



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ
SEÇÃO DE DIREITO PENAL
Gabinete Desembargadora Rosi Maria Gomes de Farias

ACÓRDÃO N.º.

PROCESSO N.º: 0002204-10.2015.8.14.0201

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª TURMA DE DIREITO PENAL

COMARCA DE ORIGEM: BELÉM/PA (13ª VARA DE CRIMES CONTRA O CONSUMIDOR E A ORDEM TRIBUTÁRIA)

RECURSO: APELAÇÃO PENAL

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

PROMOTOR DE JUSTIÇA: FRANCISCO DE ASSIS SANTOS LAUZID

APELADO: JOSÉ RODRIGUES MARTINS GOMES.

ADVOGADOS: FRANDEDULCE ESTEVES COELHO E ELY FÁTIMA OLIVEIRA DE SOUZA

PROCURADOR DE JUSTIÇA: RICARDO ALBUQUERQUE DA SILVA

RELATOR (A): DESEMBARGADORA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.

APELAÇÃO PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISOS I E II, C/C ART. 12, INCISO I, AMBOS DA LEI N.º 8.137/1990, C/C ART. 71, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, COM FULCRO NO ART. 386, INCISO VII, DA LEI ADJETIVA PENAL. SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO CONDENATÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. REFORMA DA SENTENÇA. CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, NOS TERMOS DO VOTO DA DESA. RELATORA. DECISÃO UNÂNIME.

1. Para a encetadura da persecução penal nos crimes materiais contra a ordem tributária, basta o encerramento do âmbito administrativo, com o devido lançamento definitivo do débito, segundo preconizado no verbete sumular vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal Federal, assim redigido: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da lei n.º 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. Na hipótese sub judice, verifica-se que o crédito foi constituído na esfera administrativa, e o conseqüente reconhecimento de sua exigibilidade (an debeat) e valor devido (quantum debeat), com a inscrição do débito na Dívida Ativa, conforme fls. 101, cujo valor do imposto devido, atualizado até 20/02/2017, soma a quantia de R\$ 2.149.511,79 (dois milhões, cento e quarenta e nove mil, quinhentos e onze reais e setenta e nove centavos);
2. Na espécie, nota-se que a autoria delitiva encontra-se sobejamente comprovada, na medida em que o apelado José Rodrigues Martins Gomes, atuava, à época, com exclusividade, na condição de sócio e administrador da empresa contribuinte, respondendo, por esta razão, pessoalmente, por obrigações tributárias, cíveis e penais;
3. Não há falar em ausência de dolo na conduta perpetrada pelo réu, uma vez demonstrada, à saciedade, sua nítida intenção de fraudar o fisco



estadual, de forma, inclusive, continuada, ao efetuar a saída de mercadorias do estabelecimento infrator, durante todo o exercício fiscal-contábil de 2005, que compreende o período de Janeiro/2005 à Dezembro/2005, sem a emissão de documento fiscal idôneo, qual seja, notas fiscais de saídas de mercadorias, suprimindo, conseqüentemente, o ICMS devido. Desta forma, restou devidamente comprovada a conduta típica descrita na denúncia, não havendo que se falar em insuficiência de provas para a condenação, pelo que dou provimento ao recurso ministerial e, por conseguinte, condeno o apelado JOSÉ RODRIGUES MARTINS GOMES às sanções previstas no art. 1º, I e II, c/c art. 12, inciso I, ambos da Lei 8.137/90 c/c art. 71, caput, do Código Penal Brasileiro. Assim, a dosimetria da pena, foi realizada nos termos do art. 59 do CP;

4. Recurso conhecido provido, nos termos do voto da Desa. Relatora.

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Desembargadores componentes da 1ª Câmara Criminal Isolada, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e, dar-lhe provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Sala de Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 04 (quatro) dias do mês de dezembro de 2018.

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

Belém/PA, 04 de dezembro de 2018.

Desembargadora ROSI MARIA GOMES DE FARIAS
Relatora

Vistos e etc.

Acordam, as Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras componentes da 1ª Turma de Direito Penal, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos dias do mês de do ano de dois mil e dezoito.

Julgamento presidido pela Exmª Srª Desª. Mª Edwiges Lobato.

Belém/PA, 04 de dezembro de 2018.

Desa. ROSI MARIA GOMES DE FARIAS
Relatora



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ
SEÇÃO DE DIREITO PENAL
Gabinete da Juíza Convocada Rosi Maria Gomes de Farias

PROCESSO N.º 0002204-10.2015.814.0201
APELAÇÃO PENAL
SEÇÃO DE DIREITO PENAL
COMARCA DE ORIGEM: BELÉM/PA (13ª VARA CRIMINAL DE BELÉM)
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
APELADO: JOSÉ RODRIGUES MARTINS GOMES (ADV. FRANDEDULCE ESTEVES
COLEHO e ELY FÁTIMA OLIVEIRA DE SOUZA)
PROCURADORA DE JUSTIÇA: DR. RICARO ALBUQUERQUE DA SILVA
RELATORA: DESA. ROSI MARIA GOMES DE FARIAS

RELATÓRIO.

Trata-se de recurso de apelação penal interposto pelo Ministério Público Estadual contra a sentença prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 13ª Vara Criminal de Belém, que absolveu sumariamente JOSÉ RODRIGUES MARTINS GOMES da acusação de cometimento do delito tipificado no art. 1º, I, II e IV, c/c art. 12, I da Lei n.º 8.137/90, na modalidade crime continuado (art. 71 do CP).

Consta da exordial acusatória (fls. 02/35), em suma, que o acusado, na condição de único administrador, gestor, sócio meeiro à época e fundador do estabelecimento contribuinte BBA EMBALAGENS LTDA, inscrita no CNPJ (MF) sob o n.º 05.624.742/0001-01, perpetrou, segundo o Auto de Infração e Notificação Fiscal n.º 012010510000496-2, o não recolhimento de ICMS relativo à venda de mercadorias e serviços referente ao exercício fiscal de 2005, em virtude de omissão de saídas, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2005.



A sociedade BBA EMBALAGENS LTDA foi fundada e constituída na data de 10 de abril de 2003, e registrada na data de 02/05/2003, na JUCEPA-JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DO PARÁ, sob o n° 15200831910, tendo como sócios JOSÉ RODRIGUES MARTINS GOMES e ANA CRISTINA PEREZ DOS SANTOS, onde consta com o percentual de quotas de capital em 50% (cinquenta por cento) para cada sócio. Em sua cláusula Sétima, consta o réu JOSÉ RODRIGUES MARTINS GOMES, como Administrador da Sociedade.

