AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2038136 - SP (2022/0358012-6)

RELATOR	:	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	ZHANG YI
ADVOGADOS	:	DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO - SP067277 SANDRO LIVIO SEGNINI - SP258587 TANG WEI - SP220780
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. AUSENTES ELEMENTOS PARA CONSTATAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. INÉPCIA. CRIME SOCIETÁRIO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 367 E 370, TODOS DO CPP. INTIMAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 185, 222 E 400, TODOS DO CPP. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 402 DO CPP. PRECLUSÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, IV, e 2º, I, AMBOS DA LEI N. 8.137/90. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO DESCABIDO. MATERIALIDADE COMPROVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *"Esta Corte possui entendimento de que a análise do pleito de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória cabe ao juízo da execução, uma vez que demanda a verificação de diversas informações, não apenas quanto o trânsito em julgado para a acusação e início da execução da pena, como também acerca da ocorrência de incidentes que interferem diretamente na contagem do prazo prescricional, nos termos do disposto nos arts. 116, parágrafo único e 117, incisos V e VI, ambos do CP. Julgado: AgRg no HC 457.810/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 8/11/2018, DJe 23/11/2018"* (AgRg no HC n. 473.344/PB, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/3/2020, DJe 26/3/2020).

2. *"Nos crimes contra a ordem tributária praticados em coautoria, a denúncia pode ser oferecida sem a atribuição pormenorizada e exauriente de cada ação delituosa, porém é imprescindível a demonstração, em linhas gerais, do vínculo entre a posição do agente na empresa e o crime imputado, de forma a propiciar o conhecimento da acusação e o exercício da ampla defesa"* (AgRg no RHC n. 179.201/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023).

3. Ainda que se discuta se a recorrente colaborou ou não para a falta de formalização da intimação, certo é que ela teve ciência da audiência para seu interrogatório, nas palavras de sua defensora que compareceu ao ato. Assim, dado o princípio da instrumentalidade das

Documento eletrônico VDA41086924 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 17/04/2024 11:42:44
Código de Controle do Documento: 8c7412a3-0c5c-43e7-a5fc-4418e5b6dabc

formas, tendo o ato intimatório alcançado seu desiderato, afasta-se o prejuízo pelo modo como realizado, não havendo nulidade a ser reconhecida, pois a própria recorrente deu causa à decretação de sua revelia quando não compareceu à audiência.

4. Não há que se falar em nulidade pela ausência do interrogatório, mesmo após prosseguimento da instrução criminal para fins de oitiva de testemunha por carta precatória, eis que a revelia já estava decretada e a agravante não compareceu espontaneamente para ser interrogada. Ainda, em alegações finais, a defesa ficou inerte, operando-se a preclusão.

5. Para a tese de nulidade por inobservância ao art. 402 do CPP, registra-se que o Tribunal de Justiça não constatou pedido de diligência ao final da audiência de instrução, bem como que nenhuma nulidade ficou consignada nas alegações finais, a evidenciar preclusão, na forma do art. 571, II, do CPP.

6. Quanto ao dissídio jurisprudencial, não se vislumbra identidade fática, pois a condenação no caso em tela não decorreu apenas da aplicação da teoria do domínio do fato pelas instâncias ordinárias.

7. Apesar do Tribunal paulista ter classificado o delito do art. 1º, IV, da Lei n. 8.137/90 como crime formal ao asseverar que era prescindível a prova de saída de mercadoria para constatar a sonegação do ICMS, o pleito desclassificatório não pode ser acolhido, pois a materialidade delitiva da sonegação fiscal decorre do auto de infração definitivamente constituído na esfera administrativa, o que se tem na presente ação penal, consoante o próprio acórdão de julgamento da apelação.

8. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 09/04/2024 a 15/04/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 15 de abril de 2024.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator

Documento eletrônico VDA41086924 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 17/04/2024 11:42:44
Código de Controle do Documento: 8c7412a3-0c5c-43e7-a5fc-4418e5b6dabc

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2038136 - SP (2022/0358012-6)

RELATOR	:	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	ZHANG YI
ADVOGADOS	:	DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO - SP067277
		SANDRO LIVIO SEGNINI - SP258587
		TANG WEI - SP220780
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. AUSENTES ELEMENTOS PARA CONSTATAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. INÉPCIA. CRIME SOCIETÁRIO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 367 E 370, TODOS DO CPP. INTIMAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 185, 222 E 400, TODOS DO CPP. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 402 DO CPP. PRECLUSÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, IV, e 2º, I, AMBOS DA LEI N. 8.137/90. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO DESCABIDO. MATERIALIDADE COMPROVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *"Esta Corte possui entendimento de que a análise do pleito de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória cabe ao juízo da execução, uma vez que demanda a verificação de diversas informações, não apenas quanto o trânsito em julgado para a acusação e início da execução da pena, como também acerca da ocorrência de incidentes que interferem diretamente na contagem do prazo prescricional, nos termos do disposto nos arts. 116, parágrafo único e 117, incisos V e VI, ambos do CP. Julgado: AgRg no HC 457.810/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 8/11/2018, DJe 23/11/2018"* (AgRg no HC n. 473.344/PB, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/3/2020, DJe 26/3/2020).

2. *"Nos crimes contra a ordem tributária praticados em coautoria, a denúncia pode ser oferecida sem a atribuição pormenorizada e exauriente de cada ação delituosa, porém é imprescindível a demonstração, em linhas gerais, do vínculo entre a posição do agente na empresa e o crime imputado, de forma a propiciar o conhecimento da acusação e o exercício da ampla defesa"* (AgRg no RHC n. 179.201/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023).

