



ACÓRDÃO N.º

PROCESSO N.º 0008763-33.2013.8.14.0401

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CRIMINAL ISOLADA

RECURSO: APELAÇÃO PENAL

COMARCA: BELÉM/PA

APELANTE: AURÉLIO COLAÇO MARACAJÁ (ADVS. BENEDITO MARQUES DA ROCHA E ANA CRISTINA FERRO MARTINS)

APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA

PROC. DE JUSTIÇA: DR. ALMERINDO JOSÉ CARDOSO LEITÃO

RELATORA: DESA. VÂNIA LÚCIA SILVEIRA

APELAÇÃO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, II, E IV E ART. 12, I DA LEI N.º 8.137/90, SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. REJEITADA. ALEGAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INEXISTENTE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. ACUSADO COM 70 ANOS À ÉPOCA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. PROCEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Para o oferecimento da denúncia pelo cometimento de crime contra a ordem tributária, basta que o crédito tributário esteja definitivamente constituído na esfera administrativa, sendo indiferente para o Direito Processual Penal o fato de o acusado ter impugnado o crédito na esfera cível da jurisdição. Precedentes.

2. Se a pena foi fixada em um patamar acima de 03 (três) anos de reclusão e, não tendo sido ultrapassado o prazo previsto no art. 109, IV do CP, não há que se falar em extinção da punibilidade pela prescrição;

3. Estando presente a circunstância atenuante prevista no art. 65, I do CP, qual seja, ter acusado 70 anos na data da sentença penal condenatória, deve a pena ser diminuída e, refeitos os cálculos posteriores, sendo mantidos o regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;

4. Recurso conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto da Des. Relatora.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Excelentíssimos Desembargadores componentes da 1ª Câmara Criminal Isolada, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Sala de Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos dezenove dias do mês de abril de 2016.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Maria Edwiges de Miranda Lobato.

Belém/PA, 19 de abril de 2016.

Desembargadora VÂNIA LÚCIA SILVEIRA



Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Penal interposta pelo réu AURÉLIO COLACO MARACAJÁ, objetivando reformar a decisão da 13ª Vara Criminal de Belém/PA que o condenou à pena de 03 (três) anos 10 (dez) e 19 (dezenove) dias de reclusão e multa de 140 (cento e quarenta) dias-multa pela prática dos crimes tipificados nos artigos. 1º, I, II e IV e 12, I da Lei 8.137/90 c/c artigos 71, caput do Código Penal.

O denunciado é apontado como sócio majoritário e administrador do estabelecimento CASA DAS MÁQUINAS DE COSTURA LTDA, perpetrou, segundo o auto de Infração e Notificação Fiscal nº 012006510000754-3 (Prova de materialidade delitiva) as infrações penais que correlatamente, também configuram a conduta criminosa, pois o contribuinte utilizou de crédito inexistente destacado em documento fiscal, onde não correspondia a uma efetiva operação de circulação de mercadorias. Crédito inexistente utilizado no livro de apuração, não registrado no livro de entradas nos anos de 2001 a 2004.

A empresa foi construída em 05/11/1979 pelo acusado e por sua ex-sócia Regina Gonçalves Barbosa. Regina se retirou da sociedade em 02/10/1980, passando então suas cotas para Terezinha de Lourdes Soares de Oliveira Colaço. O réu desde então, figura como sócio majoritário e administrador do estabelecimento infrator, que passou a ser uma sociedade familiar.

As infrações fiscais descritas no Ainf 012006510000754-3, configuram-se como crime contra a ordem tributária, no qual o denunciado por ter prestado declaração de débito fiscal a menor às autoridades fazendárias das Diefs mensais, por ter registrado créditos inexistentes no livro de apuração de ICMS, créditos esses destacados em documentos fiscais inidôneos. O ICMS se lança por meio de declaração do contribuinte (antiga Gief, Hoje Dief), tal qual o imposto de renda, ou seja, o contribuinte tem por obrigação tributária acessória positiva, adquirir mercadorias por meio de notas fiscais ou cupons fiscais relativos à saída, para depois registrar a saída das mercadorias de seu estabelecimento no livro de saída e no livro de apuração de ICMS.

As entradas e saídas de mercadorias devem ser também registradas em seus respectivos livros fiscais para se calcular o imposto correlatado no livro de apuração do ICMS, o que, se não for efetuado corretamente pelo contribuinte, como de fato ocorreu ao utilizar crédito indevido para obter no débito do ICMS, caracteriza o tipo penal descrito no inc. II do art. 1º da Lei 8.137/1990, tratando-se de crime-meio de falsidade documental por omissão.