Na data de 01/10/2009, fora promovida alteração contratual, registrada na data de 15/10/2009, sob o n° 20000218117, onde na Cláusula Primeira, o réu JOSÉ FRANCISCO RODRIGO MARTINS GOMES, retira-se da sociedade, transferindo sua quotas ao Sr. FRANCISCO LOURIVAL DE SOUZA.

O estabelecimento empresarial autuado, representado pelo denunciado à época não impugnou administrativamente o auto de infração, sendo lavrada a competente CDA.. No momento do oferecimento da denúncia, a dívida tributária já alcançava o montante de R\$ 2.149.511,79 (Dois milhões, cento e quarenta e nove mil, quinhentos e onze reais e setenta e nove centavos), valor devidamente inscrito em dívida ativa.

Segundo a denúncia, esse valor é o que ocasiona a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso I, do art. 12 da Lei n.º 8.137/90, já que a quantia milionária corresponderia ao valor de custo de 62 (sessenta e duas) ambulâncias pequenas devidamente aparelhadas, ou ainda, de 62 (sessenta e duas) viaturas policiais que poderiam ser adquiridas pelo Estado em benefício da população, sem falar na reforma de vários nosocômios ou de escolas públicas que poderiam ser construídas com esse recurso.

Em longas razões recursais (fls. 247/380), alega o Ministério Público de Primeiro Grau, em síntese, que:

- Há elementos suficientes para o edito de um decreto condenatório, visto que existem vastas doutrinas e jurisprudências do STF, STJ e TJE-PA quanto a matéria em apreço e que o AINF é prova material que tipifica o fato criminoso e que o Apelado não teria recolhido o ICMS em relação ao exercício fiscal de 2005, referentes aos meses de JANEIRO/2005 à DEZEMBRO/2005, incidindo a majorante prevista no art. 12, inciso I, da Lei n° 8.137/90 (majorante pelo grave dano à coletividade superior a 2 milhões e 200 mil reais), bem como incidência do art. 71, caput, do CP (majorante de 2/3 pela continuidade delitiva, estendida pelos 12 meses consecutivos), assim como não apresentação do Livro de Inventário que disse ter sido o mesmo extraviado e a não observância dos procedimentos legais a serem adotados quando da regularização de tal ausência, como publicação do extravio do mesmo em órgão de circulação oficial (Diário Oficial) e dentro de 48 (quarenta e oito) horas deve ser informado ao Órgão Fiscal para suprimento de tal lacuna para que seja promovida a reescrituração dos estoques, assim como não apresentou as 12 DIEF's mensais referente ao exercício de 2005, quando era o administrador da empresa.

Há ainda a legalidade do órgão fiscalizador na aplicação da margem do lucro bruto, obedecendo instrução normativa que autoriza tal estimativa para análise e estimativa de valor de saída de mercadorias. Alega que o Magistrado a quo equivocou-se ao comparar a infração de omissão de



saídas de mercadorias com falta de emissão de documento fiscal. Assevera que o Apelado, fora devidamente cientificado de que até o presente momento, caso viesse a pagar o débito fiscal, culminaria com a extinção da punibilidade, nos termos do art. 83, da Lei nº 9.430/1996 (redação antiga). Cita ainda Decreto Estadual de nº 1.378/2015 que concede o benefício da redução da multa em até 90% (noventa por cento), assim como a criação de programas de incentivos a quitação de débitos fiscais, como REFIS e PRÓ-REFIS;

- Da necessidade de reforma da decisão de absolvição do Apelado, face ao extenso esclarecimento presente nos autos;
- Materialidade do delito em obediência à Jurisprudências do STF e STJ, nos termos do 489, § 2º, inciso VI, do CPC, c/c art. 3º, do CPP, que admite somente a AINF como prova de materialidade delitiva;
- Reforça a conduta voluntária, reordenada, dolosa e criminosa do Apelado, com o uso de ardis e falsidade perpetrados mês a mês dentro do referido exercício fiscal, objetando um caráter de estelionato contra o Fisco Estadual, com a omissão das operações de saídas e consequente falta de recolhimento de ICMS no exercício fiscal de 2005, conforme apuração fiscal, contábil e matemática, invocando mais uma vez, o crime continuado;
- Infere ao Apelado à autoria delitiva, com lastro nos artigos 1.010, §§ 1º e 2º e do art. 1.013, § 1º, ambos do Código Civil, já que o mesmo à época do delito era o Administrador da empresa, nos termos do Contrato Social e alterações contratuais juntadas aos autos, colacionado inclusive aresto desta Egrégia Corte, datado de 22/10/2013, cuja Relatoria é do Exmº Sr. Desembargador Milton Augusto de Brito Nobre (fls 310/311), o qual decide sobre a responsabilidade empresarial, bem como colaciona vários Acórdãos do STF e STJ sobre a matéria em questão (fls. 312/315);
- Aduz como matéria recursal, a análise de dosimetria da pena arguida em sede de alegações finais, assim como a segunda e terceira fase, com análise da culpabilidade do agente e das causas de aumento e aplicação das majorantes, respectivamente;
- Da obrigatoriedade da fundamentação de sentença ou acórdão, com arrimo em jurisprudência superior, invocada pela parte em concordância com o art. 489, § 1º, inciso VI, CPC/2015, c/c art. 3º, do CPP;
- Em sede de prequestionamento em matéria federal para fins de interposição de Recurso Especial para o STJ, invoca a análise da decisão nos termos do art. 489, § 1º e incisos do CPC/2015, c/c art. 3º, do CPP, com a finalidade de consolidação e uniformização jurisprudencial, com o fito de se evitar crescente avalanche de recursos interpostos e que acarretam as instâncias superiores. Análise do art. 59, caput, do CP, atinente à culpabilidade. Análise do art. 59, caput, atinente a 6ª circunstância judicial, denominada de circunstância. Aplicação da majorante na fração de 2/3 (dois terços), atinente ao art. 71, caput, do CP, consoante jurisprudência do STJ e STF. Aplicação da majorante prevista no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90. Reconhecimento do AINF como prova suficiente da materialidade do delito. Reconhecimento do delito como doloso. Reconhecimento da responsabilidade do administrador do ente tributário, seja reconhecido como responsável penalmente pelos delitos fiscais causados na abrangência de sua gestão;
- Em sede de prequestionamento de matéria constitucional (art. 5º, incisos



XLVI, LIV e LXXVII, para fins de interposição de Recurso Extraordinário para o STF, com a possível ofensa ao Princípio da Individualização da Pena (art. 5º, incisos XLVI, da CF/88). Pretensa ofensa ao Princípio do Devido Processo Legal, com a reforma da sentença. Ofensa ao Princípio da Igualdade (art. 5º, caput, da CF/88), no que concerne a tratamento igualitário para casos idênticos, observando o tratamento para os diversos níveis, sejam eles tratados com igualdade e desigualdades, inerentes a plena aplicada;