3. Ainda que se discuta se a recorrente colaborou ou não para a falta de formalização da intimação, certo é que ela teve ciência da audiência para seu interrogatório, nas palavras de sua defensora que compareceu ao ato. Assim, dado o princípio da instrumentalidade das

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

formas, tendo o ato intimatório alcançado seu desiderato, afasta-se o prejuízo pelo modo como realizado, não havendo nulidade a ser reconhecida, pois a própria recorrente deu causa à decretação de sua revelia quando não compareceu à audiência.

4. Não há que se falar em nulidade pela ausência do interrogatório, mesmo após prosseguimento da instrução criminal para fins de oitiva de testemunha por carta precatória, eis que a revelia já estava decretada e a agravante não compareceu espontaneamente para ser interrogada. Ainda, em alegações finais, a defesa ficou inerte, operando-se a preclusão.

5. Para a tese de nulidade por inobservância ao art. 402 do CPP, registra-se que o Tribunal de Justiça não constatou pedido de diligência ao final da audiência de instrução, bem como que nenhuma nulidade ficou consignada nas alegações finais, a evidenciar preclusão, na forma do art. 571, II, do CPP.

6. Quanto ao dissídio jurisprudencial, não se vislumbra identidade fática, pois a condenação no caso em tela não decorreu apenas da aplicação da teoria do domínio do fato pelas instâncias ordinárias.

7. Apesar do Tribunal paulista ter classificado o delito do art. 1º, IV, da Lei n. 8.137/90 como crime formal ao asseverar que era prescindível a prova de saída de mercadoria para constatar a sonegação do ICMS, o pleito desclassificatório não pode ser acolhido, pois a materialidade delitiva da sonegação fiscal decorre do auto de infração definitivamente constituído na esfera administrativa, o que se tem na presente ação penal, consoante o próprio acórdão de julgamento da apelação.

8. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental de fls. 935/962 interposto por ZHANG YI em face de decisão de minha lavra de fls. 916/930 que conheceu em parte do seu recurso especial para negar-lhe provimento, ficando mantido o acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJSP em julgamento de apelação criminal n. 0034755-80.2012.8.26.0050.

A decisão agravada, em síntese: a) rechaçou violação ao art. 41 do Código de Processo Penal – CPP, consoante precedente; b) rechaçou violação aos arts. 351, 367 e 370, todos do CPP, consoante precedente; c) rechaçou violação aos arts. 185, 222 e 400, todos do CPP, consoante precedente qualificado; d) rechaçou violação ao art. 402 do CPP, consoante precedentes; e) não conheceu do dissídio jurisprudencial, pois não demonstrado; e f) rechaçou violação aos arts. 1º, IV, e 2º, I, ambos da Lei n. 8.137/90, eis que descabida a desclassificação, consoante precedentes.

No presente agravo regimental, a defesa apresenta preliminar de extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição de pretensão executória, desde o trânsito em julgado para a acusação ocorrido antes de 11/11/2020, pois afirma não ter havido o início da execução. Colaciona documentação de extinção da punibilidade pelo

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

reconhecimento da mesma prescrição para corréu.

Em mérito, a defesa insiste na tese de violação ao art. 41 do CPP porque a denúncia não particularizou a conduta da agravante, presumindo domínio do fato pela condição de sócia-gestora. Quanto ao dissídio jurisprudencial, insiste também na identidade fática, diante de condenação pela teoria do domínio do fato, destacando ter apresentado também paradigmas diversos de *habeas corpus*. Em relação aos arts. 367, 370 e 351, todos do CPP, destaca que as formalidades legais não foram cumpridas e que a ciência da agravante foi presumida, sendo a revelia prejuízo evidente. No tocante aos arts. 400 e 185, ambos do CPP, ressalta que a agravante poderia ser ouvida após a última testemunha, independente do decreto de revelia, consoante requerido pela defesa e indeferido. Afirma que na própria audiência em que decretada a revelia, houve o requerimento para que a oitiva fosse realizada após o retorno da carta precatória, sendo também o prejuízo evidente. Em relação ao art. 402 do CPP, assevera que a defesa foi ignorada, sendo tal fase suprimida pela imediata abertura de vista para alegações finais da acusação logo após o retorno de carta precatória cumprida para oitiva de testemunha. Por fim, insiste na desclassificação da conduta para o delito do art. 2º, I, da Lei n. 8.137/90, pois a materialidade delitiva da sonegação fiscal não foi comprovada.

Requer o reconhecimento da prescrição da pretensão executória ou o provimento do agravo regimental com provimento do recurso especial.

Aberta vista ao agravado para manifestar sobre a extinção da punibilidade (fl. 968), este ficou inerte (fl. 981).

Sem manifestação do Ministério Público Federal – MPF na condição de *custos legis*. (fl. 975/976).

É o relatório.

VOTO

De plano, o agravo regimental deve ser conhecido, eis que tempestivo, com impugnação da decisão agravada, nos limites da matéria deduzida no recurso analisado.