Observa-se que o contribuinte inseriu elementos inexatos em livro exigidos pela lei fiscal quando registrou crédito indevido no livro de apuração de ICMS, assim deixou de recolher o ICMS, realmente devido em sua integralidade, o que além de falsidade em si, configura também crime-meio de apropriação indébita e de estelionato contra o Fisco estadual.



Após todos os registros dos livros, o contribuinte deve apresentar suas Diefs (antigas Giefs) mensais, em concretização ao lançamento do ICMS e pagamento consequente. Todavia como o increpado usou crédito indevido para apurar valor a menor do ICMS, foi esse valor reduzido que ele declarou falsamente em suas Diefs mensais, incidindo no crime em lume. As infrações espelhadas no Ainf 012006510000754-3 ocorreram mês a mês em todo exercício dos anos de 2001 a 2004, tratando-se de delito continuado, incidindo, dessarte, também, a majorante do art. 71, caput do Códex Penal.

Conforme documento anexo, o débito atualizado do contribuinte perfaz o valor de R\$ 457.846,98 (quatrocentos e cinquenta e sete mil e oitocentos e quarenta e seis reais e noventa e oito centavos)

Do crime continuado:

Outrossim, o Ainf reporta que o increpado praticou os crimes fiscais nos anos de 2001 a 2004, mês a mês, ou seja, as infrações fiscais mencionadas constituem o crime de forma continuada, nos termos do art 71, caput, do CP, em que as circunstancias de tempo, de lugar e outras semelhantes fazem presumir ficção legal a serem crimes subsequentes continuidade do primeiro.

Da incidência da majorante específica pelo grave dano à coletividade cominada no art. 12, inciso I da lei 8.137/1990.

O dano causado ao erário propicia, um atraso a concretização de políticas públicas destinadas à homogeneização e inclusão de vários serviços essenciais, à educação, à segurança pública ao saneamento básico e a tantos outros serviços e atividades estatais que deixam de ser prestados à população o que são com demasiada insuficiência por conta do desbaratamento do erário provocado por delitos desse jaez, a par da motivação desse crime questuário ser o execrável lucro fácil, por alguém que desfruta da riqueza amealhada no setor empresarial, cuja vida já é inegavelmente abastada, assentada na suntuosidade, incrementando negativamente a circunstância judicial da culpabilidade do réu.

Do dever de reparar o dano.

O dever de reparar o dano, a ser fixado em valor razoável e mínimo na sentença penal condenatória, decorre da alteração do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, efetivada pela Lei nº 11.719/2008.

O valor a ser considerado para a reparação mínima do dano é o do debito fiscal do acusado, que perfaz o montante de 457.846.98 que deverá ser atualizado no epílogo da instrução processual.

Dos pleitos ministeriais.

A citação do indigitado, a ser cumprida nos dois endereços domiciliares, para que possa apresentar resposta escrita no decêndio legal, a inquirição do testigo ínfero-arroladas pela defesa, para após, interrogar a ré, o pagamento do devido título de reparação de danos, que deverá ser idêntico ao valor do débito fiscal atualizado por ocasião do encerramento da instrução processual sem prejuízo da diferença a maior realmente devida pelo contribuinte que se encontra em execução na esfera judicial cível pela PGE-PA.

Em razões recursais, alega o apelante que não há pratica alguma de crime



a ser punida, vez que discute na via comum, a legalidade do crédito que originou a presente ação penal.

Diz que não praticou crime algum, conforme o posicionamento ao longo da instrução processual, mas se este Tribunal assim não entender, que reconheça o alcance da prescrição, tendo em vista a fixação definitiva da pena, incidindo sobre o caso a chamada prescrição retroativa.

Pugna então pelo conhecimento e provimento do apelo, para reformar integralmente a sentença de primeiro grau, reconhecendo-se que não houve qualquer crime na conduta do apelante ou aplicando-se a prescrição, declarando-se extinta a punibilidade do apelante.

E, por fim, caso sejam rejeitadas ambas as alegações, que a pena seja diminuída, tendo em vista a incidência da atenuante de ser o agente maior de 70 anos à época da sentença.

Em contrarrazões, o Ministério Público se manifesta pelo improvimento in totum do apelo.

