

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO - GO**HOMICÍDIO QUALIFICADO**

Recurso MS .
Tribunal TRF4
Relator CELSO DE MELLO

TRIBUTÁRIO — FRAUDE - ICMS - OMISSÃO DE OPERAÇÕES - MATERIALIDADE NÃO CONFIGURADA**EMENTA**

ACÓRDÃO: Fraude à ordem tributária. ICMS. Omissão de operações. Emissão de nota fiscal. Materialidade. Nos crimes contra a ordem tributária que importem em supressão ou redução de tributos, o resultado, vale dizer, a sua materialidade, se comprova com a apuração final da existência de crédito tributário suprimido ou reduzido após o término do procedimento administrativo. Desse modo, a denúncia oferecida antes de concluído o procedimento fiscal carece de justa causa, conforme precedentes do STF Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº 3123/2005, em que é Apelante o Ministério Público e Apelado Diodino José do Nascimento ou Diodino José do Nascimento Neto, Acordam os Desembargadores que integram a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator que passa a integrar o presente. Diodino José do Nascimento ou Diodino José do Nascimento Neto foi absolvido pela sentença de f. 97/99 da imputação de fraude à ordem tributária. Inconformado, o Ministério Público recorreu tempestivamente a f. 101, e, nas razões de f. 109/110. postula pela condenação nos moldes da denúncia O recurso foi contrariado a f. 114/116 em prestígio da sentença e, nesta instância, o ilustre procurador JOÃO BATISTA DE ASSIS FILHO ofertou o parecer de f. 120/123, opinando pelo seu provimento. Voto Não há como prosperar a pretensão do parquet em ver cassada a decisão de absolvição, porque, a toda evidência, não ficou devidamente configurada a materialidade do delito imputado. Senão vejamos A denúncia imputa a Diodino José do Nascimento ou Diodino José do Nascimento Neto a infração ao artigo 1º, inciso II da Lei nº 8.137/90, que define como crime contra a ordem tributária "fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos ou omitindo operação de qualquer natureza em documento ou livro exigido pela lei fiscal", pois no dia 10 de julho de 2003, "suprimiu ICMS, fraudando a fiscalização tributária através de omissão de operações relativas à distribuição e venda de gás liquefeito de petróleo em documentos exigidos pela legislação fiscal" e deixou de fornecer, apesar da obrigatoriedade, nota fiscal ou documento equivalente relativa à venda de 42 botijas de gás." Com relação a primeira conduta, a prova não foi segura de que o acusado teria suprimido ICMS, pois, como se verifica no documento de f. 89, o ICMS era retido na fonte. Quanto à segunda conduta, de ter deixado de emitir nota fiscal relativa à venda das botijas de gás, não há materialidade, porque o documento de f. 17 refere-se à saída da mercadoria do estabelecimento e esta datado do mesmo dia dos fatos; se a emissão foi depois da autuação, caberia à autoridade policial ou fazendária comprovar a alegação não bastando a simples conjectura. E ainda assim, como relatado pelo motorista do caminhão que transportava a mercadoria, ele saíra para efetuar vendas que ainda não tinham sido levadas a efeito. De se observar ainda que o auto de infração de f. 5 diz respeito a uma conduta administrativa vedada, qual seja, remeter e transportar mercadorias tributadas desacompanhadas de documento fiscal, no caso, a nota fiscal de saída, como esclarecida pelos fiscais de rendas Paulo Fadigas de Souza (f. 71) e Marcelo Delayti Barroca (f. 73), o que difere da conduta imputada ao apelado que seria aquela descrita no artigo I inciso II da Lei nº 8.137/90. Aliás, a unanimidade da doutrina considera o delito do artigo 1º da Lei nº 8137/90 como sendo de delito material, para cuja consumação é necessária a produção do resultado previsto no tipo: suprimir ou reduzir tributos. "Nesse sentido, citam-se PAULO JOSÉ DA COSTA

JR (Infrações Tributárias e Delitos Fiscais, Ed. Saraiva. 1995, p. 100), ARISTIDES JUNQUEIRA, GILBERTO DE ULHÕA CANTO, CELSO RIBEIRO BASTOS, HUGO DE BRITO MACHADO et alli. Crimes Contra a Ordem Tributária - Pesquisas Tributárias - Ed. Rev. Tribunais E, logicamente, só se pode falar em supressão ou redução de tributo após o término do procedimento administrativo que culmina com o lançamento, atividade privativa das autoridades fazendárias. Desta forma, o término do procedimento administrativo comprovará ou não a materialidade delitiva, o resultado da ação do contribuinte. Nesse caso, oferecida a denúncia, antes do término do procedimento administrativo, deverá o juiz rejeitá-la, por faltar a comprovação do resultado descrito no tipo penal, e por consequência, inex