No tocante à preliminar, nos termos do art. 61 do CPP, a extinção da punibilidade pode ser declarada de ofício em qualquer fase do processo. Todavia, não há elementos seguros para tanto neste momento. A tese de ocorrência da prescrição da pretensão executória não foi analisada na origem, bem como não conta com a anuência do agravado. De se ressaltar que a situação do corréu não necessariamente

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

se comunica à situação da agravante para fins de execução da pena, sendo certo que pode ter havido outros incidentes aptos a interromper o curso da prescrição executória desde o trânsito em julgado para a acusação. Assim, deve a referida prescrição executória ser analisada pelo juízo da execução penal, caso se alcance o trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedente:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. PLEITO A SER EXAMINADO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO.*
>
> *[...]*
>
> *2. No caso dos autos, o habeas corpus foi recebido nessa Corte em 19/1/2022 e a superveniente prescrição da pretensão executória teria ocorrido tão somente em 14/10/2022, de modo que não há nos autos elementos suficientes para aferir se no referido período alguma causa interruptiva da prescrição se concretizou.*
>
> *3. "Esta Corte possui entendimento de que a análise do pleito de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória cabe ao juízo da execução, uma vez que demanda a verificação de diversas informações, não apenas quanto o trânsito em julgado para a acusação e início da execução da pena, como também acerca da ocorrência de incidentes que interferem diretamente na contagem do prazo prescricional, nos termos do disposto nos arts. 116, parágrafo único e 117, incisos V e VI, ambos do CP. Julgado: AgRg no HC 457.810/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 8/11/2018, DJe 23/11/2018" (AgRg no HC n. 473.344/PB, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/3/2020, DJe 26/3/2020).*
>
> *4. Agravo regimental improvido.*
>
> (AgRg no AgRg no HC n. 718.230/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 10/3/2023.)

Quanto ao mérito, a decisão agravada deve ser mantida. Cumpre rememorar que o recurso especial é julgado a partir daquilo que constou no acórdão do Tribunal de Justiça, sendo esses os temas prequestionados e os fatos incontroversos a serem considerados, ante a vedação do revolvimento fático-probatório nesta esfera recursal.

Sobre a violação ao art. 41 do CPP, o TJSP registrou:

> *"Apontado o ilícito penal formalmente realizado pela empresa, seja por sonegação fiscal ou outro dano qualquer, basta que a denúncia indique os responsáveis pelos atos de gerência ou administração daquela, para a imputação da autoria. Afinal, a pessoa jurídica é ficção do*

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

direito. Não age por iniciativa própria, mas, sempre, através de atos daqueles que, nela, detêm o poder de mando e decisão. Assim, se a pessoa jurídica sonega, ou realiza qualquer outro crime, é justo sejam apontados como autores do injusto-típico aqueles que detinham o domínio final do fato. Indicados estes, com base em prova documental que demonstre aquela condição de conduta, a estes volta-se o ônus da prova capaz de desconstituir a apontada relação subjetiva com o fato delituoso. Não a realizando, os indícios de autoria apontados na denúncia e demonstrados nos autos pela prova documental que evidencia a qualidade de administrador ou gerente, basta para convencimento sobre a autoria do crime.

Portanto, descabida a alegação de inépcia da denúncia. A inicial acusatória identificou corretamente os acusados, fez a exposição dos fatos criminosos, aduzindo o suposto período dos crimes, descrevendo como a sonegação de tributos teria ocorrido. Ademais, classificou os crimes e aduziu o rol de testemunhas, nos exatos termos do artigo 41, do Código de Processo Penal. Portanto, não havia defeito na inicial que a tornasse inepta ou impossibilitasse a adequada defesa dos réus" (fls. 680/681).

Tem-se no trecho acima que a denúncia bem narrou a conduta, indicando a recorrente em razão da função que exercia na empresa. Esse entendimento encontra respaldo na jurisprudência desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. ICMS. AUSÊNCIA DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. NARRATIVA QUE IMPUTA OS CRIMES TRIBUTÁRIOS AOS SÓCIOS-ADMINISTRADORES. APTIDÃO FORMAL DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE DE COMPREENSÃO DA ACUSAÇÃO E EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO. DOLO GENÉRICO. EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECISÃO PRECÁRIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO CRIMINAL E DO PRAZO RECURSAL. NÃO POSSIBILIDADE DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

1. Nos crimes contra a ordem tributária praticados em coautoria, a denúncia pode ser oferecida sem a atribuição pormenorizada e exauriente de cada ação delituosa, porém é imprescindível a demonstração, em linhas gerais, do vínculo entre a posição do agente na empresa e o crime imputado, de forma a propiciar o conhecimento da acusação e o exercício da ampla defesa.

2. A ação delituosa atribuída ao ora agravante foi bem delineada na inicial acusatória. O insurgente era sócio com poderes administrativos da sociedade empresária denominada Medalha de Prata Alimentos Ltda., ao tempo em que houve supressão de ICMS e da parcela destinada ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza (FEPC) relativos ao período correspondente aos meses de

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

fevereiro de 2009 e outubro de 2010, no montante de R$ 3.951.059,45, definitivamente inscrito em dívida ativa em 2/2/2018 e 7/2/2018.

[...]

6. Recurso ordinário não provido.

(AgRg no RHC n. 179.201/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023.)

Sobre a violação aos arts. 351, 367 e 370, todos do CPP, o Tribunal paulista rechaçou a nulidade por decretação da revelia, nos seguintes termos:

"A ré fora citada pessoalmente (fl. 325),declarando endereço de residência e fornecendo o número de telefone, onde poderia ser localizada. Contudo, diligenciando-se no processo, para intimá-la da audiência de instrução e julgamento, não foi encontrada no local e, sequer, atendeu ao telefone indicado (fl. 368). Portanto foi intimada por carta, com aviso de recebimento (fl. 373). É dever do acusado manter o juízo informado acerca do endereço (art. 367 do CPP) e, portanto, não localizado naquele indicado para a intimação, não se impõe ao juízo determinar múltiplas diligências para encontrá-lo.