Nesta Superior Instância, o douto Procurador de Justiça Almerindo José Cardoso Leitão manifesta-se pelo Conhecimento e Parcial Provimento do Recurso, a fim de que seja reconhecida a atenuante do art. 65, I, segunda parte, do CP.

É O RELATÓRIO.

À DOUTA REVISÃO.

VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

1. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. AUTO DE INFRAÇÃO QUE AINDA ESTÁ SENDO IMPUGNADO JUDICIALMENTE.

É de todo improcedente a alegação, tendo em vista que para o oferecimento da ação penal pelo crime contra a ordem tributária, basta que o crédito tributário já esteja definitivamente constituído na esfera administrativa, não importando os eventuais desdobramentos judiciais quanto à sua legalidade ou existência. Nesse sentido é a pacífica jurisprudência in verbis:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COMPROVADA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA. DESNECESSÁRIA SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS NÃO INFORMADAS NA DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 1º DA LEI Nº 8.137/90. CONSUBSTANCIADA FRAUDE E NÃO MERO INADIMPLEMENTO. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS. ART. 42 DA LEI Nº 9.430/93. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. IMPRESCINDIBILIDADE DE EXAME DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. REEXAME



DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SONEGAÇÃO DE VULTOSA QUANTIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 12, I, DA LEI Nº 8.137/90. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1- O Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar o habeas corpus nº 81.611/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence (DJU de 13/05/2005), firmou o entendimento, que posteriormente veio a ser seguido também nesta Corte, de que, nos crimes contra a ordem tributária, a constituição definitiva do crédito tributário e consequente reconhecimento de sua exigibilidade e valor devido configura uma condição objetiva de punibilidade, ou seja, se apresenta como um requisito cuja existência condiciona a punibilidade do injusto penal. 2- In casu, o crédito tributário no qual se baseou a ação penal já foi devidamente lançado pela autoridade fiscal, estando atualmente sendo executado pela Procuradoria da Fazenda Nacional por meio de Execução Fiscal nº 0005812-53.2006.4.2.5001 (Número antigo 2006.50.01.005812-4), razão pela qual integralmente preenchidos os requisitos para a propositura e prosseguimento da ação criminal. 3- Exige-se para a propositura da ação penal o lançamento definitivo do crédito tributário, condição que não pode ser confundida com a ausência de discussão sobre o débito fiscal. 4- A impugnação do débito na seara cível, embora possa ter consequências sobre o julgamento da lide penal, não obsta automaticamente a persecutio criminis, haja vista a independência da esfera cível e penal. 5- Na espécie, a suspensão da Ação Penal é medida de todo desnecessária, vez que a exceção de pré-executividade e demais recursos interpostos pelo recorrente foram rejeitados, tendo a Execução Fiscal prosseguido em seus ulteriores termos, sem o acolhimento da suposta nulidade alegada. A interposição de Recurso Especial, sem efeito suspensivo, não tem o condão de interromper o prosseguimento da ação executória, que inclusive encontra-se em fase avançada com a indisponibilidade dos bens do executado. 6- Reconhecida pelas instâncias ordinárias a regularidade do procedimento fiscal, alcançar conclusão diversa implicaria em inevitável revolvimento do arcabouço probatório, o que é vedado na via eleita, nos termos do que dispõe o enunciado 7. do Superior Tribunal de Justiça. 7- Esta Corte tem firme jurisprudência segundo a qual a incompatibilidade entre os rendimentos informados na declaração de ajuste anual e os valores movimentados no ano-calendário em conta bancária caracterizam presunção relativa de omissão de receita. 8- Consta dos autos, que o recorrido teria, no ano-calendário de 2000, realizado movimentação financeira da ordem de R\$3.000.000,00 (três milhões de reais), sendo que na declaração de ajuste anual apresentada constava um total de R\$28.223,12 (vinte e oito mil, duzentos e vinte e três reais e doze centavos) de rendimentos tributáveis. 9- Não identificados os valores creditados na conta bancária do contribuinte, há uma presunção legal, no sentido de que estes valores lhe pertencem, sujeitos, portanto, à incidência do IRPF. 10- A conduta de deixar de pagar tributo, por si só não constitui crime. Assim, se o contribuinte declara todos os fatos geradores à repartição fazendária, de acordo com a periodicidade exigida em lei, mas não paga o tributo, não comete crime, mas mero inadimplemento. O crime contra a ordem tributária pressupõe, além do inadimplemento, alguma forma de fraude,