- Invoca a observância quanto a afronta em relação ao Código de Ética da Magistratura Nacional (CEMN), bem como a vários dispositivos constitucionais que absolveram o Apelado, alegando desvirtuamento dos fatos;

- Por fim, pleiteia em primeiro lugar, caso o Apelado venha a ter a Extinção de Punibilidade colimada, que o mesmo venha a pagar o débito fiscal, nos termos do art. 83, da Lei nº 9.430/1996 (redação anterior com força ultra-ativa) e implora então pela reforma da decisão de 1º grau quanto à dosimetria da pena imposta ao apelado JOSÉ RODRIGUES MARTINS GOMES, com a condenação do Apelado, com reconhecimento da AIFN como prova suficiente da materialidade com a aplicação da continuidade delitiva. Fixação de duas circunstâncias judiciais na fixação da pena-base e aumento de duas causas de aumento de pena a serem reconhecidas na terceira fase. Sejam analisadas todas as Súmulas jurisprudenciais e precedentes invocados e previstos no art. 489, § 1º, inciso I usque VI, do CPC/2015. Sejam apreciados e analisados em matéria de prequestionamento em Lei Federal, para interposição de Recursos Especial e Extraordinário, respectivamente para o STJ e STF. Que seja decretada a Prisão do Apelado para fins de execução provisória, com espeque na jurisprudência do STJ e STF.

Em contrarrazões (fls. 384/396), aduz o recorrido que o representante do Parquet somente trouxe aos autos como prova da materialidade o AINF e uma única testemunha, o servidor fiscal, Sr. WALDIR FARIAS DE OLIVEIRA, alegando que não fora trazido aos autos a apuração do PAT que originou o AINF. Alega a ilegitimidade da prova material constituída, visto alegar que o Autor não teve qualquer chance de defesa frente ao PAT, não tendo sido observado o devido processo legal, sendo que o nobre Magistrado de 1º grau em seu provimento jurisdicional prolatado, afirma não ser competente para a nulidade administrativa citada. Invoca a Súmula 430, do STJ, no que concerne ao Princípio da Presunção da Inocência. Cita a aplicação do indúbio pro reo analisado pelo Magistrado sentenciante, face a não comprovação das acusações. Assevera ainda a inovação feita pelo representante do Parquet, quando afronta os direitos constitucionais do réu, pugnando pelo início de cumprimento da pena no regime fechado, quando na denúncia pugnou pelo regime semiaberto.

No mérito, aduz que o AINF fora rechaçado pelo depoimento da única testemunha, o Fiscal fazendário, Sr. WALDIR FARIAS DE OLIVEIRA, que teria dito que talvez haja lançamentos feitos no próprio livro, vez que a fiscalização somente foi feita para apurar recolhimento de ICMS e que para fiscalizar a emissão de notas fiscais seria necessário um outro procedimento. Alega pairar a dúvida quanto à existência ou não de emissão de notas fiscais das mercadorias apuradas por ele. Alega ainda, que a reforma da sentença requerida pelo representante do Ministério Público



necessita dos respectivos Processos Administrativos para apuração da existência de crime. Prossegue afirmando que o procedimento retratado no AINF, demonstra a falta de recolhimento de ICMS. Deduz que se a r. sentença vir a ser reformada, ferirá o direito as garantias e direitos constitucionais.

Alega irregularidades na apuração do PAT que culminou com a lavratura do AINF, vez que o servidor e testemunha, confessa em seu depoimento estar o referido procedimento eivado de vícios, estando por conseguinte, ilegítimo para comprovar a materialidade do delito, e por conseguinte, o Magistrado sentenciante aplicou o Princípio do indubio pro reo, para embasar se edito absolutório.

Quanto a autoria delitiva, segundo o Apelado, o Apelante argui que este cita o artigo 1.010, § 1º e 2º e artigo 1.013, § 1º, do Código Civil e 408, do CPC e arts. 123, 136 e 137, do CTN, para demonstrar a ocupação como administrador da empresa. Diz que o Apelante apesar de alegar que o contribuinte fiscal era administrado por um escritório de contabilidade, não trouxe provas do alegado.

Supõe que as alegações do representante do MP são temerárias, até mesmo o aditamento do requerimento da pena é intempestivo. Prossegue dizendo que a dosimetria requerida pelo Apelante é descabida e ilegal, pois afronta direitos e garantias do ser humano. Sustenta que por si só, que o simples fato de ocupar o cargo de administrador, não teria o mesmo praticado ou ordenado quaisquer conduta ilícita com o fito de burlar o fisco e sonegar impostos.

Por fim, alega que o processo encontra-se eivado de dúvidas e de perguntas sem respostas e que comuna em favor do Apelado o princípio da Presunção de Inocência, pugnando pela manutenção da sentença e consequente improcedência do presente recurso de apelação.

Nesta Superior Instância, o Procurador de Justiça Ricardo Albuquerque da Silva, manifestou-se pelo Conhecimento e provimento do recurso de apelação interposto.

É O RELATÓRIO.

À DOUTA REVISÃO.

Belém, 13 de novembro de 2018.

DESA. ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.
RELATORA



VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

1. PRELIMINAR A SEREM ANALISADAS.

Não há preliminares a serem analisadas.

2. MÉRITO.

Adentro diretamente no exame da pretensão recursal.

O objeto desta Apelação consiste na reforma da sentença absolutória.

Segundo o recorrente, foi de todo equivocada a decisão de absolver o acusado, pois o Magistrado a quo não teria levado em consideração e admitido como prova material a lavratura do AINF, pois este seria o fator que desencadeou a apuração do não pagamento de ICMS referente ao exercício fiscal e contábil de 2005, mais exatamente o não recolhimento de ICMS do período compreendido dos meses de JANEIRO/2005 a DEZEMBRO/2005 e que o Apelado realmente era o administrador do ente fiscal, já que havia determinação legal no contrato social e alterações, conforme trazido aos autos. Alega que além do inconformismo com o provimento atacado, há a incidência do crime continuado, pois em seu entendimento, o Apelado incorreu em 12 crimes fiscais em continuidade delitiva e na ocorrência de 72 outros crimes ou delitos-meios, além da fixação, na segunda fase, do cálculo da pena em duas circunstâncias de caráter negativo e seja considerada ainda na terceira fase do cálculo da pena, a aplicação de duas causas de aumento da pena, uma pela continuidade delitiva prevista no art. 71, caput, do CP e a outra com previsão no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/1990, que seria a mojarante pelo grave dano à coletividade.

Assiste razão ao Órgão Ministerial neste ponto.

