



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.500.961 - SP (2014/0324352-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : WILNEI CYRILLO PEREIRA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE : WILNEI CYRILLO PEREIRA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL E AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMISSÃO PARCIAL. AGRAVO. DESNECESSIDADE. SÚMULAS 292 E 528/STF. OFENSA A DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ANÁLISE. VIA INADEQUADA. ART. 1º, II E V, DA LEI N. 8.137/1990. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO ANTERIOR À DENÚNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. SUSPENSÃO. ART. 93 DO CPP. FACULDADE DO JULGADOR SINGULAR. DESCLASSIFICAÇÃO. EFETIVA SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS. VERIFICAÇÃO. DESCABIMENTO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL. ILICITUDE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 356/STF. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CONTROVÉRSIA NÃO-DELIMITADA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. OPÇÃO PELA VERSÃO LASTREADA APENAS NAS PROVAS INQUISITORIAIS. ILEGALIDADE. OFENSA AO ART. 155 DO CPP. OCORRÊNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA. PENA. AUMENTO. QUESTÃO PREJUDICADA.

1. É descabido agravo contra decisão que admite parcialmente recurso especial, uma vez que, em razão da admissão parcial do reclamo, este subirá a esta Corte Superior, ocasião em que se procederá ao refazimento do juízo de admissibilidade da íntegra do recurso. Aplicáveis, por analogia, as Súmulas 292 e 528/STF.

2. A via especial não se presta à análise da alegação de ofensa a dispositivos da Constituição da República.

3. Segundo entendimento deste Tribunal Superior, inexistente nulidade da ação penal quando o inquérito policial é iniciado antes da constituição definitiva do crédito tributário, mas o oferecimento da denúncia ocorre apenas quando encerrado o procedimento administrativo-fiscal, com o lançamento, como ocorreu no caso concreto.

4. A denúncia não é inepta, mas traz a descrição clara das condutas que são imputadas ao recorrente, narrando a maneira como teriam ocorrido as práticas que entendia criminosas.

5. A suspensão prevista no art. 93 do Código de Processo Penal constituiu faculdade do Juízo singular, estando afeta ao seu poder discricionário.

6. O Tribunal de origem afirmou ter havido a efetiva sonegação de tributos, razão pela qual afastou a pretensão de desclassificação para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime do art. 2º, I, da Lei n. 8.137/1990, bem como a consequente extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva. Para rever a conclusão das instâncias ordinárias, nesse ponto, seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

7. A tese de que haveria ilicitude das provas, porque a escrituração fiscal da empresa teria sido adulterada pela fiscalização tributária, não foi objeto de análise no acórdão recorrido, sem que os embargos de declaração postos pela defesa apontassem a existência de omissão quanto ao tema. Sendo assim, carece ele de prequestionamento, na forma da Súmula 356/STF. Ainda que assim não fosse, a análise do tema demandaria reexame de fatos e provas, descabido na presente via recursal.

8. A alegação de atipicidade da conduta, por inexigibilidade de conduta diversa, não veio acompanhada da indicação do artigo de lei federal que se considera violado ou cuja vigência teria sido negada, estando ausente a delimitação da controvérsia, atraindo a incidência da Súmula 284/STF. Ademais, a apreciação da matéria também demandaria revolvimento do material fático-probatório, inviável em recurso especial.

9. Se, conforme exposto na sentença e no acórdão recorrido, as provas produzidas em juízo não corroboraram as provas inquisitoriais, mas dela dissentiram, trazendo outra versão dos fatos, que não foi acatada pelos julgadores, que optaram pela narrativa fundada na prova produzida no procedimento administrativo-fiscal e no laudo pericial realizado no inquérito policial, tem-se que a condenação está fundada apenas na prova produzida na fase investigatória, o que afronta o art. 155 do Código de Processo Penal.

10. Absolvido o recorrente, fica prejudicada a questão referente ao aumento da pena pela continuidade delitiva.

11. Agravo em recurso especial não conhecido. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte para absolver o recorrente, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

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, por unanimidade, não conhecer do agravo em recurso especial, porém conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe parcial provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 13 de setembro de 2016 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.500.961 - SP (2014/0324352-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso especial e de agravo interpostos por **Wilnei Cyrillo Pereira** em face de acórdão e decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo proferidos na Apelação Criminal n. 0005874-08.2004.

