que ele apresentou. Eram de catadores de lixo, etc. Mauro colocou os documentos dentro da caixa de forma “brusca”. Sérgio, contador da empresa, também insistiu diversas vezes que o réu aceitasse que fossem substituídos os arquivos, demonstrando-se também contrariado quando o réu respondeu de forma negativa. Houve, portanto, um descontentamento de Sérgio nos dois encontros e de Mauro no dia 31 de agosto. Indagado pelo juízo sobre qual motivo teria levado Mauro a colocar dinheiro na caixa ao invés do Livro Modelo 6, afirmou que duas hipóteses lhe passam à cabeça: uma é de que Mauro estaria tentando fugir de uma nova autuação e, a outra, seria de que Sérgio tinha medo de ser responsabilizado pela nova autuação da empresa e vir a perder seu cliente. Entretanto, não pode afirmar nenhuma das hipóteses com certeza. Nunca foi preso ou processado antes. Não tem nada contra as testemunhas. Acrescentou, por fim, que houve várias reuniões com Mauro e Sérgio, mas, efetivamente, de trabalho, houve apenas uma reunião, que foi no dia 31 de agosto. Os encontros do dia 08 e 29 foram apenas para entrega de documentos, o que poderia ter sido feito por um motoboy, um funcionário do escritório ou o contador. Por acaso, foi o próprio Mauro quem foi. Já as reuniões com Sergio em meados de setembro e 26 de outubro foram solicitadas por ele (Sérgio) e Mauro. Não foram agendadas pelo réu. Questionado pela acusação, disse acreditar que a fiscalização ainda está ocorrendo porque foi iniciada do zero, provavelmente a partir de fevereiro/março 2017. O novo fiscal não tem conhecimento do trabalho até então realizado pelo interrogando, pois toda a documentação está apreendida. Sempre que solicitava algum livro a Mauro, era notificado, documentado. Foram feitas notificações no dia 01 de junho e 22 de junho. O livro modelo 6 constava da primeira notificação. Teve dois encontros com o contador Sérgio, um em meados de setembro, e outro em 26 de outubro. Não conhecia Mauro antes do início da fiscalização. No dia 09 de novembro devolveu o Livro Registro de Inventário para Mauro, pois já havia obtido as informações que precisava dele. Nesse mesmo dia, Mauro estaria trazendo o Livro do novo endereço que era da Rua Bahia, pois ele não havia localizado o livro original do primeiro endereço. O réu havia dito a Mauro que, caso não encontrasse o livro original,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

poderia trazer o da Rua Bahia. Ao final da reunião, solicitou novamente que trouxesse o livro original, aquele que a fiscal Maria Thereza pegou e devolveu na empresa. Entretanto, se não achasse ficaria valendo esse novo. Se achasse o original, seria melhor. Afirmou, ainda, que o protocolo de recebimento de documento é a garantia da pessoa que está entregando essa documentação; quando a pessoa prepara um protocolo, os fiscais verificam na hora e atestam o que está sendo recebido. Quando a pessoa não pede, “fica na confiança”. Alega que consigo nunca houve nenhuma reclamação no sentido de extravio. Acrescentou que existe um formulário que muito raramente se utiliza. Normalmente, o contribuinte, quando quer um protocolo, já traz do escritório um protocolo feito por ele; o fiscal apenas verifica o que está sendo apresentado e assina. Quando não traz, não se tem por costume usar esse protocolo. Não usou nenhuma vez esse protocolo com Mauro. Em nenhum momento da reunião do dia 09.11, Mauro disse ao réu que havia dinheiro na caixa; não que o réu se lembre, ou tenha ouvido/percebido. Os contribuintes a serem fiscalizados são escolhidos através de dois procedimentos, um feito em São Paulo e outro que é feito dentro da própria DRT. Nesses procedimentos, por meio do sistema, são identificadas empresas que possuem comportamento divergente do setor em que elas atuam. Assim, existe um comportamento econômico fiscal de contribuintes do comércio atacadista de materiais de construção, no qual Mauro se enquadra. Aqueles contribuintes que se distanciam desses parâmetros são objeto de fiscalização. Afirmou que o trabalho referente ao Depósito Cardoso já estava com a colega Maria Tereza desde 2015. Era coordenador na época, ocasião em que distribuiu o trabalho para ela e pediu para que o iniciasse. Maria Tereza foi até à empresa, obteve o livro fiscal modelo 6 e devolveu o livro à empresa. Um mês e pouco após, o réu deixou de ser coordenador e não mais acompanhou a execução do trabalho. No final de maio/2016, Marco Antônio, atual coordenador da equipe, informou ao réu que o trabalho estava parado há muito tempo e solicitou que o réu o desenvolvesse. A partir de junho, o réu começou a fazer o trabalho. Indagado sobre Maria Tereza estar fiscalizando a empresa o avítima desde 2015, explicou que ela não estava fiscalizando, mas sim cumprindo um procedimento formal de ir à empresa solicitar o livro e devolvê-lo. Portanto, não solicitou nenhum documento a Mauro, o que só foi feito pelo réu a partir Junho. É comum ultrapassar o prazo de 180 dias estabelecidos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