Mormente quando representado por defensor constituído que, salvo comprovação inequívoca de impedimento, mantém contato frequente com o constituinte defendido, podendo suprir qualquer omissão de informe acerca de novo lugar de intimação, o que não se realizou no processo. Depois, na audiência designada, deixou a ora apelante de se apresentar para o ato e sua defensora aduziu que ela estaria: "visitando uma amiga no hospital e não pode comparecer" (fl. 379). Nenhuma prova foi realizada de fato impeditivo do comparecimento e, é certo, a mera alegação de se encontrar em outro local, não lhe excluía o ônus de se fazer presente para o interrogatório.

Além do que, a alegação demonstrava a inequívoca ciência da acusada, quanto à realização da audiência. Daí haver sido, corretamente, declarada a revelia no processo, na conformidade daquilo que dispõe o artigo 367 do CPP (fl.380). Não tinha o juízo, portanto, o dever de designar nova data para o interrogatório" (fls. 681/682).

Por seu turno, no julgamento dos embargos de declaração registrou o seguinte:

"Conquanto possa ter havido equívoco quanto ao aviso de recebimento, na intimação por carta, isso não invalida os demais argumentos acerca da ciência da ora embargante, no tocante à audiência então realizada. Por óbvio, o endereço fornecido pela acusada deveria ser o correto, pois não se pode presumir tivesse agido de má-fé ao declará-lo no processo. Se desatualizado no momento da diligência, era ônus da defesa prestar a informação necessária para a atualização, visto que já citada, deveria fornecer eventual novo endereço ao juízo, na forma da parte final, da redação do artigo 367 do CPP. Se

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

descumprido o ônus, não lhe favorece o resultado negativo da diligência realizada pelo oficial de justiça. Portanto, irrelevante a distinção que se procura realizar nos embargos, entre endereço fornecido incorretamente, ou já desatualizado. Depois, presume-se, mesmo correto, a acusada se ocultava para cumprimento do ato pelo oficial de justiça, uma vez que, sequer, atendia aos telefonemas no número de aparelho que ela própria fornecera indicando a ausência de vontade em colaborar com o rápido e adequado desenvolvimento da relação processual e, portanto, não pode pretender declaração de nulidade para a qual concorrera (CPP, art. 565).

Ademais disso, intima-se para dar ciência de ato processual, realizado ou por se realizar (CPP, art. 370).Nesse sentido, se do conteúdo do processo é possível inferir-se o conhecimento da parte acerca do objeto da intimação, regular se torna o prosseguimento do feito.Aliás, isso foi destacado no acórdão embargado:

(...)

Nessa linha de raciocínio, se a ora embargante sabia da realização da audiência onde deveria realizar-se o interrogatório, contudo, preferira não comparecer para ir a outro lugar, não comprovando fato impeditivo do não comparecimento, não tinha o juízo que designar nova data para o ato processual, sendo correto o seguimento do feito, à revelia da ré" (fls. 782/783).

Tem-se dos trechos acima que a própria recorrente se esquivou do ato intimatório, razão pela qual não poderia alegar a nulidade. Ademais, pelas palavras da defensora constituída, ficou notória a ciência da audiência, tendo a recorrente não comparecido para visitar uma amiga no hospital.

Pois bem, ainda que se discuta se a recorrente colaborou ou não para a falta de intimação, certo é que ela teve ciência da audiência para seu interrogatório, nas palavras de sua defensora. Assim, dado o princípio da instrumentalidade das formas, tendo o ato intimatório alcançado seu desiderato a afastar prejuízo pelo modo como realizado, não há nulidade a ser reconhecida, pois a própria recorrente deu causa à decretação de sua revelia. Precedente:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO DO RÉU. OFENSA À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INOBSERVÂNCIA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. INVALIDADE DA PROVA. AUTORIA ESTABELECIDA COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que eventuais nulidades, absolutas ou relativas, devem ser aduzidas em momento oportuno, além de demonstrado o prejuízo suportado pela parte. Não houve referência às nulidades em momento oportuno, razão pela qual não verifico a ocorrência de violação aos postulados do devido processo legal, do contraditório e do sistema acusatório.

2. O interrogatório do acusado não ocorreu por sua culpa exclusiva, já que ele, mesmo ciente do processo em seu desfavor e, ainda que de fato tivesse sido avisado da redesignação da audiência, deixou de se informar acerca da nova data do ato, tanto que foi considerado revel, motivo pelo qual não poderia, agora, alegar o vício, porquanto, nos termos do art. 565 do Código de Processo Penal, a parte não poderá arguir nulidade a que deu causa ou para a qual de alguma forma contribuiu. É o caso de se aplicar a regra contida no art. 367 do CPP: "o processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência não comunicar o novo endereço ao Juízo".

3. O reconhecimento de nulidade no curso do processo penal, seja absoluta ou relativa, reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio pas de nullité sans grief, o que não ocorreu no presente caso, até por que a versão do réu, no sentido de que não teria participado do roubo, "tendo sido contratado por uma pessoa apenas para levar a motocicleta ao Paraguai por seiscentos reais" foi devidamente examinada e rechaçada pela Corte Estadual, com base nas provas constantes dos autos.

[...]

8. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 627.963/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022.)

No tocante à violação aos arts. 185, 222 e 400, todos do CPP, o TJSP fez constar no julgamento dos embargos de declaração:

"Acerca da realização da audiência de instrução e julgamento, antes de devolvida a carta precatória, o acórdão embargado foi explícito:

> *Ademais, requerimento de novas diligências, nos moldes do artigo 402 do CPP, deveria ser realizado ao final da audiência, demonstrando-se a necessidade. Não produzido então e não mencionada a necessidade nas alegações finais (fls. 474-476), precluiu-se o prazo para tanto, descabendo qualquer alegação de cerceamento da defesa. Ademais disso, a expedição de carta precatória não suspende a realização dos atos de instrução (CPP art. 222, § 1º) e, findo o prazo marcado para o cumprimento, pode ser realizado o julgamento, bastando a juntada da carta ao processo, quando devolvida, sem necessidade de intimação.*
>
> *Desse modo, mesmo em razão do aditamento das razões recursais que jamais indicou qual a diligência, além do reclamado interrogatório, deveria ser realizada e, portanto, não aponta o prejuízo decorrente não há se reconhecer gravame*

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

algum à instrução do processo, inexistindo nulidade a ser declarada.