Consta dos autos que Juízo de Direito da 1ª Vara da comarca de Bebedouro/SP (Processo n. 352/04) condenou o recorrente às penas de 3 anos de reclusão, em regime aberto, como incurso no art. 1º, II e V, da Lei n. 8.137/1990 c/c o art. 71, *caput*, do Código Penal. Somente a defesa apelou. O Tribunal estadual deu parcial provimento ao recurso para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 1.254/1.267). Houve embargos de declaração defensivos, que foram rejeitados (fls. 1.288/1.292).

Nas razões do especial, alega o recorrente a violação dos seguintes dispositivos:

a) art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º do Código Penal, bem como da Súmula Vinculante 24/STF, sustentando a nulidade do processo, porque a instauração do inquérito policial teria ocorrido antes da constituição definitiva do crédito tributário;

b) art. 2º, I, da Lei n. 8.137/1990, aduzindo que as condutas praticadas deveriam ser desclassificadas para o delito previsto no dispositivo, uma vez que não houve a sonegação de tributos. Diz que, efetivada a desclassificação, deve haver o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva;

c) arts. 93 e 94 do Código de Processo Penal, pela necessidade de suspensão da ação criminal, enquanto em tramitação a ação cível de impugnação do débito tributário;

d) art. 41 do Estatuto Processual Penal e divergência jurisprudencial, aduzindo a inépcia da denúncia, porque *se limitou a descrever genericamente, que os agentes da fiscalização tributária teriam constatado que o acusado, ora*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apelante, teria promovido a saída de mercadoria do seu estabelecimento desacompanhado de notas fiscais, além de ter deixado de escriturar em livro de registro de entrada, notas fiscais de aquisição de mercadorias (fl. 1.421). Contudo, não teria sido descrita qual a conduta, ou modus operandi, que o recorrente teria lançado mão para tal expediente que foi considerado criminoso, que, em verdade, é o cerne da acusação, caracterizado pelo núcleo do crime de sonegação fiscal, o que dificulta e sacrifica, inclusive, o regular exercício do contraditório e da ampla defesa, não servido e nem sendo suficiente que o acusado represente a pessoa jurídica (fl. 1.421);

e) art. 18, I, do Código Penal e arts. 155, e 386, V e VII, do Código de Processo Penal, sustentando que *toda a prova acusatória foi alicerçada apenas nos elementos do procedimento apuratório fiscal (fl. 1.433), não havendo prova do dolo ou mesmo da materialidade das condutas delitivas;*

f) art. 5º, LVI, da Constituição da República e art. 6º, II, do Código de Processo Penal e dissenso pretoriano, porque ausente a comprovação da materialidade, estando a acusação fundada em prova ilícita, tendo em vista que a *fiscalização, para perpetrar a autuação, adulterou os relatórios obtidos junto ao contribuinte/acusado, os quais continham apenas o controle interno do total de vendas ultimadas e pedidos e metas não concretizadas (fl. 1.448);*

g) ocorrência de inexigibilidade de conduta diversa, tendo em vista a dificuldade financeira enfrentada pelo recorrente na manutenção da atividade por ele gerida; e

h) art. 71 do Código Penal e dissídio pretoriano, ao argumento de que a exasperação da pena privativa de liberdade, em decorrência da continuidade delitiva, assim como da pena de multa, careceria de fundamentação concreta.

Pede o provimento do recurso, com o acolhimento dos pedidos explicitados.

Oferecidas contrarrazões (fls. 1.728/1.741), admitiu-se parcialmente o recurso, na origem. O recorrente interpôs agravo contra a inadmissão parcial (fls. 1.757/1.770), que foi contraminutado (fls. 1.791/1.794).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opina pelo parcial conhecimento e, nessa extensão, pelo desprovimento do recurso especial (fls. 1.815/1.816):

RECURSO ESPECIAL. ALÍNEAS "A" E "C" DO INC. III DO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, II E V, DA LEI N. 8.137/1990 C/C ART. 71, DO CP). ALÍNEA C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. INDICAÇÃO DE ACÓRDÃO PROFERIDO EM *HABEAS CORPUS* COMO PARADIGMA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES STJ. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO PELA ALÍNEA C. ALÍNEA A DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES STJ. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO PELA ALÍNEA C. ALÍNEA A DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DE QUESTÕES CONSTITUCIONAIS EM RECURSO ESPECIAL. ABSOLVIÇÃO E AUSÊNCIA DE DOLO. TESES QUE DEMANDAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL.

DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 2º, I, DA LEI N. 8.137/1990. IMPOSSIBILIDADE. CRIME FORMAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. INICIAL ACUSATÓRIA QUE DESCREVE DE FORMA SUFICIENTE A CONDUTA CRIMINOSA. PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGAÇÃO PRECLUSA. DISCUSSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM AÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DA PERSECUÇÃO PENAL. DESNECESSIDADE. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DOSIMETRIA DA PENA. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA. PROPORCIONALIDADE. CRIME COMETIDO AO LONGO DE TRÊS EXERCÍCIOS FISCAIS, REITERADAMENTE. ELEVADO PREJUÍZO AO ERÁRIO. PARECER PELO CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, PELO SEU DESPROVIMENTO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.500.961 - SP (2014/0324352-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Não cabe agravo contra decisão que admite parcialmente recurso especial, uma vez que, em razão da admissão parcial do reclamo, este subirá a esta Corte Superior, ocasião em que se procederá ao refazimento do juízo de admissibilidade da íntegra do recurso. Aplicáveis, por analogia, as Súmulas 292 e 528/STF.

Prossigo, portanto, na análise do recurso especial.

De início, a via especial não se presta à análise da alegação de ofensa a dispositivos da Constituição da República.

Em relação às alegações de nulidade, extrai-se do acórdão recorrido (fls. 1.260/1.263):

[...]

As preliminares devem ser rejeitadas.

A defesa, à guisa de preliminar, pleiteia o reconhecimento da prescrição porque os fatos se amoldariam ao crime tipificado no artigo 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990. Contudo, a condenação se deu pelos delitos previstos no artigo 1º, incisos II e V, da mencionada Lei, o que faz com que a prescrição se inicie apenas com a data da constituição definitiva do crédito tributário, a teor do disposto na Súmula Vinculante 24 do STF: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo", e não da data dos fatos, como quer a defesa.

Além disso, apesar do deslocamento da tipificação criminal se relacionar ao mérito do apelo, anoto que a tipificação no artigo 2º, I, da Lei n. 8.137/1990, só poderia ocorrer se não houvesse a efetiva sonegação do tributo, visto tratar-se de tipo formal. Porém, restou evidenciado que houve grande e efetiva supressão de tributos (resultado material), não sendo possível a submissão da conduta do apelante ao tipo pretendido (crime formal).

Diante de tais considerações, não ocorreu a alegada prescrição.

É certo também que a instauração do Inquérito Policial ocorreu antes da constituição definitiva do crédito tributário. Contudo, na hipótese, a denúncia foi oferecida e recebida apenas após a existência de decisão irrecorrível na esfera administrativa, isto é, com o lançamento definitivo do tributo e a inscrição do débito na Dívida Ativa do Estado, fls. 870 e 871.

Não é possível, portanto, o reconhecimento da aventada nulidade [...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Anoto ainda que eventual irregularidade na fase extrajudicial não teria o condão de contaminar a ação penal, que se iniciou tão somente com a constituição definitiva do débito, tributário, em obediência, portanto, ao disposto na Súmula Vinculante 24 do STF.

Não há também que se falar em inépcia da denúncia. A simples leitura da inicial acusatória permite a clara conclusão de que essa peça não padece de qualquer irregularidade, tendo descrito e individualizado adequadamente a conduta atribuída ao acusado, permitindo, assim, sua ampla defesa.

Também inviável a suspensão do processo crime até eventual decisão no Juízo Cível, pois a responsabilidade criminal é independente da civil, sendo a suspensão uma faculdade conferida ao Juiz nos termos do art. 93 do CPP. Além disso, não há que se falar em decisão judicial suspendendo a exigibilidade do crédito tributário.

Rejeitadas as preliminares, passo ao mérito do apelo.

[...]