em lei, 90 dias prorrogáveis por mais 90 dias. Depende do porte da empresa, por exemplo, no caso da Petrobras, é impossível concluir o trabalho em menos de um ano. Dependendo do porte pode ser até em menos tempo, inclusive. Com contribuintes maiores, às vezes, passa de um ano. É muito comum haver diálogo constante com o contador, o proprietário da empresa ou o representante legal. Dependendo do porte da empresa, são necessárias 10 a 15 reuniões para esclarecer dúvidas que possam surgir durante o trabalho. Em empresas menores, a necessidade de reuniões é bem menor, até mesmo porque atualmente muitas informações estão disponíveis na intranet da Secretaria da Fazenda. No caso de Mauro, houve efetivamente uma reunião de trabalho que foi no dia 31 de agosto. Nos outros dias (08 e 29) foi apenas para entregar documentos. Normalmente, quem faz a entrega é o contador ou o motoboy. Nesse caso, entretanto, era o próprio Mauro quem levava os documentos, dentro de caixas “box”, igual àquela em que estava o dinheiro, variando apenas entre papel e plástico, mas muito semelhantes umas às outras. Quando estava encerrando a reunião do dia 31 de agosto, onde o réu não havia aceitado as justificativas de Mauro, este disse que seu contador entraria em contato para explicar mais detalhes, reforçar os procedimentos e provar ao fiscal que a empresa não sonegava. Então, Sérgio ligou para o réu em meados de setembro e, depois, novamente, próximo ao dia 26 de outubro. Disse que embora tenha achado as duas propostas de encontro em um local reservado peculiar, não houve uma insinuação direta de algo. Na reunião com o Mauro, após os diálogos com Sérgio, definiram algumas datas fins de pagamento do auto de infração, pois Mauro queria postergar o máximo possível. Aduz que definiram o dia 05 de janeiro para efetuar o pagamento do auto de infração. Conversaram também sobre as datas de entrega do livro original (dia 30) e, depois, sobre as da entrega dos SPEDs para que o réu verificasse se os valores que Sérgio (contador) havia levantado estavam de acordo com os que haviam sido encontrados no auto de infração. Por fim, marcaram uma data em que Mauro levaria o protocolo de transmissão desses SPEDs e a GARE, consistente no comprovante de recolhimento do auto de infração para o réu poder juntar e dar baixa no auto. No dia da prisão, não saiu algemado da Secretaria da Fazenda. Questionado sobre propostas de delação, afirmou que no momento em que a caixa foi deslacrada o Dr. Alexandre Castilho disse que estavam abertos para negociação, momento em que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

o réu ficou em silêncio, pois estava em choque. Na delegacia de polícia, O Dr. Alexandre voltou a mencionar essa proposta na presença de outras pessoas, entretanto, não esticou muito a conversa. Soube que, após, houve contato com o seu advogado para fazer essa oferta. Ficou sabendo da menção a uma organização criminosa dentro da DRT apenas através da denúncia oferecida. Disse que houve uma coincidência entre o prazo que o interrogando informou a Sérgio (contador) como lapso para concluir o trabalho (180 dias) e o suposto pedido de propina. Não sabe se utilizaram esta informação na hora de conversarem com ele para que ele entendesse 180 mil reais ao invés de 180 dias. Houve identidade entre o prazo de 180 dias e o valor de 180 mil. Indagado sobre a possibilidade de Sérgio (contador) ter “vendido” o réu para Mauro, respondeu que tem suas hipóteses, mas não pode afirmar nada. Descreveu sua sala de trabalho como sendo um espaço grande com divisórias baixas, sem portas, ficando um fiscal ao lado do outro, cerca de 40 fiscais. No dia da prisão havia muito contribuinte pessoa física. Era para essa sala coletiva que o réu estava indo com a caixa. Havia cerca de 60 pessoas, dentre elas fiscais e contribuintes. Indagado sobre a possibilidade de uns verem as mesas dos outros, afirmou que havia uma mesa de reunião, onde 2 ou 3 fiscais atendiam os seus respectivos contribuintes, além das baias com divisórias baixas.