Depois, se devolvida a carta precatória e o eventual testemunho colhido trouxer algum fato novo, motivador de possível diligência, ou de esclarecimento pessoal a ser prestado pela parte, o juízo pode deferir requerimento para prática de ato em qualquer desses sentidos, mesmo se revel o acusado. Contudo, como visto no processo, em instante algum ainda no aditamento das razões recursais se apontou motivo justificador de alguma diligência processual, cuja omissão resultasse em prejuízo à defesa.

Portanto, havia preclusão já consumada quando do julgamento do feito, não se podendo, a posteriori deste, pleitear a realização de alguma diligência não justificada até então.

Observe-se, ainda, conquanto houvesse a ré sido representada por advogada constituída, ao se manifestar em alegações últimas, antes da sentença, sequer apontou qualquer fato posto na deprecata, justificador de esclarecimentos pessoais da acusada que pudesse exigir o seu interrogatório. Desse modo, revel no processo, não havia que se intimá-la para nova oportunidade desse ato, sendo certo, também, que ela jamais se apresentou espontaneamente ao juízo, nos moldes do artigo 185 do CPP, para ser interrogada.

Embora o interrogatório deva, em regra, ser o último ato processual (art. 400 do CPP), se arrolada testemunha fora da terra, a lei autoriza a exceção, posto que de outro modo se poderá paralisar o procedimento instrutório, até eventual prescrição, dado que não estará ao alcance dos poderes do juiz do processo, a ultimação da diligência deprecada. Daí a razão das normas constantes no artigo 222, §§ 1º e 2º do CPP. Circunstâncias especiais, como acima exposto, poderiam motivar decisões também especiais, contudo, a depender de justificativa válida apontada pela parte, o que não houve neste feito" (fls. 783/785).

Tem-se no trecho acima que o interrogatório da recorrente não foi realizado após o retorno da carta precatória cumprida porque a recorrente, revel, não compareceu espontaneamente. Ainda, em alegações finais, a defesa ficou inerte a respeito do resultado da carta precatória.

Nesse contexto, tem-se a revelia, preclusão e ausência de prejuízo, situações que excepcionam o interrogatório como último ato da instrução criminal. Cita-se precedente qualificado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TEMA 1.114. INVERSÃO DA ORDEM NO INTERROGATÓRIO DO RÉU. ART. 400 DO CPP. NULIDADE QUE SE SUJEITA À PRECLUSÃO TEMPORAL. ART. 571, INCISO II E ART. 572, AMBOS DO

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

CPP E À DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA - ART. 563 DO CPP. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA EXTENSÃO PROVIDO.

I - Em que pese haver entendimento nesta Corte Superior admitindo o interrogatório quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima, a jurisprudência majoritária nas Cortes superiores vem evoluindo e se sedimentando no sentido de que há nulidade ocasionada pela inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, no entanto, a alegação está sujeita à preclusão e à demonstração do efetivo prejuízo.

II - Os parâmetros em aparente oposição são, portanto, o artigo 222, § 1°, do CPP e o art. 400 do mesmo diploma legal. Ao que se pode enfeixar a controvérsia, coloca-se em ponderação os princípios da celeridade processual e do devido processo legal, especialmente na sua dimensão da ampla defesa.

III - A audiência de instrução e julgamento é o principal ato do processo, momento no qual se produzirão as provas, sejam elas testemunhais, periciais ou documentais, ao fim da qual, a decisão será proferida. Por esta razão, o art. 400 determina que a oitiva da vítima, das testemunhas arroladas pela acusação e depois pela defesa, nesta ordem, eventuais esclarecimentos de peritos, acareações, ou reconhecimento de coisas ou pessoas e, por fim, o interrogatório. Tal artigo, introduzido no ordenamento pela Lei n. 11.719, de 2008, significou a consagração e maximização do devido processo legal, notadamente na dimensão da ampla defesa e do contraditório, ao deslocar o interrogatório para o final da instrução probatória.

IV - Na moderna concepção do contraditório, segundo a qual, a defesa deve influenciar a decisão judicial, somente se mostra possível a referida influência quando a resposta da defesa se embasar no conhecimento pleno das provas produzidas pela acusação. Somente assim se pode afirmar a observância ao devido processo legal na sua face do contraditório.

V - Sob outro enfoque, ao réu incumbe arguir a nulidade na própria audiência ou no primeiro momento oportuno, salvo situação extraordinária em que deverá argumentar a excepcionalidade no primeiro momento em que tiver conhecimento da inversão da ordem em questão. Cabe também à defesa a demonstração do prejuízo concreto sofrido pelo réu, uma vez que se extrai do ordenamento, a regra geral segundo a qual, as nulidades devem ser apontadas tão logo se tome conhecimento delas, ou no momento legalmente previsto, sob pena de preclusão, tal como dispõe o art. 572 e incisos, do CPP.