Isso porque o Juízo a quo buscou fundamento no pressuposto de que o delito atribuído ao Apelado não restou provado, pois vê como fato administrativo a conduta do mesmo, vez que o levantamento ou procedimento adotado pelo Auditor Fiscal do erário público estadual, tomou como base o levantamento contábil, assim como a análise de livro de apuração de ICMS, mais ainda com o arbitramento fiscal para apuração do imposto devido, bem como não fora constatado de que tenha usado as notas fiscais de entrada de mercadorias registradas no órgão regente de arrecadação do fisco estadual, SEFA/PA, no projeto denominado de Projeto Fronteira, para que houvesse uma previsão ou mensuração do estoque existente, atribuindo ao mesmo como zerado. Quanto a não apresentação do Livro de Inventário, que o Apelado diz que o mesmo fora extraviado, este não obstará a autoridade fiscal em promover ou proceder processo regular para arbitramento de valor tributário, logo, tal pretensão não era devida no momento do decisum, confira-se:

O Decreto nº 4676/2001, no seu artigo 45, menciona quais as situações



que o Auditor pode realizar o arbitramento e presunção de lucro previsto na IN nº 18/2001, que ocorre quando os documentos dos contribuintes forem omissos, que entre eles, acontece quando não são entregues os livros e documentos fiscais que comprovem registro e lançamento, ou quando o contribuinte não foi localizado, mudou-se de endereço sem comunicar a SEFA. Art. 45. A autoridade lançadora, mediante processo regular, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os documentos emitidos pelo sujeito passivo, arbitrará o valor ou o preço da mercadoria ou serviço, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial. § 1º O valor das operações e prestações poderá, ainda, ser arbitrado, sem prejuízo da aplicação das penalidades cabíveis, quando não for possível apurar o montante real da base de cálculo, nos seguintes casos: I - falta de apresentação, ao Fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos; II - transporte de mercadoria sem documentação fiscal ou acompanhada de documento fiscal inidôneo; III - utilização irregular de sistema eletrônico de processamento de dados, processo mecanizado, máquina registradora, equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF ou Terminal Ponto de Venda - PDV, inclusive na condição de emissor autônomo, de que resulte redução ou omissão do imposto devido, inclusive no caso de falta de apresentação do equipamento; IV - funcionar o estabelecimento sem a devida inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS. § 2º O arbitramento somente será aplicado quando a escrituração do contribuinte se tornar insuficiente para determinar o valor das entradas, das saídas e dos estoques das mercadorias, ou o valor dos serviços prestados, conforme o caso. § 3º Quando for possível identificar as operações efetivamente realizadas, far-se-á a apuração do ICMS, no período considerado, e do montante devido do imposto serão deduzidos os recolhimentos efetivamente comprovados pelo contribuinte ou pelos registros da repartição. É uma exceção que somente pode ser aplicado quando a escrituração do contribuinte se tornar insuficiente para determinar o valor das entradas, das saídas e dos estoques das mercadorias ou o valor dos serviços prestados, como nos casos de falta de apresentação de documentos fiscais durante a fiscalização.

O artigo 148, do CTN diz, textualmente que: Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos e serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial. Nesse sentido, o parágrafo 1º, do art. 67 da Lei 5530/89, autoriza para se chegar no movimento real tributável, utilizar quaisquer meios indiciários aplicados coeficientes médios de lucro bruto ou de valor acrescido e de preços unitários,



consideradas a atividade econômica, a localização e a categoria do estabelecimento. Considerando isso, a dedução de possível omissão de vendas, de acordo com o cálculo matemático entre os coeficientes de entradas, saídas e estoque zero, sobre o qual foi aplicado o patamar de lucro presumido em 40% (quarenta por cento), apuraram que as entradas do acusado foram maiores que suas saídas, presumindo-se houve omissão de saídas de mercadorias. Ilação da qual se pode concluir também que não foram emitidas notas fiscais e efetuados os registros das respectivas saídas em livros. Entretanto, o conseqüente não pagamento do imposto advindo dessa omissão apurada por levantamento contábil – presunção, podem ser considerados crimes, desde que haja incidência comprovada de prática com ânimo doloso, configurando a fraude, o estelionato e ou apropriação indébita, que no caso, de que houve saída de mercadoria sem emissão de nota fiscal. Assim é em razão do direito penal priorizar a verdade real, contrabalançando o direito fundamental do estado de inocência. Logo, a atividade probatória penal é imprescindível sob esse aspecto, motivo pelo qual, passo a analisa-lo.

Em audiência, sobre a acusação do delito de sonegação fiscal cometido no âmbito da Empresa Contribuinte em lume, a testemunha de acusação, Auditor Fiscal responsável pela lavratura do auto, WALDIR FARIAS DE ARAÚJO, respondeu em síntese que: Procedeu ele mesmo, à fiscalização. Que não teve contato com o dono do estabelecimento. Que recebeu documentos fiscais para fazer a fiscalização, e que o representante legal à época assinou a notificação do fiscal. Que no livro fiscal de entradas considerou somente a base de cálculo de mercadorias tributáveis. A margem de lucro conforme a instrução rege foi de 40%, (...) Se considerar que o montante apurado pela fiscalização que foi de 8 milhões e menos o ICMS das vendas apuradas de seis milhões, totalizam uma diferença de dois milhões e cento e quarenta e três mil, e isso é considerado omissão de vendas, do total se tira o imposto de 17%. Que, conforme o levantamento da fiscalização, houve omissão de saída, o que foi apurado com base nos livros de entrada e de saída de mercadorias e levados em consideração que o livro de inventário não foi apresentado (que representantes do estabelecimento alegaram que este documento havia sido extraviado), caso em que o estoque inicial é considerado zero – todas as mercadorias saíram. Analisou as DIEFs mais não encontrou nesse período o estoque inicial e final. O que interessa nesse momento é o livro de inventário, onde se discrimina o estoque final e não foram registrados nas DIEFs o estoque. As perguntas da acusação sobre as mercadorias terem saído sem nota, disse que não podia afirmar, porque só foi considerado no caso o recolhimento ou não do ICMS. Poderia ocorrer a comprovação, mais seria um outro tipo de fiscalização.

Sem mais provas as serem produzidas, foi oportunizado ao réu em interrogatório prestar esclarecimentos sobre o fato que fundamentou a denúncia, dando suas versões e produzindo provas sobre os delitos. JOSÉ RODRIGUES MARTINS GOMES alegou que saiu em torno de 2009. Era o principal administrador. Tinha uma primeira sócia Ana Cristina, depois entrou a Cláudia. Quando ocorreu os autos não estava mais na empresa,



saiu porque estava com problemas domésticos, com a esposa doente e tinha dois filhos pequenos. Há mais de um ano tentava passar a empresa. Passou a sociedade para o Senhor Francisco, feito formalmente. Ficou sabendo em março de 2015, quando foi intimado na polícia, quando prestou depoimento até onde sabia. Contabilmente não houve nenhum problema, que era realizado por um escritório de contabilidade. Até onde sabe, estava tudo correto. Parece que ouviu algum extravio do livro de inventário e confessa que não lembra. Não foi orientado em promover a anulação do auto e só soube dele na polícia.