que na espécie, consubstanciou-se em omissão de receitas na declaração de renda firmada pelo agravante. 11-É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a adequada pena-base a ser aplicada ao réu, bem como a ocorrência ou não do fato típico. Incidência do enunciado nº 7 da Súmula desta Corte. 12. Resta motivada a majoração da pena, nos termos do art. 12, I da Lei 8.137/90, em razão do grave dano a coletividade, compreendido na sonegação de vultosa quantia aos cofres públicos. Precedentes. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. 13. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1158834/ES, da minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 01/03/2013)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. REQUISITO ATENDIDO. ENCERRAMENTO PROCESSO ADMINISTRATIVO. Demonstrado que houve o encerramento do processo administrativo-fiscal e, portanto, que a obrigação tributária está definitivamente constituída, está atendido o requisito objetivo para a persecução penal, não havendo de se cogitar do trancamento de inquérito policial. Eventuais alegações de nulidades e irregularidades no âmbito administrativo devem ser feitas em via própria, que não o juízo criminal, sendo que o ajuizamento de ação autônoma de impugnação ao crédito somente induz à possibilidade de aplicação da suspensão do processo-crime, faculdade prevista no art. 93 do CPP. (HC 200804000144707, PAULO AFONSO BRUM VAZ, TRF4 - OITAVA TURMA, 04/06/2008)

Assim, descabe falar-se em falta de tipicidade in casu, já que o crédito tributário já restou definitivamente constituído na esfera administrativa, estando, inclusive, na fase de execução fiscal, conforme se vê na documentação de fls. 68/74.

2. DA INCIDÊNCIA DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO.

Segundo a apelação, de acordo com a pena fixada, houve a extinção da punibilidade, já que o prazo deve ser contado pela metade, pois o acusado tinha mais de 70 anos de idade à época da sentença.

Pois bem.

A pena privativa de liberdade definitiva foi fixada em 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão.

Para que haja a incidência na prescrição, neste caso, entre o período de recebimento da denúncia e a sentença penal condenatória, deve ter ultrapassado tempo suficiente para tanto. Segundo o art. 109, IV do CP, essa pena prescreve em 08 (oito) anos, mas como à época da sentença o recorrente era maior de 70 (setenta) anos, esse prazo é contado pela metade, conforme manda o art. 115 do mesmo Diploma Legal, de modo que, o prazo prescricional é de 04 (quatro) anos.

Como a denúncia foi recebida no dia 28.05.2013 e a sentença penal



condenatória foi exarada no dia 31.03.2015, é possível observar que não se passaram nem dois anos nesse interstício, sendo certo afirmar que não houve a incidência da extinção da punibilidade neste caso, pelo que, rejeito mais essa alegação.

3. DO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, I DO CP.

Merece provimento o recurso neste ponto.

Após fixar a pena base em desfavor do recorrente, deveria o magistrado sentenciante ter atenuado a pena, em razão de ser o recorrente maior de 70 anos ao tempo da sentença.

Assim, passo à aplicação da atenuante e ao recálculo da pena.

Ao determinar a pena base, o juízo a quo obrou com acerto e fixou a reprimenda em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, com o pagamento de 90 (noventa) dias-multa. Havendo a circunstância atenuante por ser o recorrente maior de 70 anos à época da sentença, atenuo a pena em 06 (seis) meses, passando ao patamar de 02 (dois) anos de reclusão, com o pagamento de 90 (noventa) dias-multa.

Devem ser mantidas as demais cominações contidas no decisum, pelo que agravo a sanção em 1/3, em razão da agravante prevista no art.12, I da Lei n.º 8.137/90, passando ao quantum de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, com o pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa.

Na terceira fase da dosimetria, a sanção foi aumentada em 1/6, pelo que fixo-a em 03 (três) anos, 01 (um) mês e 09 (nove) dias, com o pagamento de 140 (cento e quarenta) dias-multa, tornando-a definitiva neste patamar.

Ficam mantidos o regime inicial de cumprimento de pena aberto e a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da sentença condenatória, quais sejam, uma de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas e uma pena de multa, a ser aplicado pelo Juízo da Execução Penal.

Diante do exposto, corroborando o ilustre parecer ministerial, conheço do recurso, e **DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, a fim de reconhecer a circunstância atenuante prevista no art. 65, I do CP e, por esse motivo, recalcular a pena aplicada, mantendo os demais termos do decisum recorrido, tudo nos termos da fundamentação.

É O VOTO.

Belém, 19 de abril de 2016.

Desa. **VÂNIA LÚCIA SILVEIRA.**
Relatora