

250



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**Gab. Des. Marco Antônio Cabral Maggi**

**QUARTA CÂMARA CRIMINAL**

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000859-56.2006.8.17.0810 (0239816-7)**

**APELANTES: FRANCISCO RÔMULO DE SOUZA SARAIVA**

**APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**

**RELATOR: DES. MARCO ANTÔNIO CABRAL MAGGI**

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. SONEGAÇÃO DE TRIBUTO – ICMS. ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/90. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS NAS PROVAS DOS AUTOS. OMISSÃO DE ENTRADA DE COMBUSTÍVEL NOS LIVROS FISCAIS COMPROVADA. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA REPRIMENDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CORREÇÃO DA DOSIMETRIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA É SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CPB. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. DECISÃO POR UNANIMIDADE.**

1. Restaram devidamente comprovadas a materialidade e a autoria delitiva do crime de sonegação tributária imputado ao recorrente, conforme demonstrado no auto de infração nº. 005.01310/00-2, documentos acostados, e depoimentos colhidos em juízo.
2. Durante o procedimento de fiscalização no estabelecimento do recorrente, um posto de gasolina, o fiscal tributário tomou como base a leitura dos encerrantes das bombas, a medição do estoque físico de álcool combustível e as informações escrituradas no LMC – Livro de Movimentação de Combustíveis, tendo sido constatada a omissão da venda de 57.285 l (cinquenta e sete mil, duzentos e oitenta e cinco litros) de álcool combustível

251



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**Gab. Des. Marco Antônio Cabral Maggi**

(AEHC), com a sonegação de R\$ 34.011,40 (trinta e quatro mil, onze reais e quarenta centavos).

3. A conduta criminosa, que consistia em omissão de entrada de produto, era obviamente praticada sob a orientação e aquiescência do recorrente, não havendo dúvidas da presença do dolo específico exigido pelo tipo, consistente na vontade livre e consciente de omitir informações na escrituração fiscal, com o fito de reduzir o pagamento de tributos.
4. Quanto à dosimetria da pena imposta, a fundamentação empregada na sentença recorrida não se mostra suficiente para a fixação da pena-base em 03 (três) anos de reclusão, pois o Juízo *a quo* considerou desfavorável ao réu algumas circunstâncias judiciais, que, no entanto, constituem elementos próprios do tipo penal, e portanto, inaceitáveis para fundamentar a elevação da pena.
5. Pena-base redimensionada para o mínimo legal em 02 (dois) anos de reclusão, e tornada definitiva em 03 (três) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto. Substituição por duas penas restritivas a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº 0000859-56.2006.8.17.0810 (0239816-7) em que são partes as acima nominadas, ACORDAM os Desembargadores componentes da Quarta Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao apelo interposto pelo réu, consoante o voto do Des. Relator.

Recife, 1º de julho de 2014.

**DES. MARCO ANTÔNIO CABRAL MAGGI**  
Presidente/Relator



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**Gab. Des. Marco Antônio Cabral Maggi**



**QUARTA CÂMARA CRIMINAL**

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000859-56.2006.8.17.0810 (0239816-7)**

**APELANTES: FRANCISCO RÔMULO DE SOUZA SARAIVA**

**APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**

**RELATOR: DES. MARCO ANTÔNIO CABRAL MAGGI**

**RELATÓRIO**

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Francisco Rômulo de Souza Saraiva** em face da decisão que o condenou a pena definitiva de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e multa de 45 (quarenta e cinco) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 1º, inciso II, da Lei nº. 8.137/90, c/c art. 71 do Código Penal.

A denúncia, baseada no Inquérito Policial, afirma que, em 15 de junho de 2000, por ocasião da fiscalização do Fisco Estadual, foi constatado que, nos meses de janeiro a maio de 2000, o acusado, ora apelante, na qualidade de gerente e administrador da empresa **Francisco Rômulo Souza Saraiva** (empresa individual), fraudou a Fazenda Estadual, omitindo o registro das notas fiscais de entrada e saída de mercadorias no livro registro de entradas e saídas, dando margem ao Auto de Infração nº. 005.01310/00-2.

