



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 998.390 - SP (2016/0270165-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : ANTONIO MAKHLOUF
ADVOGADOS : LUÍS CARLOS CORRÊA LEITE - SP043459
MÁRIO SÉRGIO LEITE PORTO E OUTRO(S) - SP206830
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ALTERAÇÃO DE REGIME. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS. MERO INCONFORMISMO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, veiculando mero inconformismo com o que se decidiu, razão por que deve ser mantida a decisão monocrática proferida.
2. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de novembro de 2017 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 998.390 - SP (2016/0270165-5)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : ANTONIO MAKHLOUF
ADVOGADOS : LUÍS CARLOS CORRÊA LEITE - SP043459
MÁRIO SÉRGIO LEITE PORTO E OUTRO(S) - SP206830
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental em agravo em recurso especial interposto por Antônio Makhlof contra decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial (fls. 668/680).

Sustenta que o precedente jurisprudencial mencionado na decisão recorrida a fim de corroborar a negativa de produção de prova pericial distingue-se da situação versada no presente caso.

Afirma, em síntese, que a realização da prova pericial *parece-nos essencial para a apuração dos fatos que deram origem a esta ação, pois os fundamentos da acusação e da defesa estão na apreciação dos documentos apresentados, na sua força probante. Em razão da complexidade que o estudo destes elementos mostra, é preciso que a matéria seja apreciada por perito com formação em contabilidade, da confiança do Juízo, e sob o crivo do contraditório, permitindo que o acusado possa acompanhar os trabalhos, e indicar os elementos probatórios necessários a apreciação dos negócios que, indiretamente, deram origem a esta ação (fls. 689).*

Diz que no processo administrativo, utilizado para fundamentar sua condenação, não há igualdade entre as partes, não podendo servir como elemento único para condenação.

Aduz que deve ser declarada sua absolvição, porém, caso mantida a condenação, que deve ser modificado o regime inicial de cumprimento da pena do semiaberto para o aberto e, por fim, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pede, por fim, seja reconsiderada a decisão ou apresentado o feito para julgamento pela Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 998.390 - SP (2016/0270165-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado. Verifica-se das razões do agravo regimental que o recurso veicula mero inconformismo do agravante, pois as questões suscitadas foram devidamente abordadas e afastadas pela decisão combatida de fls. 668/680:

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por Antônio Makhlouf em face de decisão que não admitiu o recurso especial (fls. 613/614).

Sustenta o recorrente, quanto à deficiência na fundamentação do recurso especial, que a apreciação da suficiência dos argumentos do recorrente é matéria de mérito do recurso, a qual deve ser julgada pelo tribunal ad quem (fl. 624).

Aduz, quanto à perícia contábil, que é possível que a prova técnica fosse desnecessária para o magistrado de primeira instância, que havia se convencido da ausência de provas contra o Réu. Mas a partir do momento em que o Tribunal deu outra interpretação aos fatos apurados, parece-nos claro que a prova que parecia ser desnecessária (em razão do entendimento particular o magistrado), tornou-se necessária (fls. 624). Contudo, o Tribunal a quo negou a produção da prova, sem fundamentação.

Assevera que indevida a não substituição da pena privativa de por pena restritiva de direito, sob o fundamento de existência de circunstâncias negativas judiciais, pois estas não foram demonstradas.

Acrescenta que não pretende reexame de prova, o que se impugna é a negativa de produção de prova necessária à defesa (fls. 627).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do agravo (fls. 657/665).

É o relatório.

DECIDO.

O recorrente foi absolvido da prática do crime previsto no art. 1º, IV, c/c art. 11, ambos da Lei nº 8.137/90, na forma do art. 71 do Código Penal. Interposta apelação pelo Ministério Público, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso e condenou o ora recorrente à pena de 3 anos e 1 mês de reclusão, em regime semiaberto, e 15 dias-multa, na forma do art. 1º, IV, da Lei nº 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal.

Pretende-se, em sede de recurso especial, seja reconhecida violação aos seguintes dispositivos legais: art. 158 do Código de Processo Penal e art. 44 do Código Penal.

Desde logo, destaque-se que o juízo de admissibilidade do recurso especial é duplo, não vinculando o Superior Tribunal de Justiça a análise feita



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo Tribunal de origem. Ademais, ainda que este emita juízo acerca do mérito do recurso, não se entende por usurpada a competência desta Corte. A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO NA ORIGEM. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONSIDEROU O RECURSO ESPECIAL INTEMPESTIVO.