Outro ponto, é que o AINF não se reporta sobre análise das DIEFs para fins de levantamento e para fixação dos parâmetros do levantamento fiscal, indicando que se aproximou maximamente da real movimentação financeira da empresa. Isso apenas vagamente foi mencionado em audiência. Outra questão, é a afirmação do auditor de que a atividade administrativa utilizada pelo Fisco para apuração serve apenas para apurar o recolhimento correto do imposto de ICMS e não para comprovar a omissão de nota fiscal durante à venda pela empresa contribuinte. Como dito acima, o direito penal não serve para fins de verificar a parte administrativa ou cível, eis que não trata de validade ou cobrança de impostos. Cuida apenas dos atos criminosos, desde que esteja provado em juízo a conduta fraudulenta e o dolo, de uma forma segura e calcado em provas consistentes sobre a infração, o que me parece, não foi o caso.

Logo, as provas carreadas não foram contundentes na formação da opinião delicti, de forma a provar a materialidade e autoria, implicando em responsabilidade penal, gerando consequência quanto ao direito à liberdade do gestor ou administrador.

Portanto, dúvidas há nos autos que devem ser dirimidas em favor do réu – indubio pro reo, quanto à ocorrência de conduta punível, típica e antijurídica das infrações apuradas durante a atividade administrativa realizada pela Fazenda Estadual. As provas carreadas aos autos não foram conclusivas na ocorrência dos delitos previstos no art. 1º, incisos I, II e art. 12, I, ambos da Lei nº 8137/90, c/c os art 71, caput do Código Penal. Diante disso, compreendo que houve grande lacunas na apuração administrativa e durante a instrução probatória, em decorrência disso, outro caminho não há, senão o da absolvição com fundamento no inciso VII, do art. 386 do CPP, por insuficiência de provas. Do todo aqui exposto, detendo-me sobre os indícios e provas amealhadas, permito-me concluir pela improcedência da ação penal proposta nos termos do artigo 1º, I, II e IV c/ art. 12, I da Lei 8.137/90, c/c art. 71, caput do CP e, em consequência, **ABSOLVER JOSÉ RODRIGUES MARTINS GOMES**, com fundamento no artigo 386, VII do Código de Processo Penal.

A ação penal se originou em razão da alegação por parte do representante do Parquet que denunciou o Apelado **JOSÉ RODRIGUES MARTINS GOMES**, por infringência aos delitos previsto no art. 1º, incisos I e II, c/c art. 12, inciso I,



da Lei nº 8.137/1990, c/c art. 71, caput, do Código Penal. Constando que o Apelado na qualidade de administrador do ente jurídico-fiscal BBA EMBALAGENS LTDA, inscrito no CNPJ (MF) sob o nº 05.624.742/0001-01, é acusado de omitir informações às autoridades fazendárias e fraudar o fisco estadual, com a omissão de operação de qualquer natureza, em livro fiscais obrigatórios e exigidos pela lei fiscal.

Em decorrência da fiscalização, foi gerado o AINF – Auto de Infração e Notificação Fiscal de nº 012010510000496-2, lavrado na data de 26/05/2010, de autoria do Auditor Fiscal WALDIR FARIAS DE OLIVEIRA.

Consta que o Apelado não apresentou notas fiscais de saída no exercício fiscal-contábil referente a 2005, período compreendido de JANEIRO/2005 à DEZEMBRO/2005, o que em valores corrigidos perfaz o montante de R\$=2.211.318,85 (Dois milhões, duzentos e onze mil, trezentos e dezoito reais e oitenta e cinco centavos), bem como deixou de apresentar livro fiscal obrigatório pela legislação tributária, qual seja o Livro de Registro de Inventário, alegando ter sido o mesmo extraviado.

Em decorrência da irregularidade detectada, o agente público, representante do fisco estadual, baseado em ação fiscalizadora na modalidade Programação em Profundidade de Exercício Fechado Por Distribuição Aleatória, vez que fora apresentado o Livro de Entradas e Saídas, bem como suas escriturações, porém as notas fiscais emitidas de saída de mercadorias (vendas) não foram apresentadas.

As notas fiscais de entrada de mercadorias, foram possíveis de serem levantadas do período requestado, visto o órgão fiscalizador, no caso a SEFA/PA – Secretaria Estadual Executiva da Fazenda Estadual do Pará exercer controle efetivo sobre as mercadorias que adentram em nossa região com a efetivação do projeto denominado de Projeto Fronteira.

O Juízo a quo às fls. 234/242, prolatou sentença absolutória em favor do Apelado, nos termos do art. 386, inciso VII, do CPP.

O Ministério Público, não conformado com a decisão prolatada, interpôs Recurso de Apelação à fl. 243 e Razões do Apelo, de fls. 246/380, não se conformando com a decisão do Juízo a quo.

A Defesa do Apelado apresentou contrarrazões ao apelo, de fls. 383/396, pugnando pela manutenção da sentença prolatada pelo Juízo a quo.

Em manifestação do órgão ministerial de 2º Grau, este pugna pelo conhecimento do recurso, com a reforma da sentença.

Vale ressaltar que o art. 184, do CTN ensina:

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial (grifo nosso)

Alie-se ainda:

Neste sentido, o art. da Lei n.º /1990 assevera que é um crime contra a



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

Quanto a materialidade delitiva, nossa Corte já decidiu em aresto colacionado de que o AINF, juntamente com a CDA, são o suficientes para a comprovação da materialidade delitiva:

ACÓRDÃO N°. _____ .SECRETARIA DA 1ª CÂMARA CRIMINAL ISOLADA. APELAÇÃO PENAL. PROCESSO N°: 0002640-96.2008.814.0401. COMARCA DE ORIGEM: 13ª VARA CRIMINAL DE BELÉM/PA. APELANTE: MARCELA MORENO CORRADINI ROSSY. ADVOGADO (A): JOSÉ ALFREDO DA SILVA SANTANA (OAB/PA 2721). APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO. PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA: MARIA CÉLIA FILOCREÃO GONÇALVES. RELATOR: JUIZ CONVOCADO PAULO GOMES JUSSARA JUNIOR. EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 1º, INCISOS II DA LEI N°. 8.137/90 (FRAUDAR A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA, INSERINDO ELEMENTOS INEXATOS, OU OMITINDO OPERAÇÃO DE QUALQUER NATUREZA, EM DOCUMENTO OU LIVRO EXIGIDO PELA LEI FISCAL). ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO AUTO DE INFRAÇÃO. TESE NÃO ACATADA. A EXISTÊNCIA DE SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO COMPORTA DISCUSSÃO NO ÂMBITO DA AÇÃO PENAL, DEVENDO SER APURADA EM AÇÃO PRÓPRIA, PERANTE O JUÍZO CÍVEL COMPETENTE. ADEMAIS, A MATERIALIDADE DO DELITO DESCRITO NA DENÚNCIA FOI DEMONSTRADA NO AUTO DE INFRAÇÃO E NOTIFICAÇÃO FISCAL, NO TERMO DE INSCRIÇÃO DO DÉBITO NA DÍVIDA ATIVA E COMPROVADA PELOS DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS E PELOS DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO. PARA O INÍCIO DA PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES MATERIAIS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, BASTA O ENCERRAMENTO DO ÂMBITO ADMINISTRATIVO, COM O DEVIDO LANÇAMENTO DEFINITIVO DO DÉBITO. SÚMULA N.º 24 DO STF. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE CONDUTA DOLOSA DA APELANTE. TESE NÃO ACATADA. O TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 1º DA LEI N.º 8.137 /90 NÃO EXIGE A VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DE SUPRIMIR OU REDUZIR TRIBUTO, FAZENDO-SE NECESSÁRIO APENAS O DOLO GENÉRICO PARA A SUA CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. PREQUESTIONAMENTO. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III E 5º, INCISOS XXXIX E LVII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGOS 1º E 13º DO CP E 155 DO CPP. INOCORRÊNCIA. A CONDENAÇÃO BASEOU-SE NA COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA, POIS O AINF E A INSCRIÇÃO DO DÉBITO NA DÍVIDA ATIVA SÃO SUFICIENTES PARA A COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO CRIME E A AUTORIA TAMBÉM RESTOU EVIDENCIADA NAS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS, PRINCIPALMENTE, NO QUE CONCERNE AOS DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO. EXISTÊNCIA DE DOLO GENÉRICO POR PARTE DA APELANTE, O QUE JÁ CONFIGURA A AUTORIA DELITIVA. INEXISTENTE SUPOSTA "INVERSÃO" DO ÔNUS DA PROVA. RECURSO. CONHECIDO E IMPROVIDO.



É a confirmação do entendimento de nossa Corte:

APELAÇÃO PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISOS I, II E V DA LEI N.º 8.137/1990, C/C ART. 71, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, COM FULCRO NO ART. 386, INCISO VII, DA LEI ADJETIVA PENAL. SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO CONDENATÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. REFORMA DA SENTENÇA. CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, NOS TERMOS DO VOTO DA DESA. RELATORA. DECISÃO UNÂNIME. 1. Para a encetadura da persecução penal nos crimes materiais contra a ordem tributária, basta o encerramento do âmbito administrativo, com o devido lançamento definitivo do débito, segundo preconizado no verbete sumular vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal Federal, assim redigido: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da lei n.º 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. Na hipótese sub judice, verifica-se que o crédito foi constituído na esfera administrativa, e o conseqüente reconhecimento de sua exigibilidade (an debeatur) e valor devido (quantum debeatur), com a inscrição do débito na Dívida Ativa, conforme fls. 87, cujo valor do imposto devido, atualizado até 22/02/2013, soma a quantia de R\$ 165.202,48 (cento e sessenta e cinco mil, duzentos e dois reais e quarenta e oito centavos); 3. Na espécie, nota-se que a autoria delitiva encontra-se sobejamente comprovada, na medida em que o apelado José Pedro da Silva Souza, atuava, à época, com exclusividade, na condição de sócio e administrador da empresa contribuinte, respondendo, por esta razão, pessoalmente, por obrigações tributárias, cíveis e penais; 4. Não há falar em ausência de dolo na conduta perpetrada pelo réu, uma vez demonstrada, à saciedade, sua nítida intenção de fraudar o fisco estadual, de forma, inclusive, continuada, ao efetuar a saída de mercadorias do estabelecimento infrator, durante todo o exercício do ano 2000, sem a emissão de documento fiscal idôneo, suprimindo, conseqüentemente, o ICMS devido. Desta forma, restou devidamente comprovada a conduta típica descrita na denúncia, não havendo que se falar em insuficiência de provas para a condenação, pelo que dou provimento ao recurso ministerial e, por conseqüente, condeno o apelado JOSÉ PEDRO DA SILVA SOUZA às sanções previstas no art. 1º, I, II e V da Lei 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal Brasileiro. Assim, a dosimetria da pena, foi realizada nos termos do art. 59 do CP; 6. Recurso conhecido provido, nos termos do voto da Desa. Relatora. (2018.02977530-05, 193.711, Rel. VANIA LUCIA CARVALHO DA SILVEIRA, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PENAL, Julgado em 2018-07-17, Publicado em 2018-07-26).

Com efeito, da análise detida dos autos vê-se que, conforme consta do Auto de Infração e Notificação Fiscal – AINF n.º 012004510004089-9, constante às fls. 21-22, o réu José Pedro da Silva Souza, na condição de sócio e administrador da Pessoa Jurídica Dentin Comércio e Representações Ltda, teria efetuado vendas de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal hábil, sem registro, portanto, em livros fiscais e declarações ao Fisco, no período compreendido entre 12/2000 a



10/01/2001, conduta que resultou na supressão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS devido ao Estado do Pará, no valor originário de R\$ 30.832,33 (trinta mil, oitocentos e trinta e dois reais e trinta e três centavos), apurando, ao final, o crédito tributário de 60.785,44 (sessenta mil, setecentos e oitenta e cinco reais e quarenta e quatro centavos), calculado até 23/08/2004, data da emissão do AINF.

É cediço que, para a encetadura da persecução penal nos crimes materiais contra a ordem tributária, basta o encerramento do âmbito administrativo, com o devido lançamento definitivo do débito, segundo preconizado no verbete sumular vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal Federal, assim redigido: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da lei n.º 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

Na hipótese sub judice, verifica-se que o crédito foi constituído na esfera administrativa, e o conseqüente reconhecimento de sua exigibilidade (an debeat) e valor devido (quantum debeat), com a inscrição do débito na Dívida Ativa, conforme fls. 87, cujo valor do imposto devido, atualizado até 22/02/2013, soma a quantia de R\$ 165.202,48 (cento e sessenta e cinco mil, duzentos e dois reais e quarenta e oito centavos).