Segundo entendimento desta Corte Superior, inexistente nulidade da ação penal quando o inquérito policial é iniciado antes da constituição definitiva do crédito tributário, mas o oferecimento da denúncia ocorre apenas quando encerrado o procedimento administrativo-fiscal, com o lançamento, como ocorreu no caso concreto (RHC n. 25.621/CE, de minha Relatoria, Sexta Turma, DJe 8/3/2016 e HC n. 269.546/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 12/5/2016).

A denúncia não é inepta, mas traz a descrição clara das condutas que são imputadas ao recorrente, narrando a maneira como teriam ocorrido as práticas que entendia criminosas, conforme se infere do trecho dela transcrito (fls. 2/4):

[...]

Consta do incluso inquérito policial que, nos períodos compreendidos entre fevereiro e dezembro do ano de 2001 e janeiro e agosto de 2002, WILNEY CYRILLO PEREIRA, qualificado à fls. 716, na qualidade de sócio-proprietário da firma denominada WR EXPRESS BEBEDOURO COMERCIAL LTDA, com endereço na rua Dr. Oscar Werneck, 50, nesta cidade e comarca, deixou de emitir e/ou fornecer, quando obrigatório, Notas Fiscais Modelo 1, no montante de R\$ 1.516.029,98 (um milhão, quinhentos e dezesseis mil, vinte e nove reais e noventa e oito centavos), relativas à venda de mercadorias efetivamente realizadas.

Consta, ainda, que nos períodos compreendidos entre outubro e dezembro de 1999, janeiro e junho de 2000, julho e novembro de 2000 e fevereiro e outubro de 2001, o indiciado, enquadrado no Regime Periódico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apuração, fraudou a fiscalização tributária, deixando de escriturar documentos fiscais relativos à entrada de mercadoria no estabelecimento, quando já estavam escrituradas as operações dos períodos a que os citados documentos se referiam, no valor total de R\$ 653.521,64 (seiscentos e cinquenta e três mil, quinhentos e vinte e um reais e sessenta e quatro centavos), consoante comprovam os documentos fiscais encartados à fls. 421/620.

Pelo que verte dos autos, durante fiscalização tributária, agentes públicos constataram que, nos exercícios de 2001 e 2002, o indiciado, na qualidade de sócio-proprietário da referida empresa, promoveu a saída de mercadorias do seu estabelecimento desacompanhadas das respectivas Notas Fiscais de Venda, além de, nos exercícios de 1999, 2000 e 2001, ter deixado de escriturar em seu Livro de Registro de Entrada Notas Fiscais relativas à aquisição de mercadorias.

Em razão do exposto, denuncio-o a V. Excelência como incurso no artigo 1º (por várias vezes), II e V, da Lei n. 8.137/90, c.c o artigo 71, "caput," do C. Penal.

[...]

No que diz respeito à suspensão prevista no art. 93 do Código de Processo Penal, constituiu ela faculdade do Juízo singular, estando afeta ao seu poder discricionário (RHC n. 66.649/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 3/5/2016 e HC n. 90.395/PR, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 26/4/2010).

O Tribunal de origem afirmou ter havido a efetiva sonegação de tributos, razão pela qual afastou a pretensão de desclassificação para o crime do art. 2º, I, da Lei n. 8.137/1990, bem como a consequente extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva. Para rever a conclusão das instâncias ordinárias, nesse ponto, seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

A tese de que haveria ilicitude das provas, porque a escrituração fiscal da empresa teria sido adulterada pela fiscalização tributária, não foi objeto de análise no acórdão recorrido, sem que os embargos de declaração postos pela defesa apontassem a existência de omissão quanto ao tema. Sendo assim, carece ele de prequestionamento, na forma da Súmula 356/STF. Ainda que assim não fosse, a análise do tema demandaria reexame de fatos e provas, descabido na presente via recursal, conforme preconiza a já mencionada Súmula 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A alegação de atipicidade da conduta, por inexigibilidade de conduta diversa, não veio acompanhada da indicação do artigo de lei federal que se considera violado ou cuja vigência teria sido negada. Portanto, está ausente a delimitação da controvérsia, atraindo a incidência da Súmula 284/STF. Ademais, a apreciação da matéria também demandaria revolvimento do material fático-probatório, inviável em recurso especial.