[...]

II - Segundo o entendimento desta Corte, "o juízo de admissibilidade do recurso especial está sujeito a duplo controle, de maneira que a aferição da regularidade formal do apelo pela instância a quo não vincula o Superior Tribunal de Justiça, já que se trata de juízo provisório, recaindo o juízo definitivo sobre este Sodalício, quanto aos requisitos de admissibilidade e em relação ao mérito.

Precedentes" (STJ, AgRg no REsp 1.567.524/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/05/2016).

III - Conforme jurisprudência dominante nesta Corte, a ocorrência de feriado local, recesso, paralisação ou interrupção do expediente forense deve ser demonstrada por documento idôneo, no ato da interposição do recurso que pretende seja conhecido. Nesse sentido: AgRg no AREsp 527.290/MG, 2.ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 22/8/2014.

IV - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1649412/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 26/05/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 544, § 4.º, I, DO CPC/1973 E ART. 253, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. I, DO RISTJ.

1 O conhecimento das alegações recursais demanda o exame do edital de licitação e do conjunto fático-probatório, o que é vedado nessa seara recursal. Incidência do óbices elencados nas Súmulas 5 e 7/STJ.

2. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a emissão de juízo sobre o mérito do recurso especial, pelo Tribunal de origem, por ocasião do exame provisório de admissibilidade, não implica usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1028112/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 22/05/2017)

No mais, tem-se que o Tribunal de origem, ao reformar a sentença de primeiro grau e condenar o ora recorrente, assim fundamentou sua decisão (fls. 487/498):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A irresignação merece acolhida.

Contra o réu, in casu, pesou a acusação de que na condição de administrador da sociedade empresarial Confecções Santa Rebeca Ltda., teria ele, procedido, em setembro de 2006, ao indevido creditamento de ICMS no valor de R\$30.843,45 (trinta mil e oitocentos e quarenta e três reais e quarenta e cinco centavos), mediante a utilização de notas fiscais que sabia ou deveria saber serem falsas.

Segundo a inicial, com a inequívoca intenção de suprimir tributo estadual (ICMS), o acusado escriturou ou fez escriturar, no Livro de Registro de Entradas da sociedade, notas fiscais emitidas pela empresa "Italmak Comercial Ltda", considerada, todavia, inidônea pelo Fisco, não correspondendo os documentos referidos a operações efetivamente realizadas.

A materialidade e inegável, como se ve do auto de infração e imposição de multa e do demonstrativo do débito, do auto de apreensão e da documentação acostada (fls. 3/20). Observada ainda a apuração da inidoneidade da empresa Italmak (fls. 195/199 e 236), é certo que sem embargo do exercício da defesa no âmbito administrativo, não se procedeu ao recolhimento do tributo devido nem ao seu parcelamento, restando mantido o auto infracional e efetuando-se depois a inscrição do debito na dívida ativa (CDA nº 1.005966.921) (v. fls. 24/29,30/35 e 109/110).

No inquérito, o réu disse ter impugnado a cobrança do tributo na via administrativa, sem sucesso, e por isso havia decidido aguardar a oportunidade de parcelamento (fl. 106). E anotando-se a colheita dos depoimentos e do interrogatório por meio eletrônico, com gravação em mídia digital (DVD) a possibilitar a oitiva nesta Instância, dispensando a transcrição, é certo que ao ser ouvido em juízo, sob o contraditório, o afirmou em suma que o fato descrito na denúncia se constituiu em uma operação comercial "simples, de compra de tecidos e confecções cujo pagamento das mercadorias compradas era feito com "cheques de terceiro" ou dinheiro, constatando-se na época que a inscrição estadual da empresa vendedora se encontrava "ativa".

Ressaltou que possuía os "canhotos de nota fiscal e que depois que após alguns anos, o agente de fiscalização tributária havia declarado "retroativamente" a cassação da vendedora apenas para embasar o auto de infração, dizendo por fim que não tinha ciência, quando da autuação, da possibilidade de parcelamento. Essa versão exculpatória, não obstante, restou infirmada.