Narra a exordial que a fraude foi detectada através do confronto dos valores lançados no Livro de Movimentação de Combustíveis e das leituras efetuadas nos Encerrantes de Estoque de Combustíveis, ficando evidenciada a saída de combustível em quantidades superiores às registradas.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**Gab. Des. Marco Antônio Cabral Maggi**



Consta também da peça acusatória que a supressão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) atingiu o montante de R\$ 45.197,86 (quarenta e cinco mil, cento e noventa e sete reais e oitenta e seis centavos), e foi definitivamente inscrita na Dívida Ativa do Estado, tendo a empresa sonegadora solicitado o parcelamento do débito em trinta parcelas, das quais só quitou as duas primeiras.

Encerrada a instrução, o Juiz de primeiro grau, na sentença (fls. 109/113), com base na prova dos autos, considerou comprovada a materialidade a autoria delitiva, e condenou o acusado como incurso nas penas do art. 1º, inciso II, da Lei nº. 8.137/37, aplicando-lhe a pena definitiva de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 45 (quarenta) e cinco dias de reclusão.

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação, pugnando pela absolvição por manifesta atipicidade da conduta e pela "falta de condição objetiva de punibilidade", diante da ausência da certidão de inscrição do crédito e da decisão definitiva do processo administrativo. Além disso, argumenta a inexistência do dolo e a insuficiência de provas para fundamentar a condenação, e ressalta a inviabilidade da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Subsidiariamente, a defesa do recorrente pleiteia a diminuição da pena imposta, por considerar que os aspectos considerados desfavoráveis ao réu são próprios do tipo penal, e por entender que a circunstância agravante e a causa especial de aumento foram estabelecidas de modo exacerbado.

Em sede de contrarrazões (fls. 230), o Ministério Público rechaça as teses defensórias e afirma que "em sua decisão, todas as nuances do crime foram apreciadas, sopesando o Julgador, sabiamente, todos os elementos do fato, não havendo, a nosso ver, que se falar, nem em atipicidade do fato, nem em reforma da dosimetria da pena por falta de fundamentação jurídica."



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**Gab. Des. Marco Antônio Cabral Maggi**



No mesmo sentido, a Procuradoria de Justiça, em parecer (fls. 236/237), opina pelo não provimento do apelo, a fim de que seja mantida integralmente a sentença recorrida.

É O RELATÓRIO.

A Douta Revisão.

Recife, 15 de agosto de 2013.

  
**Des. Marco Antônio Cabral Maggi**

Relator

252



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**Gab. Des. Marco Antônio Cabral Maggi**

**QUARTA CÂMARA CRIMINAL**

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000859-56.2006.8.17.0810 (0239816-7)**

**APELANTES: FRANCISCO RÔMULO DE SOUZA SARAIVA**

**APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**

**RELATOR: DES. MARCO ANTÔNIO CABRAL MAGGI**

**VOTO**

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por **Francisco Rômulo de Souza Saraiva** em face da decisão que o condenou pela prática do delito previsto no art. 1º, inciso II, da Lei nº. 8.137/90, c/c art. 71 do Código Penal, em virtude da apontada sonegação de ICMS na venda de combustíveis.

Nas razões recursais, o apelante pugna pela absolvição em face da atipicidade da conduta, da falta dos pressupostos da condenação, e da inexistência de dolo direito para a consecução do crime. Subsidiariamente, pleiteia pela redução da pena imposta na decisão recorrida.

Analisando as provas produzidas na instrução processual, entendo ter restado devidamente comprovadas a materialidade e a autoria delitiva do crime de sonegação tributária imputado ao recorrente, conforme demonstrado no auto de infração nº. 005.01310/00-2, documentos acostados às fls. 08/56, e depoimentos colhidos em juízo (fls. 67/69 e 78/79).

Como bem esclarecido pela testemunha Antônio Emery Lopes, auditor fiscal responsável pela autuação da empresa do apelante, o crime dos autos – fraude à fiscalização tributária através da inserção de elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal – foi apurado através do levantamento da movimentação física de álcool combustível.

Durante o procedimento de fiscalização no estabelecimento do recorrente, um posto de gasolina, o fiscal tributário tomou como base a leitura dos encerrantes das bombas, a



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**Gab. Des. Marco Antônio Cabral Maggi**

medição do estoque físico de álcool combustível e as informações escrituradas no LMC – Livro de Movimentação de Combustíveis, tendo sido constatada a omissão da venda de 57.285 l (cinquenta e sete mil, duzentos e oitenta e cinco litros) de álcool combustível (AEHC), com a sonegação de R\$ 34.011,40 (trinta e quatro mil, onze reais e quarenta centavos).