Tenho que assiste razão à defesa, entretanto, quando sustenta a ocorrência de ofensa ao art. 155 do Código de Processo Penal.

O Juízo singular, ao concluir pela autoria e materialidade delitivas, assim fundamentou (fls. 1.157/1.160 – grifo parcialmente nosso):

[...]

Procede a acusação pelos fundamentos suficientes abaixo explicitados.

A prova documental reunida nos autos retrata que, nos exercícios de 2001 e 2002, na qualidade de sócio-proprietário da empresa WR Express Bebedouro Comercial Ltda., o acusado promoveu a saída de mercadorias desacompanhadas das respectivas notas fiscais de venda, como também, nos exercícios de 1999, 2000 e 2001, deixou de escriturar no Livro de Registro de Entrada as notas fiscais relativas à aquisição de mercadorias, deixando de recolher, em consequência, o ICMS devido no valor de R\$ 272.885,40 (cf. fls. 5/13).

Sob tal conjuntura fática, à luz do recente julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo trazido a fls. 1.055 (6º volume), a comprovação do cometimento do delito por farta documentação afasta a absolvição por ausência de provas, notadamente quando o procedimento administrativo confirma a procedência da autuação.

Por outro lado, sob o crivo do contraditório, as testemunhas Maria Rosa e Itamar Carvalho afirmaram que durante a fiscalização fazendária colheu-se documentos e verificou-se que havia falhas em relatório. Esclareceram que a WR tinha vários representantes-vendedores, que saíam a campo e que antes disso já ocorriam ligações e e-mails para clientes sondando perspectivas de venda. O que efetivamente convertida em venda gerava a documentação fiscal para acompanhar a entrega das mercadorias. O representante ou vendedor recebiam as comissões, no entanto, antes das vendas e baseadas naquelas prospecções. A empresa WR pagava em cima da prospecção e não da venda efetivamente realizada. Depois era feito um acerto sobre o que efetivamente tinha sido vendido (cf. fls. 1.048 e 1.048 – 6º volume).

Sabidamente, o Direito Penal não opera com soluções ilógicas e paradoxais.

Sob tal perspectiva, a prova testemunhal retratou um procedimento,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interrogatório judicial de fls. 1050 verso (6º volume), que agride a lógica do razoável.

Conforme ponderado pelo representante do Ministério Público (fls. 1053 – 6º volume), mostra-se inimaginável, até absurdo, pensar que a comissão seria paga apenas pelas simples consulta do futuro comprador, mesmo que a venda não ocorresse, mesmo que a venda fosse menor, mesmo que se passasse um trote, mesmo que o próprio vendedor efetuasse a consulta e mesmo que a venda não se concretizasse, a tornar a empresa um verdadeiro "centro de caridade". Qualquer representante comercial ou vendedor desejaria trabalhar num lugar assim, onde o recebimento das comissões não estivesse atrelado ao montante de vendas efetivamente concretizadas.

Também ficou delineado nos autos, em meio à realidade factual acima retratada, que a empresa WR era efetivamente administrada e representada pelo acusado, posto que era ele quem cuidava pessoalmente das questões financeiras (fls. 1.048, parte final – 6º volume).

Eliminado, assim, o mínimo de coeficiente de razoabilidade no comportamento alegado pelo acusado, que cuidava pessoalmente das questões financeiras como sócio-proprietário da empresa WR não se pode cogitar de ausência de dolo ou de inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que, à vista de procedimento que refoge totalmente à normalidade, assumindo, quando menos, contornos de irresponsabilidade ou insensatez, em momento algum se desatrela da intenção e da voluntariedade em torno de sua efetivação, de modo a retratar vontade livre e consciente de praticar a conduta.

Incabível, ainda, cogitar-se de ilicitude da prova, uma vez que o auto de infração e imposição de multa (fls. 5/7), ensejador do acesso à documentação pertinente e posterior comunicação ao Ministério Público para as providências penais mantiveram-se nos limites do estrito cumprimento do dever legal da fiscalização tributária.