Veja-se que os agentes fiscais Eugênio Campos e Nelson Martins, na audiência, confirmaram em suma a autuação na empresa do réu, motivada pelo fato de se ter apurado o creditamento de ICMS de supostos negócios feitos com diversas empresas, dentre as quais a empresa Italmak considerada inidônea. E revelando sinceridade, admitiram eles que em razão do tempo decorrido, não se recordavam dos detalhes que envolveram os fatos e que não haviam feito diligências na empresa emissora das notas fiscais, cuja verificação de inidoneidade ficava a cargo de outros agentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse capítulo, faz-se o oportuno registro relevante valor probatório que se deve atribuir às palavras dos agentes públicos na formação do convencimento, não se admitindo que possam eles ser considerados como suspeitos por conta apenas de sua condição funcional (Apelação nº 0002079-54.2010.8.26.0081, rel. Silmar Fernandes, J. em 11.12.2014; Apelação nº 0006232-91.2009.8.26.0073, rel. Luis Soares de Mello, j. em 5.7.2011).

Certo que a testemunha Edvaldo, contador da empresa do réu, disse na audiência ter contabilizado as notas fiscais da empresa Italmak porque não havia irregularidade, e ressaltou que as operações comerciais eram anteriores à declaração de inidoneidade da vendedora.

Mas esse depoimento, por si, não infirma a acusação, impondo-se lembrar que segundo o disposto no artigo 30 do RICMS, a declaração de inidoneidade tem efeitos ex tunc, assim emitida aquela relativa à suposta empresa vendedora (v. fl. 236); e ainda que assim não fosse, na condição de gerente ou administrador da sociedade "Confecções Santa Rebeca", ao réu cabia a obrigação de salvaguardar a lisura de seus negócios, inclusive, no âmbito fiscal, do que não cuidou.

Ademais, a constituição definitiva do crédito tributário é o fato que demonstra ter, realmente, havido supressão ou redução do tributo, elementos previstos no caput do art. 1º da Lei 8.137/90, a constituir condição objetiva de punibilidade.

Não se olvida que, segundo o MM Juiz, a realização de transação comercial com empresa inidônea não constitui delito tipificado na lei penal. Mas também é verdadeiro que embora o réu afirme a regularidade das operações questionadas, não foram estas eventuais, e não se fez prova escorreita dos respectivos pagamentos do preço, não trazendo aos autos qualquer título de crédito, cártyulas ou comprovante de transferência bancária. Sendo evidente que cabia ao acusado o ônus de provar sua alegação, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Esse em suma foi o acervo probatório colhido, que não se pode ver como insuficiente, ficando bem provadas a materialidade e a autoria e evidenciado o dolo da conduta até pela sua reiteração. Até porque, como é ressabido, "os delitos tipificados no art. 1º da Lei n. 8.137/90 são materiais, dependendo, para a sua consumação, da efetiva ocorrência do resultado, não necessitando, porém, para sua caracterização, da presença do dolo específico" (HC nº 43.724/MT, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 9.12.2014; AgReg no REsp nº 1.370.302/SC, rel. Min. Sebastião Reis Jr., j. em 5.9.2013).

Destarte, se impunha a condenação pelo delito contra a ordem tributária (art. 1º, inciso II, da Lei 8.137/90) em continuidade, para o que se reforma a sentença.

Passando à dosagem das reprimendas, cumpre ver como acentuada a reprovabilidade da conduta e desviada da normalidade a conduta social, anotando-se condenação anterior do réu por crime contra a ordem tributária cujo trânsito em julgado deu-se posteriormente aos fatos (v. fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

162/164 e certidão de fl. 172), justificando-se a fixação da pena base acima do piso em 2 anos e 8 meses, além de multa.

Com o registro, aqui, de que segundo a construção da jurisprudência, a primariedade do acusado, por si, não poderia lhe conferir direito público subjetivo à fixação da pena-base no piso (AgReg no RHC nº 117.488/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 1º.10.2013; HC nº 68.926/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. em 10.12.1991). E em verdade, o legislador infraconstitucional não quantificou as circunstâncias judiciais, deixando a critério do julgador a tarefa de encontrar números suficientes a desestimular o agente e a própria sociedade a patrocinarem condutas análogas e, simultaneamente, a garantir a proporcionalidade entre o fato praticado e a pena (HC nº 107.626/MS, rel. Min^a Carmem Lúcia, j. em 2.10.2012). Exatamente como se procede, na hipótese.

Não se vislumbrando atenuantes ou agravantes, o reconhecimento da continuidade delitiva, no caso - porque várias foram as operações de creditamento indevido praticadas, há de ensejar aumento das reprimendas, que somam 3 (três) anos e 1 (um) mês de reclusão, mais 15 dias-multa, adequadas para o alcance de suas finalidades repressiva, preventiva e de ressocialização.