Em suas declarações o auditor fiscal esclareceu que:

“(…) ele depoente foi auditor fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco durante 08 (oito) anos e aposentou-se no ano de 2002, que o auto de infração de fls. 07 é de sua autoria; que ele depoente fiscalizou a empresa Francisco Rômulo de Souza Saraiva mediante determinação do seu chefe pelo método de fiscalização dirigida para examinar a movimentação de entrada e saída de combustível de referida empresa e levantou que referido contribuinte omitiu registro de entrada de álcool em seus livros fiscais nos dias 01, 27, 29 de fevereiro, 30 de abril e 14 de maio, do ano de 2000, com as diferenças constantes de referido auto de infração, que ele depoente em virtude do tempo não está lembrado se o Sr. Francisco Rômulo aqui presente o atendeu naquele ato de fiscalização. Que na época de 2000 havia questões judiciais sobre débito de ICMS sobre o álcool, que por causa dessas discussões judiciais algumas distribuidores usavam de expedientes para não recolher o imposto; que a fiscalização do posto numa venda do álcool era realizada de forma que o dono do posto possuía livro de registro de entrada e saída diária do combustível. Essa saída constava do registro da própria bomba, que era lacrada pela fazenda estadual. Com base nestes dados, bastava verificar a quantidade de álcool recebido no tanque e a quantidade registrada na bomba. O saldo de combustível no tanque deveria corresponder ao total de entrada mesmo o registrado na bomba. Quando o saldo no tanque era maior que a diferença entre a entrada e saída registrada, isso corresponde à entrada de mercadoria sem nota fiscal e consequentemente sem o pagamento do tributo. Que não se lembra quem o atendeu no ato da fiscalização no posto de combustível aqui denunciado, mas normalmente esse atendimento quando não é feito pelo próprio dono é feito pelo gerente do posto; que não conhecia a pessoa do Sr. Francisco aqui presente a quem viu pela primeira vez nesta audiência.”

O recorrente, por sua vez, apesar de negar qualquer sonegação fiscal, admitiu a confissão da dívida e o fato de ter pago apenas duas das trinta parcelas devidas ao fisco, conforme se depreende dos seguintes trechos de seu interrogatório:

“Que não é verdade o que consta na denúncia; que no dia do fato, 15/06/2000, ele interrogado não estava na cidade do Recife, mas na cidade de Serra Talhada e naquela época havia um grande movimento a respeito de desvio de álcool combustível; que a fiscalização estadual chegou em seu posto de gasolina na BR



254

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**Gab. Des. Marco Antônio Cabral Maggi**

---

232, nesta cidade do Jaboatão e apressadamente queria as notas fiscais do álcool; que como ele interrogado não estava presente e os seus funcionários não sabiam localizar referidas notas fiscais, a Fazenda Estadual não aguardou e procedeu ao auto de infração como se ele interrogado tivesse comprado e vendido álcool combustível sem nota fiscal; (...) que não pode afirmar se foi feita a leitura da quantidade de combustível saído da bomba para comparar com a sua escrita fiscal, como consta nesta denúncia, pois como não estava presente ao ato da fiscalização estadual, não pode afirmar quanto à verificação da bomba; que ele interrogado confessou a dívida e solicitou um parcelamento do qual pagou duas prestações e não teve condição de pagar as 28 restantes; que tem intenção de quitar a dívida perante ao Fisco Estadual; que a sua firma era em nome individual; que relativamente ao auditor fiscal Antônio Emery Lopes, ele interrogado não conhece e nunca tratou com o mesmo.

Deve-se salientar, ademais, que o auto de infração fiscal que ensejou a presente ação penal goza de presunção de legitimidade, cabendo ao autuado fazer prova para demonstrar a inveracidade do ali apurado, o que não ocorreu em nenhuma fase do feito ou mesmo na esfera administrativa.

Assim sendo, diante dos fatos retroanalizados, verifico haver provas suficientes de que o recorrente omitia a entrada de mercadorias, na hipótese, álcool combustível, com o firme propósito de reduzir o imposto a ser pago por sua empresa, restando amplamente comprovada a materialidade delitiva.

