



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 336.549 - SP (2013/0144696-4)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : MARCELO JOSÉ BARBOSA DA SILVA
ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO SUPPIONI DE AGUIRRE E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/1990. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 381, III, E 619, AMBOS DO CPP. INEXISTÊNCIA. NULIDADES OCORRIDAS NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MATÉRIA QUE DEVE SER ARGUIDA PELA DEFESA NA SEARA ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL AUTORIZADA.

1. O processo criminal não é a via adequada para a impugnação de eventuais nulidades ocorridas no procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário.

2. Tendo o acórdão impugnado se manifestado quanto à impossibilidade de análise de vícios ocorridos no procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário, nos autos de processo criminal, e, ainda, apontado as provas nas quais se fundamentou a condenação do agravante, não há que se falar em violação aos arts. 381, III, e 619 do Código de Processo Penal, ante a inexistência de omissão.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de agosto de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 336.549 - SP (2013/0144696-4)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto por Marcelo José Barbosa da Silva contra decisão monocrática, de minha relatoria, por meio da qual conheci do agravo e neguei seguimento ao recurso especial, mantendo a condenação do agravante à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, dada a prática do crime previsto no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990.

Sustenta o agravante que houve violação aos arts. 381, III, e 619, do Código de Processo Penal, ao não se analisar, na via criminal, a regularidade do procedimento administrativo fiscal que deu causa à presente ação penal.

Pondera que houve omissão da Corte local quanto à análise da invalidade dos documentos apreendidos como provas.

Pleiteia a reconsideração da decisão agravada ou a remessa do feito à apreciação da Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 336.549 - SP (2013/0144696-4)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Em que pese as razões expostas pelo agravante, deve a decisão monocrática ser mantida por seus próprios fundamentos.

Vale observar que a questão atinente à inépcia da denúncia, objeto de insurgência no agravo em recurso especial, não foi impugnado pela defesa no presente agravo regimental, razão pela qual passa-se à análise somente quanto à suposta violação aos arts. 381, III, e 619, ambos do Código de Processo Penal.

Depreende-se dos autos que o agravante foi denunciado, com outro indivíduo, pela suposta prática do crime previsto no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, porque, entre janeiro de 1996 e novembro de 1997, venderam mercadorias sem a emissão de documentação fiscal, recolhendo tributos a menor.

Após a instrução criminal, o acusado foi condenado, nos exatos termos da denúncia, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, substituída a sanção reclusiva por restritivas de direitos (fls. 605/611).

Contra essa decisão, a defesa interpôs recurso de apelação.

A Corte local, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, em acórdão assim ementado (fl. 695):

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/1990. Autoria e materialidade delitivas demonstradas. Crédito tributário constituído. Recurso desprovido.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 709/713).

Irresignada, a defesa interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, **a**, da Constituição da República, ao fundamento de que o acórdão impugnado violou os arts. 41, 381, III, e 619, todos do Código de Processo Penal.

Sustenta que o acórdão recorrido não analisou a tese defensiva de nulidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do procedimento administrativo fiscal – que constituiu definitivamente o crédito tributário –, em violação ao princípio do devido processo legal.

Pondera que o aresto impugnado foi omissivo quanto a ausência de provas efetivas sobre a sonegação fiscal.

No que concerne à suposta violação aos arts. 381, III, e 619, ambos do Código de Processo Penal, ao fundamento de que o Tribunal de Justiça de São Paulo teria sido omissivo quanto ao exame da nulidade do procedimento administrativo – que constituiu definitivamente o crédito tributário –, necessário trazer aos autos a manifestação exarada pela Corte local a respeito do tema (fls. 270/271):

Pese o esforço da combativa defesa em alegar a ocorrência de irregularidades no procedimento administrativo (fls. 542/544), discussão que "refoge ao âmbito do processo criminal", consoante bem anotado no parecer ministerial (fl. 513), certo é que o crédito tributário foi constituído e regularmente inscrito na dívida ativa da fazenda pública estadual (fls. 1523/1526 do 2º apenso do 2º volume), a qual providenciou a execução do montante.

Infere-se do acórdão recorrido que o Tribunal de origem não procedeu ao exame das supostas nulidades no procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário devido pelo agravante, pois tais matérias deveriam ser impugnadas pela defesa na via própria e não nos autos do processo criminal.

É certo que o Poder Judiciário pode proceder à anulação de atos administrativos quando eivados de vícios que os tornem ilegais ou ilegítimos.

A propósito:

ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO AOS MOTIVOS DETERMINANTES. INCONGRUÊNCIA. ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. DANO MORAL. SÚMULA 7/STJ.

1. Os atos discricionários da Administração Pública estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade formal e substancial, cabendo observar que os motivos embasadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade.

2. "Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido" (MS 15.290/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26.10.2011, DJe 14.11.2011).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. No caso em apreço, se o ato administrativo de avaliação de desempenho confeccionado apresenta incongruência entre parâmetros e critérios estabelecidos e seus motivos determinantes, a atuação jurisdicional acaba por não invadir a seara do mérito administrativo, porquanto limita-se a extirpar ato eivado de ilegalidade.

4. A ilegalidade ou inconstitucionalidade dos atos administrativos podem e devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, de modo a evitar que a discricionariedade transfigure-se em arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade.

5. "Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária." (Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 15ª Edição.)