Inobstante a negativa do réu, sua exculpatória não convence, vez que não guarda coerência com a dinâmica dos fatos comprovados nos autos.

As declarações do acusado são isoladas e contrariadas pela prova oral colhida, bem como pela mídia da conversa travada por ele e pela vítima em 01 de novembro de 2016 e pela mídia e laudo de degravação da conversa envolvendo a vítima e o réu no dia 09 de novembro de 2016 (fls. 492/529), portanto, não guardando correspondência com a realidade, vez que sua narrativa destoa do que foi apurado durante a instrução criminal. Assim, seus argumentos se mostram inverossímeis.

Os diálogos registrados comprovam a solicitação de vantagem indevida pelo réu.

Na conversa do dia 01 de novembro de 2016 é possível constatar que o acusado pergunta para a vítima Mauro se Sérgio, seu contador,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

havido falado com ele, revelando a dinâmica dos fatos narrada pela vítima e por Sérgio Luiz Marioto em juízo (degravação a fls. 102)

Em seguida, nota-se, nitidamente, a negociação de valores entre o acusado e a vítima (degravação feita pelo Ministério Público a fls. 103):

1 – (13:44 É, informação tá errada, né, cara, não tem mais como arrumar

2 – (13:46)... corrigir isso pra você poder tentar...

1- (13:54) Então, o Sérgio me passou o valor de 180, que ce tinha pedido pra ele. O problema é o final de ano, cara. 31 do 10, tem décimo terceiro, tem que pagar férias e salário. Ce consegue fazer pra ele, pra poder... pelo menos dou sinal pro cê, e outra pergunta pra fazer pra você, quando cê vai lavrar essa multa, qual é esse tempo que nós vamos ficar...

2 – (14:49 Você vai ter tempo...

1 – Tá

2 – (i)

1 – (14:27) Quinze mil

2 – (14:31) ... quinze mil ... mas eu vou ver isso..

1 – (14:52) Não, quinze conto tá limpo.

O acusado sustenta que o valor de R\$15.000,00 mencionado na referida conversa se trataria apenas de uma estimativa do valor a ser recolhido a título de multa, quanto a um dos itens que constariam do auto de infração. Quanto ao valor de 180, alega que houve uma manipulação por parte da vítima, vez que esse número, que teria sido o valor solicitado a título de propina, seria o prazo de 180 dias que a legislação prevê para o encerramento do procedimento de fiscalização. Asseverou também que não sabia que havia dinheiro dentro da caixa que a vítima lhe entregou no dia 09 de novembro de 2016, pois esperava o livro solicitado à vítima. O réu atribui a versão da vítima e da testemunha



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sérgio Luiz a um descontentamento com a fiscalização por ele conduzida e do propósito de não pagar a multa (Mauro) e de não perder o cliente e não ser responsabilizado pelas irregularidades fiscais verificadas (Sérgio).

Pois bem.

Essa versão mostra-se pouco crível, conforme destacou o magistrado sentenciante:

Mostra-se pouco crível que um empresário e seu contador animassem-se a engendrar diabólico plano para incriminar um fiscal tributário que nenhuma relação de inimizade com eles possuía. Menos crível, ainda, é que tais pessoas formalizassem declarações perante o Ministério Público dando conta do crime (fls. 70/77 e 91/96) e participassem de um teatro para conseguir a prisão em flagrante do réu. E mais! Continuassem a sustentar a mesma versão em juízo.

Ora, autuações fiscais, com imposição de multa, podem ser discutidas administrativa e judicialmente. O risco de formular uma acusação falsa e, pois, criminosa, de corrupção passiva contra um fiscal não se coaduna com a ampla possibilidade de impugnar a autuação.

[...] Mas, ainda que se considerasse a versão deduzida pelo réu, temos que as provas produzidas desmentem-no flagrantemente.

Além da conversa acima mencionada (dia 01.11.2016), nota-se, na conversa gravada entre o réu e a vítima, na data de 09/11/2016, que Mauro expressamente menciona que na caixa de arquivo há dinheiro (R\$ 20.000,00 divididos em quatro pacotes de R\$ 5.000,00), o que foi compreendido por Marcelo (laudo pericial de degravação fls. 502 e 511/512).