Ressalte-se, por fim, ser evidente a vontade livre e consciente do apelante de praticar o crime dos autos, uma vez que o mesmo era, ao tempo do fato, o representante da empresa autuada e o responsável por sua administração, sendo, portanto, o único beneficiário da sonegação fiscal.

A conduta criminosa, que consistia em omissão de entrada de produto, era obviamente praticada sob a orientação e aquiescência do recorrente, não havendo dúvidas da presença do dolo específico exigido pelo tipo, consistente na vontade livre e consciente de omitir informações na escrituração fiscal, com o fito de reduzir o pagamento de tributos.

Comprovadas que foram a materialidade e a autoria delitiva, há que ser mantida a condenação do ora apelante no crime previsto no art. 1º, II, da Lei 8.137/90.





**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**Gab. Des. Marco Antônio Cabral Maggi**

Quanto à dosimetria da pena imposta, entendo que assiste razão ao pleito da defesa, pois a fundamentação empregada na sentença recorrida não se mostra suficiente para a fixação da pena-base em 03 (três) anos de reclusão.

Por sua relevância, cumpre destacar que o magistrado, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CPB, procedeu com as seguintes considerações:

“O Réu constituiu a firma individual em nome próprio de FRANCISCO RÔMULO DE SOUZA SARAIVA para o exercício da atividade de Posto de Gasolina com a distribuição de combustíveis para veículo automotor. Nessa atividade comprou sem nota fiscal 57.285 (cinquenta e sete mil, duzentos e oitenta e cinco) litros de álcool no período de 01.02.2000 a 29.05.2000, que não registrou no livro de registro de entradas de mercadorias, para assim fraudar a fiscalização tributária e omitir o pagamento do Imposto Estadual no valor de R\$11.299,47 (onze mil, duzentos e noventa e nove reais, quarenta e sete centavos) a preço original de 16.06.2000, data do auto de infração.

Não possui sentença condenatória transitada em julgado.

Não há informação sobre a conduta social.

A personalidade, consta da folha policial, a fls. 88, infração aos Arts. 129 e 180 do Código Penal e duas vezes infração ao Art. 1º, inciso II, da lei nº 8.137/90.

Quanto ao motivo, não justificou se estabelecer com empresa revendedora de combustíveis automotivos para fraude a arrecadação tributária.

A circunstância de adquirir mercadoria desacompanhada de nota fiscal para evitar o pagamento de tributo é grave, pois prejudica a segurança da relação jurídica entre o estado e o contribuinte.

A consequência foi grave, já que o Estado de Pernambuco não recebeu a quantia e não contribuiu para a ação do réu.

Fixo a pena em 3 (três) anos de reclusão, sem atenuante, agravante e diminuição. Aumento em 1 (um) ano e 6 (seis) meses pela continuidade, a teor do Art. 71, do Código Penal. Pena definitiva de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses, que cumprirá em regime semiaberto na Penitenciária Agroindustrial São João.”

Dessa forma, vislumbra-se que o Juízo *a quo* considerou desfavorável ao réu algumas circunstâncias judiciais, que, no entanto constituem elementos próprios do tipo penal, e portanto, inaceitáveis para fundamentar a elevação da pena.

Vale ressaltar que não foi mencionado qualquer fator que caracterize o ato delitivo como destoante da reprovabilidade comum do crime, igualmente não foram indicados antecedentes criminais, personalidade voltada para o crime ou má conduta social.

256



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**Gab. Des. Marco Antônio Cabral Maggi**

Assim, não havendo qualquer circunstância judicial desfavorável ao réu, e considerando que a pena em abstrato cominada para o delito previsto no art. 1º da Lei nº. 8.137/90 é de 02 (dois) a 05 (cinco) anos e multa, fixo a pena-base no mínimo legal em 02 (dois) anos de reclusão.

Não havendo agravantes ou atenuantes a incidirem na segunda fase da dosimetria, aumento a reprimenda em 01 (um) ano, pela continuidade delitiva demonstrada nos autos (art. 71 CPB), tendo em vista a elevada quantia de dinheiro sonegado pelas condutas reiteradas, tornando a pena definitiva em 03 (três) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, conforme a previsão do art. 33, §§ 2º e 3º, do CPB.

