

ACÓRDÃO Nº 196091

PROCESSO Nº 0009844-17.2013.8.14.0401

ÓRGÃO JULGADOR: 3ª TURMA DE DIREITO PENAL

RECURSO: APELAÇÃO CRIMINAL

COMARCA DE ORIGEM: BELÉM

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL (PJ: Francisco de Assis Santos Lauzid)

APELADO: JOSÉ FERREIRA DE OLIVEIRA

PROCURADOR DE JUSTIÇA: FRANCISCO BARBOSA DE OLIVEIRA

RELATOR: DESEMBARGADOR RAIMUNDO HOLANDA REIS

EMENTA: APELAÇÃO PENAL – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

–

SENTENÇA – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – POSSIBILIDADE – MATERIALIDADE

NÃO COMPROVADA – AUTO DE INFRAÇÃO (AINF) DECLARADO NULO E CONFIRMADA EM 2º GRAU NA ESFERA CÍVEL – RECONHECIMENTO COMO INSUMO A AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES - PRECEDENTES DO STJ.

Muito embora a discussão na seara administrativa tenha se findado, há, no caso dos autos, decisão judicial de 2º grau de jurisdição, datada de 19.09.2011, e, apesar do apelante afirmar que a decisão não é definitiva por se encontrar em grau de recurso interposto para o STJ, mesmo assim, não me parece razoável que, diante da decisão do *arresto* referido, seja mantido o curso do processo penal. A figura típica prevista no art. 1º da Lei nº 8.137/90, contém, como uma de suas elementares, a constituição definitiva do crédito tributário, declarado nulo, portanto, sem validade. Recurso improvido. Unânime.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL, **acordam** os Excelentíssimos Desembargadores que integram a 3ª Turma de Direito Penal do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, em **CONHECER** e **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de recurso de **apelação penal** interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** contra a sentença da Vara de Crimes contra o Consumidor e Ordem Tributária da Comarca de Belém que absolveu sumariamente o acusado JOSÉ FERREIRA DE OLIVEIRA, denunciado que foi como incurso nas sanções do art. 1º, I e II, c/c art. 12, da Lei nº 8.137/90, e mais o art. 71, *caput*, do CPB. Narra a peça acusatória, em resumo, que o acusado, na condição de único administrador, gestor, sócio majoritário e fundador do estabelecimento contribuinte J.F. DE OLIVEIRA NAVEGAÇÃO LTDA, deixou de recolher ICMS relativo à prestação de serviços de transportes, qual seja, apropriar-se de créditos do ICMS provenientes das entradas de combustíveis e lubrificantes no exercício de 2010, débito fiscal que, atualizado até 08.04.2013, equivale a R\$-13.286.492,53. Diz ainda, o *Parquet*, que o ato administrativo foi impugnado, julgado improcedente pela Sefa, restando assim, comprovada conduta dolosa do réu, em crime continuado, majorado pelo grave dano à coletividade. O réu apresentou defesa preliminar (fls. 247/254); com manifestação do Ministério Público (fls. 271/295), sobreveio sentença absolutória, com base no art. 397, III do CPP.

Apela o *Parquet* (fls.306/397), em longo arrazoado, dizendo, em resumo, que absolvição sumária se baseia em decisão oriunda do cível, que ainda se discute no STJ, havendo seis processos criminais, dos quais o apelado foi absolvido em quatro, sendo incabível a absolvição sumária, ante a constituição definitiva do crédito tributário. Pede ao final, a reforma da sentença, para o regular prosseguimento do feito.

Recurso contrarrazoado (fls. 399/416), com a Procuradoria de Justiça opinando pelo **improvemento** do apelo (fls. 424/434). Revisão regularmente efetivada.

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissibilidade.

Página 2 de 5

Cuida-se de delito contra a ordem tributária, pelo qual o apelado restou absolvido sumariamente, consistente em suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante a conduta de negativa ou deixar de fornecer, informações requisitadas pelas autoridades fazendárias e fraudar a fiscalização (art. 1º, I e II c/c art. 12, da Lei nº 8.137/90).

Pois bem. Nos termos do art. 397 do CPP, o acusado deverá ser sumariamente absolvido nos seguintes casos: a) existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; b) existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; c) o fato narrado evidentemente não constituir crime; d) estar extinta a punibilidade do agente.

Inicialmente, é de se destacar, que o crime atribuído ao apelado, por se tratar de delito tributário material, pelo qual foi denunciado, depende da constituição definitiva do crédito, conforme entendimento do STF, no HC nº 81.611/DF, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, e, até o trânsito em julgado, a existência de dúvida razoável sobre o elemento essencial para a caracterização do crime fiscal (constituição do crédito).

No caso presente, é de se reconhecer que houve o lançamento definitivo do crédito tributário, o que ampara, em tese, a acusação vez que tal procedimento é condição objetiva de punibilidade, consoante decidiu o Supremo Tribunal Federal no HC 81.611, decisão reafirmada com a edição do Enunciado nº 24 da Súmula Vinculante daquela Corte.