VI - No caso concreto, observa-se que o primeiro momento em que a defesa apontou a nulidade pela violação do art. 400 do CPP foi em razões de apelação. Isso porque, ao que se observa nos autos, não é difícil notar a insuficiência da defesa exercida por advogado dativo. As nomeações de advogados dativos para o ato de

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

interrogatório, bem como para a apresentação de defesa prévia e alegações finais (cujos termos são idênticos, conforme fls. 170/172 e 256/258, respectivamente) parecem não ter suprido minimamente o direito à defesa enunciado pela Constituição da República.

VII - Em sendo assim, é possível se reconhecer que, no primeiro momento em que o réu estava sendo representado por um advogado, foi arguida a nulidade. Esta deve ser reconhecida, notadamente nesta hipótese em exame, em que a prova é exclusivamente oral, uma vez que os Laudo de Exame de Conjunção Carnal e de Exame de Ato Libidinoso não corroboram os fatos e tampouco o Relatório Psicológico é categórico sobre a veracidade da versão narrada pela vítima. Por tal razão, deve ser reconhecida a nulidade arguida, determinando-se que o réu seja novamente ouvido, em atenção ao art. 400, do CPP.

VIII - Tese jurídica: "O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu".

Recurso parcialmente conhecido e nesta extensão provido para reconhecer a nulidade do interrogatório que, realizado antes da oitiva das testemunhas, violou a norma do art. 400 do CPP, razão pela qual os autos devem ser devolvidos para a realização de novo interrogatório.

Prejudicados os demais pedidos recursais relativamente à ausência de prova da autoria delitiva.

(REsp n. 1.933.759/PR, relator Ministro Messod Azulay Neto, Terceira Seção, julgado em 13/9/2023, DJe de 25/9/2023.)

No tocante ao art. 402 do CPP, consoante trecho já transcrito, houve a preclusão, pois nada foi dito ao final da audiência de instrução ou consignado nas alegações finais, em razão da carta precatória cumprida. Precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. NULIDADE DE ALGIBEIRA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica em rechaçar a estratégia processual denominada nulidade de algibeira, a qual ocorre quando a Defesa não alega a existência de vício formal em momento oportuno, quedando-se inerte até que seja verificado, no futuro, que a tese acarretará mais benefícios ao Agente, em explícita ofensa aos princípios da boa-fé processual e da cooperação.

2. Na hipótese, a matéria está preclusa, porquanto o art. 571, inciso II, do Código de Processo Penal, preconiza que as eventuais nulidades ocorridas na fase de instrução

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

criminal devem ser alegadas até as alegações finais, o que não ocorreu na hipótese.

[...]

5 . Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 746.715/SE, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 26/5/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO POR ASCENDENTE CONTRA DUAS VÍTIMAS. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. PEDIDO DE DILIGÊNCIAS. INDEFERIMENTO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

5. Requerimento alcançado pela preclusão consumativa, pois foi protocolado em momento inoportuno, após a fase do art. 402 do Código de Processo Penal, sendo que, ao final da audiência de instrução, a defesa teve oportunidade e não se manifestou acerca da realização de qualquer diligência.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 690.493/AM, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 16/11/2021.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DO DEVIDO COTEJO ANALÍTICO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. RECONHECIMENTO DE NULIDADE. REQUISIÇÃO TARDIA DE PROVA. INDEFERIMENTO. PRECLUSÃO. NULIDADE A QUAL DEU CAUSA. ARTS. 565 E 572, I, DO CPP. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. SÚMULA 568/STJ. AVENTADA AUSÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO HÍGIDA. READEQUAÇÃO DA PENA-BASE. PENA SUBSTITUTIVA. APLICAÇÃO DE APENAS UMA PELA QUANTIDADE DA PENA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DECISÃO MANTIDA.

[...]

II - A requisição de produção probatória, ao final da audiência, refere-se àquelas originadas de circunstâncias ou de fatos apurados no decurso da instrução, nos termos do art. 402 do CPP. No caso em exame, o procedimento administrativo, requisitado tão-somente ao final da instrução probatória, deveria constar do rol das provas a serem produzidas ainda na defesa prévia (art. 396-A do CPP), o que de fato não ocorreu, de modo que a matéria resta acobertada pelo manto da preclusão, nos termos do art. 572, I, do CPP.

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

III - "Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse" (art. 565 do CPP), como in casu, no qual o recorrente, que deixou de especificar na defesa prévia a pretensão de produzir referida prova, olvidou-se do seu munus, e pretende, indevidamente, corrigir tal situação por intermédio do recurso especial.

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.886.303/RN, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 1/9/2020, DJe de 14/9/2020.)

Quanto ao dissídio jurisprudencial, não se vislumbra identidade fática, pois a condenação no caso em tela não decorreu apenas da aplicação da teoria do domínio do fato. Vejamos o que constou no acórdão recorrido em julgamento de embargos de declaração:

"Finalmente, quanto a autoria dos crimes, atribuídas à ora embargante, em período correspondente à sua prisão, o acórdão, igualmente, não foi omisso. Destaque-se haver se reportado aos argumentos da sentença:

"No tocante à autoria e sua responsabilidade, é dos autos que os réus eram sócios e administradores da empresa "Dajiali Comércio de Presentes Ltda.- EPP." no período descrito na denúncia, conforme ficha cadastral (fls.100/103), Cadesp (fls. 96/99) e depoimento da testemunha de acusação Augusto Peng, que era contador da empresa e afirmou em juízo que na época dos fatos esta era gerenciada conjuntamente por ambos os réus."

Ainda, fundamentou a magistrada com o previsto na legislação própria:

"E, nos termos do artigo 153, inciso III do Código Tributário Nacional:
'Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado'.
Ainda, o artigo 11 da Lei nº 8.137/90 diz que: 'Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade'.".