O regime inicial de cumprimento deve ser o semiaberto, sem embargo do quantum das penas e observando-se as desfavoráveis circunstâncias judiciais, porque suficiente e adequado, obedecendo-se então o regramento dos artigos 33 e 59 do Código Penal. De resto, não custa lembrar que a estipulação do regime de cumprimento da pena não está atrelada, cm caráter absoluto, à quantidade da pena, como já se decidiu (AgRcg no AREsp nº 169.855/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior j. em 16.5.2013).

Nessa linha de entendimento, **não se podem considerar como satisfeitos os requisitos legais para a substituição (art. 44 do CP), nem se mostrando recomendável a concessão da benesse no caso concreto. Como é ressabido, a valoração negativa de circunstâncias judiciais não indica como cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos** (HC nº 232.996/SP, rel. i. Min. Laurita Vaz, DJ 4.12.2013).

Ante o exposto, DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público para condenar o réu ANTONIO MAKHLOUF, por incurso no artigo 1º, IV, da Lei 8.137/90, na forma do artigo 71, do Código Penal, às penas de 3 (três) anos c 1 (um) mês de reclusão, 110 regime inicial semiaberto, com o pagamento de 15 dias-multa.

Opostos embargos de declaração, o Tribunal de origem consignou ainda que (fls. 508/514):

O embargante foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso IV, c.c. o art. 11, ambos da Lei nº 8.137/90, na forma do art. 71, do Código Penal.

Requeru a produção de prova pericial contábil, a fim de demonstrar que os negócios realizados por sua empresa (Santa Rebeca) com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Italmak realmente existiram (fls. 186), o que após manifestação favorável, do Promotor de Justiça (fls. 188-v), foi deferido pelo douto Magistrado (fls. 302), todavia, tal pedido depois foi revogado (fls. 330).

Em primeira Instância, o recorrido foi absolvido com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, uma vez que embora reconhecida à materialidade delitiva, o douto Magistrado entendeu não estar presente o dolo do apelado.

O Parquet apelou em busca da condenação nos exatos termos da denúncia e, em sede de contrarrazões, a Defesa, entre outros pontos, argumentou que a prova pericial deveria ter sido produzida, sendo que sua falta resultou em cerceamento de defesa e ofensa ao que dispõe o art. 158, do Código de Processo Penal.

O recorrido foi condenado por esta E. Corte, por votação unanime, nos exatos termos da denúncia.

Pois bem.

Os embargos de declaração destinam-se a corrigir, obscuridade, contradição ou omissão eventualmente existentes no v. Acórdão, e não reavivar discussão já analisada pelo decisor, como no presente caso.

Nesse sentido:

[...]

Observo que somente se configura a omissão quando a decisão não apresenta coerência entre os fundamentos e a conclusão, o que não é o caso dos autos.

No presente caso, o acórdão, com bastante clareza, especificou as razões pelas quais a egrégia 9ª Câmara de Direito Criminal deu provimento, de forma unânime, à apelação Ministerial, apontando os depoimentos e provas considerados relevantes para a condenação do réu, nos seguintes termos:

Contra o réu, in casu, pesou a acusação de que na condição de administrador da sociedade empresarial Confecções Santa Rebeca Ltda., teria ele, procedido, em setembro de 2006, ao indevido creditamento de ICMS no valor de R\$30.843,45 (trinta mil e oitocentos e quarenta e três reais e quarenta e cinco centavos), mediante a utilização de notas fiscais que sabia ou deveria saber serem falsas.

Segundo a inicial, com a inequívoca intenção de suprimir tributo estadual (ICMS), o acusado escriturou ou fez escriturar, no Livro de Registro de Entradas da sociedade, notas fiscais emitidas pela empresa "Italmak Comercial Ltda", considerada, todavia, inidônea pelo Fisco, não correspondendo os documentos referidos a operações efetivamente realizadas.

A materialidade e inegável, como se ve do auto de infração e imposição de multa e do demonstrativo do débito, do auto de apreensão e da documentação acostada (fls. 3/20). Observada ainda a apuração da inidoneidade da empresa Italmak (fls. 195/199 e 236), é certo que sem embargo do exercício da defesa no âmbito administrativo, não se procedeu ao recolhimento do tributo devido nem ao seu parcelamento, restando mantido o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

auto infracional e efetuando-se depois a inscrição do débito na dívida ativa (CDA nº 1.005966.921) (v. fls. 24/29,30/35 e 109/110).