As infrações fiscais descritas no AINF n.º 012010510000496-2, configuram-se como crime contra a ordem tributária, na medida em que o recorrido teria omitido informações exigidas pela legislação tributária vigente, ao deixar de declará-las mensalmente, por meio de Declarações Econômico Fiscais - DIEF, dando conhecimento e ciência ao Fisco de toda movimentação de mercadorias e serviços.

Durante o período de JANEIRO/2005 a DEZEMBRO/2005, que compreende o exercício fiscal-contábil de 2005, portanto, o contribuinte, ao efetuar a venda de suas mercadorias, o fez sem a emissão de notas fiscais de saídas devidas. Tais informações também não eram repassadas aos livros fiscais de saída de mercadorias, como também não eram encaminhadas à SEFA por meio das DIEFs mensais para fins de regular lançamento do imposto devido e, conseqüente lançamento.

O crime contra ordem tributária se configura quando, para não pagar o tributo devido (crime-fim), o responsável fiscal pelo estabelecimento contribuinte (gerente/administrador) perpetra um crime-meio de falsidade ideológica, de estelionato e/ou apropriação indébita, tendo, in casu, o réu, perpetrado três crimes-meio: falsidade documental, estelionato e apropriação indébita.

No caso em tela, a conduta criminosa atribuída ao recorrido é punida com espede no tipo penal descrito no art. 1º, incisos I, II e V, da Lei n.º 8.137/1990, assim disposto:

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

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

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

(...)



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

As imputações acima dispostas pesam conta o réu, por este ter perpetrado as seguintes condutas:

- ter omitido declarações de saídas de mercadorias, prestando declaração falsa em suas DIEFS, quanto ao valor do ICMS, repassando informação a menor às autoridades fazendárias, no caso, o FISCO estadual (inciso I, do art. 1º).

- não ter registrado, omitindo, portanto, de forma contínua, tais operações de saída de mercadorias nos livros de saída e de apuração do ICMS, (inciso II, do art. 1º); e,

- por este ter repassado mercadorias sem a emissão de documentos fiscais hábeis, ao deixar de fornecer as notas fiscais relativas à venda das mercadorias (inciso V do art. 1º);

Assim, o apelado, ao declarar o valor do ICMS a menor nas DIEFs mensais do exercício do ano 2000, omitindo registro de várias saídas de mercadorias sem a emissão do documento fiscal, defraudou o Fisco Estadual, efetuando, ao longo do citado período, registros e declarações falsos nos livros de saída e de apuração, apropriando-se, indebitamente do valor do ICMS suprimido em face das saídas ilegais.

Na espécie, nota-se que a autoria delitiva encontra-se sobejamente comprovada, na medida em que o apelado José Pedro da Silva Souza, atuava, à época, com exclusividade, na condição de sócio e administrador da empresa contribuinte, respondendo, por esta razão, pessoalmente, por obrigações tributárias, cíveis e penais.

Na hipótese, a pessoa jurídica BBA EMBALAGENS LTDA, segundo Instrumento Particular de Constituição às fls. 15-16 (IPL), foi criada em 10 de abril de 2003, sob forma de sociedade limitada, figurando como sócios fundadores JOSÉ RODRIGUES MARTINS GOMES, ora apelado, e ANA CRISTINA PEREZ DOS SANTOS, sendo que na Cláusula Sétima do referido Contrato Social, o ora Apelado exercia a administração da mesma.

É bem verdade, porém, que, o recorrido, à época do apurado, era quem, de fato, administrava a sociedade, de forma exclusiva. Era ele quem assinava em conjunto com a sócia ANA CRISTINA todos os requerimentos concernentes às alterações societárias, até sua retirada da sociedade em 01 de outubro de 2009. É o que se vê dos documentos de fls. 17/25, bem como da confissão do réu prestada em juízo, quando afirma ser ele o único administrador da sociedade empresária.

Dispõe o art. 11 da Lei n.º 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributárias, econômica e contras as relações de consumo:

Art. 11. Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade.

A vexata quaestio refere-se à configuração ou não da materialidade delitiva, já que, segundo o Juízo de 1º Grau há dúvida sobre a ocorrência do fato gerador da saída de mercadoria sem nota fiscal por parte da



empresa contribuinte, em face das irregularidades apontadas no AINF.

Com efeito, não se observa nulidade no Auto de Infração e Notificação Fiscal - AINF, de n.º 012010510000496-2, constante às fls. 63/64 dos autos.

É bem verdade que o documento em tela não apresenta anexos, embora faça referência à juntada de cópia do livro de apuração do ICMS; do livro de inventário; e, da demonstração da conta mercadoria; todos inexistentes, entretanto.

É válido afirmar, todavia, que o levantamento efetuado pelo fisco estadual, com referência ao montante do tributo não recolhido pelo contribuinte; ao período da auditoria realizada; e, à conduta apurada (no caso, emissão de mercadoria desacompanhada de documento fiscal hábil, entendendo-se como tal a falta de emissão do mesmo); em documento oficial, goza de presunção iuris tantum de veracidade, sendo prova bastante, até que se prove em contrário, da sonegação do tributo.

No caso, à pessoa jurídica representada pelo réu, ao ser notificada do Auto de Infração, caberia efetuar o recolhimento do crédito tributário indicado ou apresentar impugnação do auto, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data em que se considera feita a notificação, tendo a mesma se quedado inerte e silente, nem ao menos dando a importância para a impugnação da notificação.

Insta consignar o depoimento da Auditora Fiscal WALDIR FARIAS DE OLIVEIRA, prestado em Juízo, e responsável pela lavratura do Auto de Infração de n.º 012004510004089-9, que assim relata (depoimento gravado em mídia eletrônica): (...) Procedeu ele mesmo, à fiscalização. Que não teve contato com o dono do estabelecimento. Que recebeu documentos fiscais para fazer a fiscalização, e que o representante legal à época assinou a notificação do fiscal. Que no livro fiscal de entradas considerou somente a base de cálculo de mercadorias tributáveis. A margem de lucro conforme a instrução rege foi de 40%, (...) Se considerar que o montante apurado pela fiscalização que foi de 8 milhões e menos o ICMS das vendas apuradas de seis milhões, totalizam uma diferença de dois milhões e cento e quarenta e três mil, e isso é considerado omissão de vendas, do total se tira o imposto de 17%. Que, conforme o levantamento da fiscalização, houve omissão de saída, o que foi apurado com base nos livros de entrada e de saída de mercadorias e levados em consideração que o livro de inventário não foi apresentado (que representantes do estabelecimento alegaram que este documento havia sido extraviado), caso em que o estoque inicial é considerado zero – todas as mercadorias saíram. Analisou as DIEFs mais não encontrou nesse período o estoque inicial e final. O que interessa nesse momento é o livro de inventário, onde se discrimina o estoque final e não foram registrados nas DIEFs o estoque. As perguntas da acusação sobre as mercadorias terem saído sem nota, disse que não podia afirmar, porque só foi considerado no caso o recolhimento ou não do ICMS. Poderia ocorrer a comprovação, mais seria um outro tipo de fiscalização.