Tratando-se de crime que não foi cometido com violência, e que atende às demais exigências contidas no art. 44 do CPB, substituo a pena privativa de liberdade imposta por duas penas restritivas de direitos, a serem definidas e executadas pelo Juízo das Execuções Penais.

Por fim, mantenho a pena pecuniária estabelecida na sentença condenatória, tendo em vista a proporcionalidade e a razoabilidade dos parâmetros empregados pelo juiz sentenciante.

Por todo o exposto, meu voto é no sentido de dar provimento parcial ao apelo interposto, para, mantida a condenação pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso II, da Lei nº. 8.137/90, redimensionar a pena privativa de liberdade imposta ao réu, Francisco Rômulo de Souza Saraiva, de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, para 03 (três) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, substituindo-a por duas penas restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, mantendo-se a sentença recorrida em seus demais termos.

**É COMO VOTO.**

Recife, 1º de julho de 2014.

  
**Des. Marco Antônio Cabral Maggi**  
Relator



257

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
*Gabinete Des. Gustavo Augusto Rodrigues de Lima*

**QUARTA CÂMARA CRIMINAL**

PROCESSO Nº 0000859-56.2006.8.17.0810 (0239816-7)

APELAÇÃO CRIMINAL

APELANTE: FRANCISCO RÔMULO DE SOUZA SARAIVA

APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. MARCO ANTÔNIO CABRAL MAGGI

REVISOR: DES. GUSTAVO AUGUSTO LIMA

PROCURADORA DE JUSTIÇA: MARILEA DE SOUZA CORREIA ANDRADE

**VOTO**

Sr. Des. Presidente

Sr. Desembargador

Sr. Procurador de Justiça

Cuida-se de apelo interposto contra a sentença que condenou FRANCISCO RÔMULO DE SOUZA SARAIVA a pena de 04 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 45 (quarenta e cinco) dias-multa, em razão da infração ao art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90.

**DA PRELIMINAR**

O apelante alega que não há justa causa para a presente ação penal, pois se afigura ausente uma das condições objetivas, qual seja: o término do processo administrativo e a consequente constituição definitiva do crédito tributário.

Em que pese o fato de o apelante, nas suas razões recursais, não apontar o assunto como preliminar, tal argumento deve ser apreciado antes da análise do mérito do recurso

A alegada nulidade não ocorreu. Muito embora o apelante procure negar a validade do ofício de fl. 46, através do qual a Secretaria da Fazenda atesta que o débito tributário se encontra devidamente inscrito na Dívida Ativa do Estado desde 26/04/2001, tal documento, por ser oriundo de Órgão Público, goza de presunção *juris tantum*, sendo descipienda a juntada de certidão positiva do débito.

Assim, evidenciando-se que o débito tributário do apelante encontra-se inscrito na Dívida Ativa do Estado, não há nulidade a ser sanada, pelo que **voto pela rejeição da preliminar.**

## DO MÉRITO

No mérito, alega o apelante que não subsiste o tipo penal que lhe foi imputado em razão da impropriedade do meio empregado. Alega ainda que não houve dolo na sua conduta, sendo imperiosa a absolvição.

A materialidade está consubstanciada no Auto de Infração nº 005.01310/00-2 encartado à fl. 08/56, no ofício da Secretaria da Fazenda, que atesta a existência do débito tributário, e no depoimento do Auditor Fiscal da Fazenda Estadual.

As alegações da defesa não merecem prosperar. Verifica-se do exame dos documentos de fls. 75/77 e do interrogatório do apelante, que este último é o responsável legal pela firma individual que sonegou o tributo (fl. 68).

A forma como o Fisco elucidou o fato criminoso foi narrada pelo Auditor Fiscal da Fazenda Estadual, Sr. Antônio Emery Lopes, nos seguintes termos

*(...) que ele depoente foi auditor fiscal da Secretaria da Fazenda do estado de Pernambuco durante 08 anos e aposentou-se no ano de 2002, que o auto de infração de fls. 07 é de sua autoria; que ele depoente fiscalizou a empresa Francisco Rômulo de Souza Saraiva mediante determinação do seu chefe pelo método de fiscalização dirigida para examinar a movimentação de entrada e saída de combustível de referida empresa e levantou que referido contribuinte omitiu registro de entrada de álcool em seus livros fiscais nos dias 01, 27, 29 de fevereiro, 30 de abril e 14 maio, do ano de 2000, com as diferenças constantes de referido auto de infração, que ele depoente*