No inquérito, o réu disse ter impugnado a cobrança do tributo na via administrativa, sem sucesso, e por isso havia decidido aguardar a oportunidade de parcelamento (fl. 106). E anotando-se a colheita dos depoimentos e do interrogatório por meio eletrônico, com gravação em mídia digital (DVD) a possibilitar a oitiva nesta Instância, dispensando a transcrição, é certo que ao ser ouvido em juízo, sob o contraditório, o afirmou em suma que o fato descrito na denúncia se constituiu em uma operação comercial "simples, de compra de tecidos e confecções cujo pagamento das mercadorias compradas era feito com "cheques de terceiro" ou dinheiro, constatando-se na época que a inscrição estadual da empresa vendedora se encontrava "ativa".

Ressaltou que possuía os "canhotos de nota fiscal e que depois que após alguns anos, o agente de fiscalização tributária havia declarado "retroativamente" a cassação da vendedora apenas para embasar o auto de infração, dizendo por fim que não tinha ciência, quando da autuação, da possibilidade de parcelamento. Essa versão exculpatória, não obstante, restou infirmada.

Veja-se que os agentes fiscais Eugênio Campos e Nelson Martins, na audiência, confirmaram em suma a autuação na empresa do réu, motivada pelo fato de se ter apurado o creditamento de ICMS de supostos negócios feitos com diversas empresas, dentre as quais a empresa Italmak considerada inidônea. E revelando sinceridade, admitiram eles que em razão do tempo decorrido, não se recordavam dos detalhes que envolveram os fatos e que não haviam feito diligências na empresa emissora das notas fiscais, cuja verificação de inidoneidade ficava a cargo de outros agentes.

Nesse capítulo, faz-se o oportuno registro relevante valor probatório que se deve atribuir às palavras dos agentes públicos na formação do convencimento, não se admitindo que possam eles ser considerados como suspeitos por conta apenas de sua condição funcional (Apelação nº 0002079-54.2010.8.26.0081, rel. Silmar Fernandes, J. em 11.12.2014; Apelação nº 0006232-91.2009.8.26.0073, rel. Luis Soares de Mello, j. em 5.7.2011).

Certo que a testemunha Edvaldo, contador da empresa do réu, disse na audiência ter contabilizado as notas fiscais da empresa Italmak porque não havia irregularidade, e ressaltou que as operações comerciais eram anteriores à declaração de inidoneidade da vendedora.

Mas esse depoimento, por si, não infirma a acusação, impondo-se lembrar que segundo o disposto no artigo 30 do RICMS, a declaração de inidoneidade tem efeitos ex tunc, assim emitida aquela relativa à suposta empresa vendedora (v. fl. 236); e ainda que assim não fosse, na condição de gerente ou administrador da sociedade "Confecções Santa Rebeca", ao réu cabia a obrigação de salvaguardar a lisura de seus negócios, inclusive, no âmbito fiscal, do que não cuidou.

Ademais, a constituição definitiva do crédito tributário é o fato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que demonstra ter, realmente, havido supressão ou redução do tributo, elementos previstos no caput do art. 1º da Lei 8.137/90, a constituir condição objetiva de punibilidade.

Não se olvida que, segundo o MM Juiz, a realização de transação comercial com empresa inidônea não constitui delito tipificado na lei penal. Mas também é verdadeiro que embora o réu afirme a regularidade das operações questionadas, não foram estas eventuais, e não se fez prova escorreita dos respectivos pagamentos do preço, não trazendo aos autos qualquer título de crédito, cartões ou comprovante de transferência bancária. Sendo evidente que cabia ao acusado o ônus de provar sua alegação, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Esse em suma foi o acervo probatório colhido, que não se pode ver como insuficiente, ficando bem provadas a materialidade e a autoria e evidenciado o dolo da conduta até pela sua reiteração. Até porque, como é ressabido, "os delitos tipificados no art. 1º da Lei n. 8.137/90 são materiais, dependendo, para a sua consumação, da efetiva ocorrência do resultado, não necessitando, porém, para sua caracterização, da presença do dolo específico" (HC nº 43.724/MT, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 9.12.2014; AgReg no REsp nº 1.370.302/SC, rel. Min. Sebastião Reis Jr., j. em 5.9.2013).