O recorrido JOSÉ RODRIGUES MARTINS GOMES, por seu turno, ao exercer a sua autodefesa (interrogatório gravado em mídia eletrônica), assim aduz: (...) alegou que saiu em torno de 2009. Era o principal administrador. Tinha



uma primeira sócia Ana Cristina, depois entrou a Claudia. Quando ocorreu os autos não estava mais na empresa, saiu porque estava com problemas domésticos, com a esposa doente e tinha dois filhos pequenos. Há mais de um ano tentava passar a empresa. Passou a sociedade para o Senhor Francisco, feito formalmente. Ficou sabendo em março de 2015, quando foi intimado na polícia, quando prestou depoimento até onde sabia. Contabilmente não houve nenhum problema, que era realizado por um escritório de contabilidade. Até onde sabe, estava tudo correto. Parece que ouviu algum extravio do livro de inventário e confessa que não lembra. Não foi orientado em promover a anulação do auto e só soube dele na polícia.

Ao que se pode notar, o réu assume o não preenchimento dos livros fiscais, vez que diz que os mesmos ficavam aos cuidados de um escritório de contabilidade.

Afirma o réu, ainda, que até onde sabe, a regularidade de sua empresa estava correta e que teria ouvido o extravio do livro de inventário.

No caso, verifica-se que a empresa contribuinte foi notificada via notificação pessoal, conforme fl. 107.

Teve o réu plena ciência da notificação, tanto que assinou a notificação tomando conhecimento o conhecimento do AINF recebido.

Por outro lado, a defesa do recorrente não logrou êxito em demonstrar claramente a não incidência da prática delituosa, firmando tão somente em negar que o agente fiscal tenha deixado dúvidas quanto a legalidade na apuração do débito fiscal, não impugnando o AINF, que neste caso, como dito alhures, é condição de procedibilidade da ação penal.

O apelado, assim, ao omitir receita de vendas efetivamente realizadas, sem a emissão de documento fiscal (notas fiscais de saídas), no exercício fiscal-contábil de 2005, que compreende o período de JANEIRO/2005 à DEZEMBRO/2005, defraudou o Fisco Estadual, deixando de recolher integralmente ao período requestado, o ICMS devido em suas operações tributáveis de saída de mercadorias por meio de tal ação, sendo fato lavrado no AINF que vem a ser prova legítima e suficiente da materialidade delitiva para o processo penal, consoante jurisprudência dos Tribunais Superiores, não necessitando de nenhum outro documento para o respaldar.

Impende destacar ser desnecessária a demonstração do animus rem sibi habendi para a caracterização do delito em tela, pois o tipo subjetivo se esgota no dolo genérico, com a simples omissão do recolhimento, não havendo necessidade de se provas o especial fim de agir com o intuito de apropriar-se de valores destinados à receita estadual.

No caso, não há falar em ausência de dolo na conduta perpetrada pelo réu, uma vez demonstrada, à saciedade, sua nítida intenção de fraudar o fisco estadual, de forma, inclusive, continuada, ao efetuar a saída de mercadorias do estabelecimento infrator, durante todo o exercício fiscal-contábil do ano 2005, sem a emissão de documento fiscal idôneo, suprimindo, conseqüentemente, o ICMS devido.

Desta forma, restou devidamente comprovada a conduta típica descrita na denúncia, não havendo que se falar em insuficiência de provas para a condenação, pelo que dou provimento ao recurso ministerial e, por conseguinte, condeno o apelado JOSÉ RODRIGUES MARTINS GOMES às



sanções previstas no art. 1º, I e II, c/c art. 12, inciso I, ambos da Lei nº 8.137/90, c/c art. 71 do Código Penal Brasileiro.

Passo, assim, à dosimetria da pena, nos termos do art. 59 do CP.

A culpabilidade do acusado, que é a reprovabilidade social que incide sobre a ação criminosa, deve ser considerada desfavorável. Isso porque os chamados crimes do colarinho branco, são praticados exatamente pelas pessoas com maior instrução educacional e mais abastadas socialmente, sendo certo afirmar que esses criminosos, necessariamente, devem exercer alguma posição de administração empresarial ou alguma espécie de controle, seja em empresa públicas ou empresas privadas.

Desta forma, a maior formação educacional enseja maiores e melhores oportunidades laborais na vida, o que diminui a probabilidade de alguém entrar no mundo do crime. O recorrido não aponta antecedentes criminais.

A conduta social não foi analisada.

Não existem nos autos elementos suficientes à aferição da personalidade da agente, razão pela qual deixo de valorá-la.

O motivo do crime é aquele embutido no tipo penal, qual seja, a aferição de riqueza com o devido prejuízo ao erário.

As circunstâncias, que são os aspectos referentes ao modo, tempo e lugar da infração, não devem ser consideradas desfavoráveis, pois a o fato de o acusado ter praticado o delito de forma prolongada e várias outras vezes já é devidamente negativado legalmente pela existência da causa de aumento de pena a ser considerada posteriormente.

As consequências advindas com a prática criminosa perpetrada são nefastas, públicas e notórias, pois causam desfalque na arrecadação, e, por conseguinte, a diminuição dos investimentos e dos serviços prestados para aqueles que efetivamente precisam da ação do estado para atender suas necessidades básicas.

O comportamento da vítima não pode ser considerado desfavorável a acusada, conforme entendimento da súmula 18 deste Tribunal de Justiça.

Assim, tendo sido consideradas desfavoráveis duas circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, com o pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, cada um equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Inexistem circunstâncias atenuantes e agravantes.

Existindo a causa de aumento de pena prevista no art. 71 do CP, e, tendo em conta que o acusado praticou a conduta por 12 vezes, majoro em 2/3 a pena, tornando-a definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, com o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, cada um equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Tendo em vista o disposto no art. 33, § 2º, b do CP, fixo o regime inicial de cumprimento de pena no semiaberto.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que a pena fixada supera o patamar necessário, previsto no art. 44 do CP.

Concedo ao recorrido o direito de recorrer em liberdade.

Ante o exposto, em consonância com o judicioso parecer ministerial, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para condenar o acusado JOSÉ RODRIGUES MARTINS GOMES, pelo cometimento do delito previsto



no art. 1º, I e II, c/c art. 12, inciso I, ambos da Lei 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal Brasileiro, a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, com o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, cada um equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, tudo nos termos da fundamentação.

É O VOTO.

Belém/PA, 04 de dezembro de 2018.

Desa. ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.

Relatora