Assim, a versão do réu de que não sabia que na caixa havia dinheiro restou totalmente desmentida.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Além disso, a assertiva de Marcelo no sentido de que acreditava que em referida caixa estaria o livro modelo 6 ou algum outro documento que poderia ter solicitado à vítima também foi desmentida pelo teor da gravação audiovisual realizada quando de sua prisão (09.11.2016). Nota-se que em tal diálogo o réu aduz que precisa pegar o referido livro com a vítima (fls. 515). Ora, se referido livro estivesse na caixa, qual a razão de solicitá-lo na ocasião?

Chama atenção que Marcelo não tenha aberto a caixa na presença de Mauro e verificado seu conteúdo. Se tratava apenas de livro e documentação anteriormente solicitada, o normal seria checar se havia sido atendida a notificação para possibilitar o prosseguimento do trabalho de fiscalização, o qual, nas próprias palavras do réu, estava com o prazo regulamentar prestes a se esgotar.

A assertiva do réu no sentido de ocorrência de manipulação por parte do interlocutor (vítima), identificando-se o pretense valor solicitado a título de propina com o prazo de 180 dias que a legislação prevê para o encerramento do procedimento fiscalizatório carece de qualquer lastro probatório (e mesmo refoge às regras ordinárias de experiência), conforme fundamentação acima expendida, sendo de ressaltar-se que, neste ponto, o ônus probatório incumbia à Defesa (art. 156 CPP). Somente o sugestionamento do réu não basta.

Também não merece guarida a tese de eventual confusão entre o prazo de 180 dias para o encerramento do procedimento fiscalizatório e o valor de R\$ 180.000,00. Ora, as conversas gravadas deram-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

se entre pessoas capazes e com nível educacional superior. Não se confunde dias com dinheiro! Aliás, como exaustivamente mencionado, nas conversas gravadas, a vítima Mauro refere-se expressamente a numerário, não havendo menção a prazo para encerramento do procedimento fiscalizatório.

Por fim, a alegação de Marcelo no sentido de que os R\$ 15.000,00 mencionados na conversa de 01.11.2016 seriam uma estimativa do valor a ser recolhido a título de multa quanto a um dos itens que constariam do auto de infração também não convenceu, pois, na sequência da mesma conversa, Mauro diz que conseguiria os tais quinze mil reais para Marcelo na quarta-feira seguinte, para, pelo menos, “dar um início”. Também pergunta se Marcelo não conseguiria melhorar o valor (mídia e degravação realizada pelo Ministério Público a fls. 104).”

Portanto, por óbvio que não se trata de valor de multa, pois esta é recolhida no sistema bancário e tem como destinatário o Estado e não o fiscal. A menção à melhoria do valor demonstra uma negociação sobre a vantagem indevida solicitada, o que se amolda ao depoimento da vítima, evidenciando que ela tentou negociar com o réu o valor da primeira parcela, que acabou ficando avençada em R\$20.000,00 (vinte mil reais).

O dinheiro foi solicitado indevidamente e em razão da função pública exercida por Marcelo.

Não se trata de condenação por presunção, mas sim com a certeza que se pode alcançar. A certeza plena e incontestável é impossível de ser alcançada em qualquer processo criminal. A instrução visa colher elementos suficientes para que o julgador possa formar o seu convencimento; prova suficiente nada tem a ver com mero arbítrio, pois o Magistrado tem o dever constitucional de fundamentar suas decisões. O que não se concebe é brindar com absolvição por insuficiência de provas pessoas desonestas que, de forma ardilosa, tentam subverter a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

verdade e, por via de consequência, ludibriar a Justiça.

Neste diapasão, cabia ao recorrente, conforme disciplina o art. 156, do Código de Processo Penal, trazer provas aos autos que infirmassem a acusação, que está bem escorada, o que não ocorreu. Ou seja, tamanha é a prova a desfavorecer o acusado que, somente se a desconstituísse, poderia ser absolvido.

Destarte, no caso dos autos, de rigor, a condenação do réu, como incurso no artigo 317, § 1º, do Código Penal, nos termos da r. sentença guerreada, vez que as provas carreadas aos autos demonstram que o acusado deixou de praticar, ou ao menos retardou por tempo razoável, ato de ofício, isto é, a lavratura de multa nos parâmetros adequados.