Destarte, se impunha a condenação pelo delito contra a ordem tributária (art. 1º, inciso II, da Lei 8.137/90) em continuidade, para o que se reforma a sentença.

Assim, não ocorreram as falhas (omissões) apontadas pelo Defensor, uma vez que esta Câmara enfrentou e decidiu todas as questões necessárias à condenação, de forma adequadamente fundamentada, cumprido o preceito estabelecido na Carta da República, afastando, conseqüentemente, as teses defensivas.

Lembro, por oportuno que, conforme já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça: o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio (STJ, 1ª T., AL 169.073/SP, rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU, 17/8/98, p. 44).

Observo, apenas por amor ao debate que, não há que se falar em cerceamento de defesa, porquanto, o sentenciante fundamentou a decisão que revogou a realização da perícia, conforme se observa as fls. 330, MM. Juiz revogou a determinação de realização de perícia na medida em que a testemunha de hoje ouvida, contador da empresa e nomeado como assistente técnico, respondeu justamente aos quesitos que haviam sido oferecidos pelo acusado às fls. 307/308, de forma que o trabalho pericial ser torne inócuo e sem qualquer relevância para o deslinde do presente feito (grifo nosso). Nota-se que inexistente cerceamento de defesa na espécie, uma vez que o pedido realizado pela Defesa, visando à produção de provas, foi deferido e, posteriormente, revogado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo Juízo sentenciante de forma fundamentada, por entender ser, diante do conjunto fático-probatório, desnecessária a perícia desejada.

Ademais, é pacífico na jurisprudência que o deferimento de diligências requeridas pelas partes é ato discricionário do magistrado, cabe ao Juízo de conhecimento avaliar a necessidade ou não e, sendo caso de indeferimento, deve indeferi-lo de forma fundamentada.

Assim, é o entendimento:

O indeferimento fundamentado de pedido de realização de prova não caracteriza constrangimento ilegal, pois cabe ao juiz, na esfera de sua discricionariedade, negar motivadamente as diligências que considerar desnecessárias ou protelatórias. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 2. Nos termos do art. 184 do CPP, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária para o esclarecimento da verdade. Ressalva-se o indeferimento da prova pelo juiz somente quando se tratar de exame de corpo de delito. (STJ, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 16/06/2011, T5 - QUINTA TURMA).

No caso em tela, o douto Magistrado após a oitiva da testemunha, contador da empresa e nomeado como assistente técnico, considerou desnecessário o trabalho pericial, uma vez que, os quesitos oferecidos pela Defesa foram respondidos.

Destaca-se, por fim, que desnecessário, neste caso, a produção do laudo pericial, porquanto, muito embora exista a exigência do o art. 158, do Código de Processo Penal, não podemos perder de vista que a materialidade foi demonstrada por outros meios, já acima declinados.

Ora o que o embargante não se conformou com a decisão proferida, contudo seu inconformismo não se confunde com obscuridade, contradição ou omissão.

Nesse sentido:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL QUE CONFIRMOU DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE NEGOU SEGUIMENTO A EMBARGOS INFRINGENTES, INTERPOSTOS COM ERRO GROSSEIRO, CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM QUE NÃO HOUVE ENFRENTAMENTO DO MÉRITO. ALEGADA OMISSÃO INOCORRENTE. NÃO SE JUSTIFICA A INSISTÊNCIA DO EMBARGANTE EM INTERPOR RECURSOS SOBRE RECURSOS PARA REVERTER UMA DECISÃO TOMADA NO LEITO NATURAL. COM OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. QUE AFASTOU COMPLETAMENTE O ALEGADO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. [...]. ALERTA AO EMBARGANTE, E A SEU ILUSTRE ADVOGADO, QUE ESTA ATUAÇÃO CONFIGURA CHICANA PROCESSUAL QUE ESTÁ PRÓXIMA DA IMPOSIÇÃO DAS SANÇÕES PROCESSUAIS." (TJ/DF - 1ª Turma Cível - AGR: 19980020013464 - Rel. Des. JOÃO MARIOSA - Julg.:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

13.12.99).