6. O acolhimento da tese da recorrente, de ausência de ato ilícito, de dano e denexo causal, demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp. n. 1.280.729/RJ, Relator o Ministro **HUMBERTO MARTINS**, DJe 19/4/2012)

Contudo, o processo criminal não é a via adequada para o exame de eventual desobediência ao devido processo legal ocorrida no procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário, devendo a defesa, a seu juízo, buscar o suposto reconhecimento de nulidade do procedimento fiscal na via própria – seara administrativa.

Destaco, ainda, que nem mesmo a existência de ação anulatória de débito fiscal obsta o prosseguimento da ação penal que apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária, ante a independência das esferas cível, penal e administrativa. Com muito mais razão o questionamento acerca de eventuais nulidades do procedimento administrativo, que nem sequer foram formuladas pela defesa na via própria, não tem o condão de impedir o prosseguimento da presente ação penal.

Nesse sentido:

A - PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. PENDÊNCIA DE AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL EM QUE SE DISCUTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO, JÁ DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO, RELACIONADO COM OS FATOS EM APURAÇÃO. INTEGRIDADE DO LANÇAMENTO REALIZADO NÃO AFETADA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS. I - "A existência de ação cível anulatória do crédito tributário não impede a persecução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal dos agentes em juízo, em respeito à independência das esferas cível e criminal. Precedentes. Ainda que obtido êxito no pedido de antecipação de tutela na seara cível, a fim de impedir a inscrição dos agentes em dívida ativa, condição de procedibilidade da execução fiscal, inadmissível o trancamento da ação penal, notadamente quando a decisão a eles favorável não afetou diretamente o lançamento do tributo devido, que, até decisão definitiva em contrário, não pode ser considerado nulo ou por qualquer outro modo maculado." (RHC 21.929/ PR, 5ª Turma, Relª. Minª. Jane Silva - Desembargadora Convocada do TJ/MG -, DJU de 10/12/2007). II - Não se pode, na hipótese, tomar o fato de existir ação anulatória de débito fiscal, ainda que como questão prejudicial heterogênea facultativa (art. 93 do Código de Processo Penal) da questão penal, porquanto, até aqui, o lançamento do tributo não foi atingido. III - A prejudicial heterogênea não obriga a suspensão da ação penal. Vale dizer, não obsta automaticamente a **persecutio criminis**, ex vi do art. 93 do CPP. Habeas corpus denegado. (HC 159.111/SP, Relator o Ministro **FELIX FISCHER**, DJe de 08/11/2010.)

B - HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SOBRESTAMENTO DA AÇÃO PENAL ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DE AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL QUE OBJETIVA A DIMINUIÇÃO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CÍVEL E PENAL. ORDEM DENEGADA. 1. O indeferimento de pedido de sobrestamento de ação penal instaurada contra os Pacientes pela eventual prática de crime contra a ordem tributária, diante do ajuizamento, na esfera cível, de Ação Anulatória de Crédito Tributário, que objetiva a diminuição de débito tributário, não constitui constrangimento ilegal. 2. A teor do art. 93 do Código de Processo Penal, a suspensão do curso do processo-crime é uma faculdade do Magistrado, nos casos em que entenda ser a questão de difícil solução e dependa, somente, do deslinde cível para a sua conclusão. Na situação em tela, a denúncia foi precedida de procedimento administrativo-fiscal no qual houve oportunidade de defesa. 3. A Ação Anulatória de Crédito Tributário não pode ser considerada condição de procedibilidade para o processo-crime, em razão da independência das esferas cível e criminal. Precedentes deste STJ. 4. Ordem denegada. (HC 90.395/PR, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 26/04/2010.)

Na hipótese, verifica-se que houve a constituição do crédito tributário definitivamente na seara administrativa, o que justificou o prosseguimento da ação penal que culminou na condenação do agravante pela prática do crime contido no art. 1º, II, da Lei nº 8.137/1990. Assim, conforme elucidado alhures, lançado o tributo de forma definitiva, está autorizada a persecução penal.

Igualmente, não há que se falar em omissão no julgamento proferido pela Corte local quanto a existência de provas acerca da sonegação fiscal, visto que o acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impugnado aponta as provas nas quais restou fundamentada a condenação imposta ao agravante – depoimentos de testemunhas, procedimento administrativo fiscal, documentos comprobatórios da propriedade e administração da pessoa jurídica, laudo pericial e auto de infração.

Destarte, não se constata violação aos arts. 381, III, e 619, ambos do Código de Processo Penal, pois correta a posição adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que deixou de examinar eventuais vícios ocorridos no procedimento administrativo de apuração do crédito tributário devido pelo agravante, por não ser o processo criminal a via adequada para tanto, bem como por ter a Corte de origem apontado as provas nas quais se fundamentava a condenação do agravante.

Ademais, conclusão acerca da inidoneidade dos documentos apreendidos em diligência fiscal e que subsidiaram a formação da convicção do julgador, encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0144696-4

AgRg no
AREsp 336.549 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 127846220078260099 9001200712784 9912007

EM MESA

JULGADO: 13/08/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MARCELO JOSÉ BARBOSA DA SILVA
ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO SUPPIONI DE AGUIRRE E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : MÁRCIO JOSÉ CARBONARI

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MARCELO JOSÉ BARBOSA DA SILVA
ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO SUPPIONI DE AGUIRRE E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.