Porém, o cancelamento de 4 (quatro) Autos de Infração e Notificação Fiscal-AINF, nº 012008510002509-9; 0120095100000876-2; 012009820000182-9, e, conseqüentemente o de nº 12012510000257-3, declarados nulos em grau de apelação cível (nº. 2011.3.0223435) no TJE/PA, cujo Acórdão é oriundo da 4ª Câmara Cível Isolada, julgado em 19.09.2011 (fls. 216/222), inclusiva no Agravo de Instrumento nº 2013.3.006423-3, em consonância com entendimentos do STJ, então, o AINF referido é justamente a prova da materialidade delitiva que originou a denúncia Ministerial, e, no meu sentir, constitui impedimento à persecução penal, diante de prova material declarada nula, inválida e inconsistente.

Ora, restou indiscutível o direito do empresário-apelado em se creditar do ICMS na aquisição de combustíveis e lubrificantes, conforme inúmeros precedentes jurisprudenciais, inclusive do STJ, reconhecendo como INSUMO, a aquisição de combustíveis e lubrificantes,

necessários à prestação do serviço de transporte fluvial (RESp 1.090.156/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, dentre outros).

Muito embora a discussão na seara administrativa tenha se findado, há, no caso dos autos, decisão judicial de 2º grau de jurisdição, datada de 19.09.2011, e, apesar do apelante afirmar que a decisão não é definitiva por se encontrar em grau de recurso interposto para o STJ, mesmo assim, não me parece razoável que, diante da decisão do *arresto* referido, seja mantido o curso do processo penal. A figura típica prevista no art. 1º da Lei nº 8.137/90, contém, como uma de suas elementares, a constituição definitiva do crédito tributário, declarado nulo, portanto, sem validade.

Lado outro, é oportuno ressaltar que foi negado seguimento ao Recurso Especial e Extraordinário, interpostos respectivamente ao STJ e STF, conforme se extrai da Certidão da Secretaria da 4ª Câmara Cível Isolada do TJE/PA, às fls. 257, cujas decisões o Estado do Pará agravou, em 10.12.2012.

Destacou a decisão proferida no cível que que o apelado tem direito ao creditamento, e, em consequência, anulou os Autos de Infrações, não havendo, portanto, constituição definitiva do crédito tributário. Isso significa, ao menos em tese, que qualquer que seja o resultado dos recursos interpostos aos órgãos superiores, não haverá o resultado naturalístico, ou seja, não haverá prejuízo ao erário, que poderá propor nova ação penal, em face do resultado, em hipótese, obtido no STF.

De outra banda, a assertiva Ministerial de que, no caso concreto, o Estado do Pará proíbe a utilização do crédito decorrente de combustíveis, vai de encontro com o posicionamento do próprio ente Estatal, supostamente credor e interessado na lide, representado pelo Procurador Geral do Estado, no parecer de fls. 115/117, de 16.08.2012, onde é dado provimento ao Recurso Voluntário interposto por J. F. de Oliveira, ora apelado, para excluir do AINF nº 012012510000257-3, os combustíveis e lubrificantes, o que evidencia ainda mais, a precariedade da prova material do crime atribuído pelo Ministério Público, além da declaração de nulidade, via judicial, tornando-o inválido.

Dessa forma não basta a lavratura do auto de infração, para a instauração da correspondente ação penal, pois o momento consumativo de tal espécie infracional não se

perfaz com a simples prática de uma das condutas descritas no tipo. Torna-se necessário, para tanto, o resultado a que elas conduzem sonegação total ou parcial do tributo ou contribuição social, pois só no momento em que o tributo é sonegado é que se pode falar em consumação, o que se comprova após a constituição definitiva do crédito, o que foi feito, materializada por decisão administrativa que determinara o lançamento definitivo, porém, com o AINF declarado nulo, inexistente a prova material.

A ausência dessa prova, pois, significa ausência do interesse de agir, de condição da ação, daí, via de consequência, não vejo como dar prosseguimento a persecução criminal nos termos do art. 93 do CPP, como requer o apelante, vez que a questão, a meu ver, não é de difícil solução.

Assim, se o crédito tributário ainda não mais existe ou se não há prova da existência dele, e o fato imputado ao réu é de que ele deixou de recolher tributo, excluído pelo próprio Estado credor (Parecer da Procuradoria Geral do Estado) mostra-se injustificada a denúncia, ante a incerteza a respeito da existência ou pertinência do tributo.

DIANTE DO EXPOSTO, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO, E, EM CONSEQUÊNCIA, FICA MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS.

JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR MAIRTON MARQUES CARNEIRO.

Belém (PA), 20 de setembro de 2018.

Desembargador **RAIMUNDO HOLANDA REIS,**

Relator