Sob tal conjuntura, resultou delineado pela prova produzida nos autos que o acusado, por atos próprios de gestão e administração, nos exercícios de 2001 e 2002, na qualidade de sócio-proprietário da empresa WR Express Bebedouro Comercial Ltda., promoveu a saída de mercadorias desacompanhadas das respectivas notas fiscais de venda, como também, nos exercícios de 1999, 2000 e 2001, deixou de escriturar no Livro de Registro de Entrada as notas fiscais relativas à aquisição de mercadorias, deixando de recolher, em consequência o ICMS devido no valor de R\$ 272.885,40, a ensejar o desfecho condenatório da presente ação penal.

[...]

O Tribunal de origem, por sua vez, no julgamento da apelação defensiva, trouxe a seguinte fundamentação (fls. 1.263/1.264 – grifo nosso):

[...]

No mérito, deve ser mantida a condenação.

O apelante foi processado e condenado porque, nos exercícios fiscais de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2001 e 2002, na qualidade de sócio-proprietário da empresa WR, promoveu a saída de mercadorias do seu estabelecimento, desacompanhadas das respectivas notas fiscais de venda, além de, nos exercícios 1999, 2000 e 2001, ter deixado de escriturar em seu livro de Registro de Entradas as notas fiscais relativas à aquisição de mercadorias, deixando de recolher, consequentemente, R\$ 272.885,40 a título de ICMS.

A materialidade restou comprovada pela documentação juntada.

A autoria também restou incontroversa.

Durante o contraditório, Wilney negou a prática do crime, alegando que a fiscalização levou em consideração meras estimativas de vendas para concluir que não foram emitidas notas fiscais. Disse que a empresa tinha como "filosofia pagar comissões sobre vendas em perspectiva" e que não entregava mercadorias sem notas fiscais.

No entanto, sua versão foi infirmada pela robusta prova colhida nos autos.

Luiz Fernando Fernandes Leite, fiscal de rendas aposentado, disse não se recordar especificamente dos fatos e que não teria nada a acrescentar ao relatado no auto de infração.

As testemunhas Maria Rosa e Itamar Carvalho, por sua vez, ex-funcionários da empresa do acusado, tentaram confirmar as palavras do apelante, dizendo que o estabelecimento comercial pagava comissões antes das vendas, com base nas prospecções realizadas pelos vendedores, e que depois era feito um acerto sobre o efetivamente havia sido vendido. Disseram também que as mercadorias eram entregues acompanhadas da documentação fiscal. Maria Rosa, que era funcionária do setor administrativo, contudo, confirmou que o próprio apelante cuidava pessoalmente das questões financeiras.

A negativa do recorrente, entretanto, restou plenamente infirmada pela farta documentação juntada aos autos, especialmente pelos diversos documentos constantes no auto de infração de imposição de multa, em que consta a listagem das saídas de mercadorias sem emissão de notas fiscais e também que a empresa deixou de escriturar no Livro de Registro de Entradas as notas fiscais relativas à aquisição de mercadorias, assim como pelo laudo pericial contábil de fls. 711/714, o qual conclui que "os demonstrativos apreendidos pelo Fisco denominado Relatório de Pagamento de Comissão, detêm todas as características de vendas de mercadorias, alicerçado pelo comprovante de depósito bancário em conta de terceiros, cujo valor depositado confere com o valor apontado nos relatórios, nas colunas sob o título de comissão líquida". Além disso, há ainda a efetiva inscrição do débito tributário na dívida, a comprovar a sonegação do imposto.

[...]

O art. 155 do Código de Processo Penal estabelece que *o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A partir do dispositivo em questão, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de não haver ilegalidade na condenação, quando firmada, também, em elementos colhidos na fase investigativa, desde que corroborados por prova produzida em juízo, sob o crivo do contraditório.

Não é esse, entretanto, o caso dos autos.

Pela leitura da sentença e do acórdão recorrido, constata-se que a única prova produzida em juízo foi a testemunhal, uma vez que o laudo pericial mencionado pelas instâncias ordinárias foi confeccionado na fase policial (fls. 728/730). Contudo, conforme é expresso no julgamento das instâncias ordinárias, a prova testemunhal não corroborou aquelas produzidas na fase investigatória, em particular, no procedimento administrativo-fiscal.