Passo à dosimetria da pena.

Na primeira fase, sopesados os critérios do artigo 59, do Código Penal, inobstante o réu seja primário e possua bons antecedentes, as circunstâncias do crime fazem entender que sua culpabilidade se mostrou superior àquela normalmente presente na espécie.

Isto porque, Marcelo prolongou indevidamente a fiscalização tributária por razoável lapso temporal e lançou a esmo o valor da suposta multa devida, exorbitando-o antes de utilizar-se de programa de computador específico da Secretaria da Fazenda) com o fito de eliminar do espírito da vítima qualquer resistência quanto ao pagamento da vantagem indevidamente solicitada. Além disso, combinou o recebimento de valores na própria repartição pública, quando presentes diversos outros colegas seus e contribuintes. Orientou a vítima a trazer o numerário em caixa de arquivo normalmente utilizada para a entrega de documentos de interesse da fiscalização. Tudo com a intenção de escamotear seu intento criminoso e receber sorrateiramente o dinheiro.

Destarte, assiste razão parcial ao Parquet. Assim majoro a pena de 1/3, ficando em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses, e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Na segunda fase, mantém-se a pena no mesmo patamar, vez que ausentes agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, inexistem causas de diminuição de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pena, mas verifica-se que está presente a causa de aumento de pena prevista no § 1º do artigo 317, do Código Penal. Assim a reprimenda é exasperada em 1/3, resultando em 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias, e 17 (dezesete) dias-multa.

Outrossim, não merece guarida o pedido da defesa para que seja afastada a causa de aumento de pena supracitada, porquanto restou provado que o réu retardou e deixou de praticar ato de ofício, ao deixar de elaborar o auto de infração, pois como ele próprio confessou em juízo, já tinha todos os elementos necessários para tal formalização.

O valor do dia-multa deve ser mantido tal como fixado, ou seja, no valor unitário de ½ (meio) salário-mínimo vigente ao tempo do fato, considerada a situação econômica do réu, que é fiscal de renda e auferir rendimentos significativamente superiores à média nacional, além de possuir patrimônio apto a suportar o pagamento de tal quantia, segundo se infere de fls. 116/117.

Por fim observado o disposto no artigo 33, § 3º, cc. artigo 59, ambos do Código Penal, o regime inicial de cumprimento de pena deverá ser o semiaberto.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que a existência de vetores desfavoráveis na primeira fase da dosimetria da pena justifica a imposição de regime mais severo do que a pena imposta admite, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal (HC 137.101-SP, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 28/03/2017)

E nem se alegue que por ser primário e observado o “quantum” de pena, o acusado faria jus a regime mais brando, vez que as circunstâncias são desfavoráveis, pois demonstram personalidade e atitude com grave deformação, além de utilizar seu cargo de relevo para atingir fins ilícitos, o que, conforme observado pelo D. Procurador de Justiça, por si só, já justifica a fixação de regime mais gravoso.

Inobstante, entendo que foi bem justificada a substituição da privativa de liberdade pelas restritivas de direitos. Bem ou mal, trata-se de réu primário e sem antecedentes, sendo o crime cometido sem violência ou grave ameaça, de modo que, na forma como fixadas as substitutivas, tudo leva a crer



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que poderão ser implementadas as finalidades da pena de prevenção geral e especial.

Consigno, por oportuno, que o Julgador não está obrigado a responder todas as questões das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou sobre a desnecessidade da menção expressa aos textos de lei em que se baseia o acórdão, mediante sua Corte Especial, no sentido de que a violação a determinada norma legal ou dissídio sobre sua interpretação, não requer, necessariamente, que tal dispositivo tenha sido expressamente mencionado no v. acórdão do Tribunal de origem. Cuida-se do chamado prequestionamento implícito (REsp nºs 81.682/PE, 144.844/RS e 155.321/SP).

Assim, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional, uma vez que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica de dispositivos legais que a decisão tenha se fundado, bastando, portanto, que a questão posta tenha sido decidida fundamentadamente, tal como realizado.

Desta forma, **REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGO PROVIMENTO ao recurso da defesa e DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso ministerial para exasperar a pena em 1/3 na primeira fase da dosimetria e fixar o regime semiaberto para início de cumprimento de pena,** mantida, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau inclusive quanto à substituição da corporal por restritivas (bem fundamentadas a fl. 942).

XISTO RANGEL

Relator