Portanto, qualquer inconformismo agora só poderá ser decidido por meio de eventual recurso para a Instância Superior, não cabendo a esta Câmara rever sua própria decisão.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

Pela leitura dos trechos acima reproduzidos, observa-se que as instâncias ordinárias concluíram ser despicienda a produção de prova pericial, daí não se extraindo qualquer irregularidade. Nesse contexto, a obtenção de entendimento diverso ensejaria reexame fático-probatório, o que encontra óbice no enunciado da Súmula 7 do STJ, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. OFENSA A ARTIGOS DO CPC DE 1973 INEXISTENTE. PERSUASÃO RACIONAL OU DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA DO JUIZ. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ.

1. O STJ possui entendimento de que o magistrado tem ampla liberdade para analisar a conveniência e a necessidade da produção de provas, podendo perfeitamente indeferir provas periciais, documentais, testemunhais e/ou proceder ao julgamento antecipado da lide, se considerar que há elementos nos autos suficientes para a formação da sua convicção em relação às questões de fato ou de direito vertidas no processo, sem que isso implique cerceamento do direito de defesa.

2. A avaliação quanto à necessidade e à suficiência ou não das provas e a fundamentação da decisão demanda, em regra, incursão no acervo fático-probatório dos autos e encontram óbice no Enunciado 7 do STJ.

3. Também esbarra no Enunciado 7 do STJ o exame da tese defendida pelo agravante de violação ao art. 884 do Código Civil por eventual enriquecimento ilícito.

4. Recurso Especial conhecido em parte, mas, nessa extensão, não provido.

(REsp 1651097/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PLEITO DE PRODUÇÃO DE PROVA (LAUDO PERICIAL) INDEFERIDO PELO MAGISTRADO. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Sem embargo acerca do amplo direito à produção das provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, a parte requerente, demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida. Precedentes.

2. No caso em exame, o magistrado processante motivou o indeferimento da produção do laudo pericial requerido pela defesa, com base na não demonstração de sua necessidade.

3. Hipótese em que o Juiz sentenciante não se baseou apenas no depoimento dos policiais que efetuaram o flagrante, mas também em outros elementos de prova, "considerando a atitude suspeita dos quatro quando da aproximação policial; a quantidade e a variedade de drogas apreendidas; o encontro de dinheiro e de petrechos utilizados na prática ilícita; e o antecedente do réu pela mesma prática delituosa".

4. **Para uma melhor aferição acerca da concreta indispensabilidade da prova requerida durante a instrução, necessário seria necessário analisar todo o acervo fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via mandamental.**

5. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 66.752/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017)

Demais disso, o Tribunal a quo, porquanto valoradas de forma negativa algumas das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, entendeu incabível a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Nesse sentido, é o entendimento desta Corte, confira-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (MUNIÇÕES). DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. CONDENAÇÃO POR CRIME ANTERIOR, COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR À PRÁTICA DELITIVA EM APURAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESABONADA PELO TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. PRECEDENTES. REGIME INICIAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO MAIS ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

V - De igual modo, a presença de circunstâncias judiciais negativas não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, mesmo sendo o paciente primário e tendo a pena sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 388.624/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 09/06/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA O ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO E PARA NEGAR A SUBSTITUIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. **Não obstante o paciente tenha sido condenado a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos de reclusão, a ponderação negativa das circunstâncias judiciais, com lastro em fatores que denotam o maior desvalor da ação, constitui óbice ao pretendido regime inicial aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

3. *Habeas corpus não conhecido.*

(HC 385.364/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial.

Publique-se.

Intimem-se.

Destaque-se que a menção a precedente jurisprudencial proferido em julgamento de matéria cível não traz qualquer prejuízo para o recorrente, sobretudo se a matéria - análise, pelo julgador, acerca da conveniência de produção de prova pericial - é tratada da mesma forma no âmbito cível e criminal.

Deve ser mantida, portanto, a decisão agravada, eis que o que se pretende, ao fim, é a rediscussão de matéria enfrentada, com a consequente modificação do que já decidido.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0270165-5

AgRg no
AREsp 998.390 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00229986020108260050 00270000 1150/2013 11502013 20150000569410
20150000852783 270000 RI002J7XH0000

PAUTA: 07/11/2017

JULGADO: 07/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ANTONIO MAKHLOUF
ADVOGADOS : LUÍS CARLOS CORRÊA LEITE - SP043459
MÁRIO SÉRGIO LEITE PORTO E OUTRO(S) - SP206830
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ANTONIO MAKHLOUF
ADVOGADOS : LUÍS CARLOS CORRÊA LEITE - SP043459
MÁRIO SÉRGIO LEITE PORTO E OUTRO(S) - SP206830
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.