Na verdade, segundo consignado pelo Julgador singular e pelo Tribunal de origem, na fase judicial, foram ouvidas três testemunhas. Uma delas disse que não se lembrava dos fatos. As outras duas testemunhas corroboraram a versão dada pelo acusado, que no interrogatório negara a prática do delito.

No entanto, os julgadores entenderam que a versão apresentada pelo acusado no interrogatório e pelas testemunhas não encontrava amparo nas provas produzidas na fase investigatória, em particular, no procedimento fiscal, razão pela qual procederam à condenação do recorrente.

Em síntese, as instâncias ordinárias concluíram haver duas versões dos fatos, uma lastreada nas provas produzidas em juízo e a outra nas provas obtidas na fase investigatória, em particular, no procedimento administrativo fiscal. E, a partir da premissa de que a versão formada em juízo não seria razoável, optaram por aquela que entendiam emergir das provas inquisitivas e condenaram o recorrente.

Se, conforme expresso na sentença e no acórdão recorrido, as provas produzidas em juízo não corroboraram as provas inquisitoriais, mas dela dissentiram, trazendo outra versão dos fatos, que não foi acatada pelos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgadores, que optaram pela narrativa fundada na prova produzida no procedimento administrativo-fiscal e no laudo pericial realizado no inquérito policial, tem-se que a condenação está fundada apenas na prova produzida na fase investigatória, o que afronta o art. 155 do Código de Processo Penal.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO AMPARADO EM PROVAS PRODUZIDAS EXCLUSIVAMENTE NA FASE INQUISITORIAL. ART. 155 DO CPP. NULIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

1. De acordo com o art. 155 do CPP, não se admite a prolação de um decreto condenatório fundamentado exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial, no qual inexistente o devido processo legal (com contraditório e ampla defesa), podendo o juiz deles se utilizar para reforçar seu convencimento, desde que corroborados por provas produzidas durante a instrução processual ou desde que essas provas sejam repetidas em juízo.

2. No presente caso, o Tribunal *a quo* não confrontou nenhum dos elementos obtidos na fase extrajudicial com qualquer prova colhida judicialmente, até porque, em juízo, a prova limitou-se a uma única testemunha de acusação que nada recordou sobre os fatos (e-STJ fl. 605). Assim, verificado que a instância de origem, ao concluir pela autoria do agravado no cometimento do delito em questão, analisou exclusivamente os elementos colhidos na esfera policial, não há como se proclamar a validade da decisão condenatória.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 753.462/PR, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 9/11/2015)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 155 DO CPP. OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS DO INQUÉRITO POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO AO ART. 386, VII, DO CPP. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. Segundo entendimento desta Corte, a prova idônea para arrimar sentença condenatória deverá ser produzida em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, de modo que se mostra impossível invocar para a condenação, somente elementos colhidos no inquérito, se estes não forem confirmados durante o curso da instrução criminal.

2. Não existindo, nos autos, prova judicializada suficiente para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação, nos termos do que reza o artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, impõe-se a absolvição do recorrente.

3. Recurso especial provido para, reconhecendo a violação aos artigos 155 e 386, inciso VII, ambos do Código de Processo Penal, absolver o recorrente.

(REsp n. 1.253.537/SC, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 19/10/2011)

Essa é a conclusão a que chegou o Procurador de Justiça Plínio Gentil que, ao apresentar seu parecer à apelação defensiva, opinou pelo provimento do recurso, com a absolvição do recorrente, consignando ser *oportuno lembrar que a responsabilidade criminal não se presume, devendo ser cumpridamente demonstrada em contraditório judicial, não servindo para tanto as conclusões do procedimento administrativo apuratório* (fl. 1.251).

Com a absolvição do recorrente, fica prejudicada a questão referente ao aumento da pena pela continuidade delitiva.

Ante o exposto, **não conheço** do agravo em recurso especial, porém **conheço parcialmente** do recurso especial e, nessa extensão, **dou-lhe parcial provimento** para absolver o recorrente, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0324352-0 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.500.961 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0005874082004 00058740820048260072 0720120040058749 5874082004
58740820048260072 720120040058749

PAUTA: 13/09/2016

JULGADO: 13/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: WILNEI CYRILLO PEREIRA
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE	: WILNEI CYRILLO PEREIRA
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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, não conheceu do agravo em recurso especial, porém conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.