*em virtude do tempo não está lembrado se o Sr. Francisco Rômulo aqui presente o atendeu naquele ato de fiscalização (...) Que na época de 2000 havia questões judiciais sobre débito de ICMS sobre o álcool, que por causa dessas discussões judiciais algumas distribuidoras usavam de expedientes para não recolher o imposto; que a fiscalização do posto numa venda do álcool era realizada de forma que o dono do posto possuía livro de registro de entrada e saída diária do combustível. Essa saída constava do registro da própria bomba, que era lacrada pela fazenda estadual. Com base nestes dados, bastava verificar a quantidade de álcool recebido no tanque e a quantidade registrada na bomba. O saldo de combustível no tanque deveria corresponder ao total de entrada mesmo o registrado na bomba. Quando o saldo no tanque era maior que a diferença entre a entrada e saída registrada, isso corresponde à entrada de mercadoria sem nota fiscal e conseqüentemente sem o pagamento do tributo. Que não se lembra quem o atendeu no ato da fiscalização no posto de combustível aqui denunciado, mas normalmente esse atendimento quando não é feito pelo próprio dono é feito pelo gerente do posto; que não conhecia a pessoa do Sr. Francisco aqui presente a quem viu pela primeira vez nesta audiência".*

A alegação de ausência de dolo na conduta do apelante não merece agasalho. Segundo a hodierna jurisprudência emanada dos Tribunais Superiores, os crimes tipificados no art. 1º da Lei nº 8137/90 se constituem em ilícitos materiais ou de resultado. Portanto, prescindem de decisão definitiva em sede de processo administrativo-fiscal como condição objetiva de punibilidade, consistindo elemento fundamental à exigibilidade da obrigação tributária.

O entendimento atual da Suprema Corte é no sentido de que "nos crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade" (...). (HC 56374/SP; HABEAS CORPUS 2006/0059024-0; Relator Ministro GILSON DIPP; Órgão Julgador QUINTA TURMA; Data do Julgamento 19/06/2007; Data da Publicação/Fonte DJ 06.08.2007 p. 554)

Nestes termos, para a consumação do crime tipificado no art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, desnecessário provar a ocorrência do dolo específico, visto que a hipótese dos autos trata de crime material ou de resultado. Superada a condição de procedibilidade com a constituição definitiva do crédito tributário, sem que o contribuinte pague o débito ou efetue o seu parcelamento, é lícito ao Órgão Ministerial iniciar a persecução penal.

Através do ofício de fl. 46 a Secretaria da Fazenda atesta que o débito tributário se encontra devidamente inscrito na Dívida Ativa do Estado desde 26/04/2001 e que o parcelamento da referida dívida não foi adimplido.

A fiscalização tributária da Fazenda Estadual compareceu à firma Francisco Rômulo de Souza Saraiva no dia 15 de junho de 2000 e constatou que, nos meses de janeiro a maio de 2000, o acusado omitiu o registro nos livros fiscais da entrada e saída de 57.285(cinquenta e sete mil, duzentos e oitenta e cinco) litros de combustíveis, o que resultou numa diferença de estoque de 12.285(doze mil, duzentos e oitenta e cinco) litros de combustíveis, que foi detectado através do confronto dos valores lançados no Livro de Movimentação de Combustíveis-LMC e das leituras efetuadas nos Encerramentos de Estoque de Combustíveis, onde foi constatada uma diferença entre a leitura dos encerramentos das bombas e a leitura encontrada no livro fiscal, ficando evidenciado que o mesmo efetuou a saída de combustível em quantidades superiores às registradas.

A ausência de registro de entrada de mercadoria nos livros fiscais da firma do apelante resultou na omissão do pagamento do ICMS no valor de R\$ 11.299,47(onze mil, duzentos e noventa e nove mil cento e quarenta e sete reais), que com a multa e os juros de mora, somou a quantia R\$ 34.011,40(trinta e quatro mil, onde reais e quarenta centavos).

Assim, diante dos elementos da prova acima elencados, restou configurado à saciedade o ilícito descrito na exordial acusatória, devendo ser mantida a condenação por infração ao art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, c/c art. 71 do Código Penal.