E concluiu:

"Assim, restou demonstrado nos autos que as notas fiscais utilizadas pelos acusados são falsas, de modo que não correspondem a operações comerciais efetivamente realizadas, tendo sido utilizadas somente para gerar crédito indevido de ICMS no montante de R$ 29.394,88 (vinte e nove mil, trezentos e noventa e quatro reais e oitenta e oito centavos)."

No acórdão ,ainda, foram citados testemunhos que mostravam a atuação da então apelante, mesmo de modo indireto, naquele período, gerindo a empresa, através de outra pessoa:

Segundo Carlos Alberto, trabalhou quase dez anos com Zhang Yi, até 2012 ou 2013, ocasião em que ela foi para outra localidade. Zhang Yi foi presa por volta de 2004, pelo período de um ano e quatro meses e nesse período, ela colocou como responsável da empresa um chinês de nome "Paulo" (nome

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

brasileiro criado por ele). Paulo era de confiança de Zhang Yi, morava no Rio de Janeiro e vinha toda semana para São Paulo. Prestava conta do que acontecia na empresa para "Paulo", mas, não possui seu contato. Disse que, provavelmente, foi ele interrogado quem assinou o auto de infração.
Por sua vez, a testemunha de acusação Augusto Penga firmou que foi ele quem fez a documentação para constituir a empresa "Dajiali" e continuou prestando-lhe o serviço de contador durante alguns anos, o que engloba 2004. Fazia o lançamento dos devidos créditos de ICMS com base nas notas fiscais de entrada recebidas; as notas eram buscadas por seus funcionários diretamente na empresa. Carlos Augusto Messias a gerenciava junto com Zhang Yi e tratava com ambos sobre assuntos pertinentes à empresa. Afirmou não soubesse informar quem, efetivamente, ia ao banco recolher os débitos de impostos, recordando-se ocasião em que um fiscal notificou a empresa a apresentar documentos, oportunidade em que juntaram toda a relação de documentos solicitada e a fiscalização concluiu pela inidoneidade de algumas notas fiscais de entrada, mas não lembra o motivo e só o fiscal, com seus recursos, é capaz de auferir a idoneidade das notas fiscais. Como contador de um escritório terceirizado, faz o lançamento de acordo com as notas entregues pela empresa e eram Zhang Yi e Carlos aqueles que resolviam questões da empresa quando entrava em contato com eles. Quando Zhang Yi foi presa, não se recordando por quanto tempo, tratava todos os assuntos com Carlos, tendo prestado serviços para outras empresas ligadas aos réus. Disse que por falta de pagamento da "Dajiali" e das outras empresas, devolveu toda a documentação e não teve mais contato com os acusados, não se recordando de comentários feitos por Zhang Yi ou Carlos na ocasião da lavratura do auto de infração. Afirmou desconhecer a empresa "Inter Opção". Em 2003 foi procurado por Zhang Yi, sendo que, posteriormente, conheceu Carlos, o qual atuava em conjunto com Zhang Yi na gerência da empresa. Indagado, esclareceu, após a prisão de Zhang Yi, os assuntos passaram a ser tratados somente com Carlos. Confirmou, na época dos fatos, em 2004, os assuntos eram tratados com Zhang Yi e com Carlos.

> *Portanto, restou certo que, embora presa por curto período de tempo, a acusada servia-se do corréu, ou daquela interposta pessoa conhecida como "Paulo", da mesma nacionalidade que ela, para determinar os atos de administração da empresa "Dajiali". Aliás, nenhuma novidade há no fato de que pessoa presa possa determinar crimes, orientando a seus prepostos ou subordinados, o que se pode fazer por diversos meios, quando não isolada ou impedida de se comunicar para fora do ambiente prisional"* (fls. 786/788).

Tem-se no trecho acima que os depoimentos colhidos nos autos denotam a autoria delitiva, inclusive por interposta pessoa no período em que a recorrente esteve presa. Assim, não demonstrado o dissídio jurisprudencial.

Em tempo, registra-se que acórdão decorrente de habeas corpus não se presta como paradigma.

Finalmente, para a apontada violação aos arts. 1º, IV, e 2º, I, ambos da Lei n. 8.137/90, o TJSP rechaçou a atipicidade da conduta nos seguintes termos dos embargos de declaração:

> *"Observe-se, agora, quanto a afirmada omissão de prova da saída de mercadorias e indevido uso do crédito*

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

insubsistente, que a acusação se fez na forma do tipo penal do artigo 1°, inciso IV, c. c. artigo 11, ambos da Lei n° 8.137/90: "elaborar ,distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou devia saber falso ou indevido". Portanto, escriturada nota fiscal inidônea, somente para crédito de ICMS jamais recolhido em operação de entrada de mercadoria na empresa, isso já é o bastante para a materialidade formal do crime.

A conduta poderia ser mero ato preparatório da sonegação fiscal posterior, acaso abatido o crédito inexistente, na saída de mercadoria. Contudo, a lei pode antecipar a ocorrência desse dano, punindo como delito o fato pretérito que já se põe em situação capaz de gerá-lo. Assim, o ato de escriturar crédito inexistente, para posteriormente declará-lo, objetivando sonegação fiscal, pode ser legitimamente tipificado como ilícito de perigo e punido na forma da lei, como se faz na norma de imputação, acima mencionada.

Por isso, não era necessário prova de saída da mercadoria, para comprovação da tipicidade delitiva. Aliás, o contribuinte tem o dever de lealdade ao realizar a escrituração fiscal, ou proceder ao autolançamento ou o lançamento por homologação. A falsidade ideológica, ou material, como ato preparatório do instante da sonegação fiscal do tributo, pode ser devidamente prevista como crime pela lei, desde que corretamente tipificada e obedecido o princípio da anterioridade (CF, art. 5º, inciso XXXIX). Daí porque, não houve falta de comprovação da prova da saída das mercadorias. A tipicidade posta na denúncia não a exigia" (fls. 785/786).