A defesa se insurge também contra a dosimetria da pena fixada em desfavor do apelante, argumentando que o afastamento da pena-base do mínimo legal não foi devidamente justificado. Vejamos os termos do Julgado:

*"(...) O Réu constituiu a firma individual em nome próprio de FRANCISCO RÔMULO DE SOUZA SARAIVA para o exercício da atividade de Posto de Gasolina com a distribuição de combustíveis para veículo automotor. Nessa atividade comprou sem nota fiscal 57.285(cinquenta e sete mil, duzentos e oitenta e cinco) litros de álcool no período de 01.02.2000 a 29.05.2000, que não registrou no livro de registro de entradas de mercadorias, para assim fraudar a fiscalização*

tributária e omitir o pagamento do Imposto Estadual no valor de R\$11.299,47(onze mil, duzentos e noventa e nove reais, quarenta e sete centavos) a preço original de 16.06.2000, data do auto de infração.

Não possui sentença condenatória transitada em julgado.

Não há informação sobre a conduta social.

A personalidade, **consta da folha policial, a fls. 88, infração aos Arts. 129 e 180 do Código Penal e duas vezes infração ao Art.1º, inciso II, a lei nº 8.137/90.**

Quanto ao motivo, não justificou se estabelecer com empresa revendedora de combustíveis automotivos para fraude a arrecadação tributária.

A circunstância de adquirir mercadoria desacompanhada de nota fiscal para evitar o pagamento de tributo é grave, pois prejudica a segurança da relação jurídica entre o estado e o contribuinte.

**A consequência foi grave, já que o Estado de Pernambuco não recebeu a quantia e não contribuiu para a ação do réu. (...)"**

Dos termos da decisão se depreende que o Exmo. Magistrado, *data venia*, fez alusão a elementos inerentes ao próprio tipo penal imputado ao apelante, sendo certo que tal procedimento é vedado pelos tribunais pátrios. Sobre o assunto, colaciono o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PECULATO MILITAR. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE QUANTO AOS MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. AGRAVANTE DO ART. 70, II, "L", DO CÓDIGO PENAL MILITAR. APLICAÇÃO. BIS IN IDEM. COMETIMENTO EM SERVIÇO. CARACTERIZAÇÃO DO CRIME MILITAR. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Hipótese em que o Juiz de primeiro grau motivou concretamente a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, em especial a culpabilidade, os antecedentes, as circunstâncias e a personalidade do agente. Constata-se ilegalidade, contudo, no tocante aos motivos e às consequências do crime, eis que embasadas em questões inerentes ao próprio tipo penal consumado (lucro fácil e não restituição dos bens).

3. O peculato é previsto tanto do Código Penal quanto do Código Penal Militar, caracterizando-se, por isso, como crime militar impróprio. No caso, restou caracterizada a hipótese do art. 9º, II, "e", do Código Penal Militar, que define como crime militar aquele praticado em situação de atividade e contra patrimônio sob a

administração militar. Diante desse contexto, o cometimento do delito durante o exercício da atividade é inerente ao próprio tipo penal, sendo inaplicável a agravante prevista no art. 70, II, "I", do Código Penal Militar (estando em serviço), sob pena de bis in idem.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a reprimenda imposta ao paciente para 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, mantido o regime semiaberto e os demais termos da sentença.

(HC 166.673/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 19/09/2013)


Assim, não vislumbro qualquer circunstância do crime desfavorável ao apelante e, por via de consequência, deve a pena base ser reduzida para o mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão.

Diante a inexistência de agravantes ou atenuantes, a reprimenda deve ser aumentada em 1 (um) ano em razão do reconhecimento da continuidade delitiva, para que se torne definitiva em 3 (três) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, com fulcro no art. 33, §§ 1º e 2º do Código Penal.

Por tais fundamentos, senhores Desembargadores, senhor Procurador de Justiça, voto pelo provimento parcial do recurso de apelação interposto por FRANCISCO RÔMULO DE SOUZA SARAIVA, com o fim reduzir a pena definitiva para 3 (três) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, substituindo-a por duas penas restritivas de direito a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execução de Penas Alternativas-VEPA, mantendo-se incólume os demais termos da sentença recorrida.

É COMO VOTO.

Recife, 01 de julho de 2014.

  
Des. Gustavo Augusto Lima  
Revisor