Tem-se no trecho acima que o Tribunal paulista classificou o delito do art. 1º, IV, da Lei n. 8.137/90 como crime formal, ilícito de perigo, razão pela qual prescindível a prova de saída de mercadoria.

Pois bem, a classificação da conduta como crime formal encontra-se equivocada pelo Tribunal paulista, pois o crime é material, como notoriamente consignado na Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal – STF:

> *"Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo."*

Todavia, o Tribunal paulista acerta ao registrar que não era necessária comprovação da nota fiscal de saída.

A materialidade delitiva da sonegação fiscal decorre do auto de infração definitivamente constituído na esfera administrativa, o que se tem na presente ação penal, consoante o próprio acórdão de julgamento da apelação:

> *"Nestes autos, a prova documental é composta pelo Auto de Infração e Imposição de Multa nº AIIM*

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

n.º3.099.498-6 (fls. 11-12); Demonstrativo do Débito Fiscal de fls.13-14; Demonstrativo das Notas Fiscais consideradas inidôneas pelo fisco (fls. 19-23); Declaração de não localização do contribuinte Inter Opção Comércio e Exportação(fls. 34-35) e do contribuinte Espaço Office Comércio Importação e Exportação Ltda (fls. 44-46);CDA (fl. 116); e Livro Registro de Entradas (fls. 253-257)" (fl. 683).

Destarte, o equívoco do Tribunal paulista não tem o condão de atestar a atipicidade da conduta ou sua desclassificação, pois a sonegação fiscal é incontroversa diante da apuração fazendária. Em tempo, registra-se que a denúncia trouxe expressa referência ao mesmo auto de infração e CDA. A corroborar o preenchimento da materialidade delitiva da sonegação fiscal pelo auto de infração, precedentes:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SONEGAÇÃO FISCAL. DISPOSITIVOS LEGAIS DISSOCIADOS DAS RAZÕES RECURSAIS. SÚMULA N. 284 DO STJ. INDEFERIMENTO DE PROVAS CONSIDERADAS IRRELEVANTES PELO JUIZ. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *5. Para a comprovação da materialidade do crime de sonegação fiscal é suficiente o exaurimento da via administrativa, com lançamento definitivo do tributo.*
>
> *6. Com lastro nos depoimentos do autos, bem como nas demais provas produzidas, foi reconhecida a autoria delitiva, uma vez que o agravante, mesmo sem constar do contrato social, administrava a empresa autuada pelo fisco e deu ordens para que o despachante aduaneiro liberasse mercadorias importadas sem emissão de notas fiscais e sem emissão de ICMS. Rever a condenação demandaria reexame de provas, o que é vedado em recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do STJ.*
>
> *7. Agravo regimental não provido.*
>
> (AgRg no AREsp n. 718.217/ES, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/12/2017, DJe de 15/12/2017.)

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. CRIME SOCIETÁRIO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DO RECORRENTE. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE CRIME EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA.*
>
> *[...]*
>
> *ACUSADO QUE NÃO SERIA GERENTE DA PESSOA JURÍDICA À ÉPOCA DOS FATOS. FALTA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO*

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. ACÓRDÃO OBJURGADO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE SODALÍCIO.

[...]

INSERÇÃO DE ELEMENTOS INEXATOS EM LIVROS DE REGISTROS DE ENTRADAS CONSISTENTES EM CRÉDITOS FISCAIS INIDÔNEOS OU INEXISTENTES. HIPÓTESE QUE NÃO SE ASSEMELHA À MERA DIVERGÊNCIA DA ALÍQUOTA DO ICMS DEVIDO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. No caso dos autos, o recorrente teria fraudado a Fazenda Estadual por meio da inserção de elementos inexatos nos Livros de Registros de Entrada, consistentes em créditos fiscais inidôneos ou inexistentes, não se estando diante, pois, de mera dissonância acerca da alíquota incidente nas operações, o que impede o reconhecimento da atipicidade de sua conduta, consoante vem decidindo esta Corte Superior de Justiça.

2. Recurso desprovido.

(RHC n. 62.859/RS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 24/11/2015, DJe de 1º/12/2015.)

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.

Documento eletrônico VDA40831910 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 03/04/2024 13:21:09
Código de Controle do Documento: 0b3952da-2d83-4d10-a223-f6ca5d6e42d3

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

AgRg no REsp 2.038.136 / SP

Número Registro: 2022/0358012-6

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número de Origem:
00347558020128260050 20210000335857 20210000410521 20220000809280 347558020128260050

Sessão Virtual de 09/04/2024 a 15/04/2024

Relator do AgRg
Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	ZHANG YI
ADVOGADOS	:	DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO - SP067277
		SANDRO LIVIO SEGNINI - SP258587
		TANG WEI - SP220780
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE - CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	:	ZHANG YI
ADVOGADOS	:	DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO - SP067277
		SANDRO LIVIO SEGNINI - SP258587
		TANG WEI - SP220780
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 09/04/2024 a 15/04/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Documento eletrônico VDA41061023 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 16/04/2024 08:56:51
Código de Controle do Documento: 69533988-0cca-4390-bfe3-92f968a01907

Brasília, 16 de abril de 2024

Documento eletrônico VDA41061023 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 16/04/2024 08:56:51
Código de Controle do Documento: 69533988-0cca-4390-bfe3-92f968a01907