



Número: **0817290-63.2021.8.20.5001**

Classe: **AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**

Órgão julgador: **8ª Vara Criminal da Comarca de Natal**

Última distribuição : **02/04/2021**

Assuntos: **Crimes contra a Ordem Tributária**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
DEICOT - Delegacia Especializada de Investigação de Crimes Contra a Ordem Tributária (AUTOR)			
MPRN - 25ª Promotoria Natal (AUTOR)			
MPRN - 57ª Promotoria Natal (AUTOR)			
ALBERTO CARLOS DACONTI WANDERLEY (REU)		SHEYNER YASBECK ASFORA (ADVOGADO)	
JOSE AMERICO BEZERRA WANDERLEY (REU)		SHEYNER YASBECK ASFORA (ADVOGADO)	
Documentos			
Id.	Data	Documento	Tipo
95986205	02/03/2023 17:02	Sentença	Sentença

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
8ª Vara Criminal da Comarca de Natal

Processo nº: 0817290-63.2021.8.20.5001

Ação: AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO (283)

AUTOR: DEICOT - DELEGACIA ESPECIALIZADA DE INVESTIGAÇÃO DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, MPRN - 25ª PROMOTORIA NATAL, MPRN - 57ª PROMOTORIA NATAL

REU: ALBERTO CARLOS DACONTI WANDERLEY, JOSE AMERICO BEZERRA WANDERLEY

SENTENÇA

Vistos, etc.

O representante do Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor de **ALBERTO CARLOS DACONTI WANDERLEY**, brasileiro, casado, empresário, natural de Recife/PE, nascido aos 09 de maio de 1983, atualmente com 38 (trinta e oito) anos de idade, filho de Alberto Carlos Bezerra Wanderley e Vânia Roberta Campelo Daconti Wanderley, portador de cédula de identidade n.º 2541559 – SSDS/PB e inscrito no CPF sob o n.º 010.468.074-12, residente e domiciliado à Rua Santos Coelho Neto, n.º 257, apto. 1401. Ed. Hannover, Manaíra, João Pessoa/PB. Número telefônico: (83) 99444 4968; e **JOSÉ AMÉRICO BEZERRA WANDERLEY**, brasileiro, casado, empresário, natural de Paulo Afonso/BA, nascido aos 07 de abril de 1967, atualmente com 54 (cinquenta e quatro) anos de idade, filho de Francisco de Assis Barbosa Valência Wanderley e Elizete Bezerra Wanderley, portador de cédula de identidade n.º 3050636 – SSP/PE e inscrito no CPF sob o n.º 715.291.014-68, residente e domiciliado à Rua Vicente Barbosa, n.º 55, Jardim Oceania, João Pessoa/PB, como incurso nas penas previstas art. 2º, II, da Lei n.º 8.137/1990 c/c arts. 71 e 29, ambos do CP.

Narrou o Ministério Público que no Município de Natal/RN, nos meses de abril, maio, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro do ano de 2018 (num. 67178892 - págs. 1/2), os denunciados, enquanto sócios gestores da empresa ATACADÃO DOS ELETRODOMÉSTICOS DO NORDESTE LTDA. (CNPJ 70.120.662/0011-52; I.E 20.082.678-6), em desígnio comum, deixaram de recolher, nos prazos legais, valores de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) cobrados dos adquirentes de suas mercadorias, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveriam recolher aos cofres públicos, conforme demonstrado na documentação encaminhada pela Secretaria de Estado da Tributação do Rio Grande do Norte no num. 67178892 – págs. 1/22.



Aludiu o denunciante que, no processo administrativo n.º 00310218.000209/2020-77, que tramitou na SET, foi apurado que a referida empresa contribuinte deixou de recolher o montante de R\$ 47.807,38 (quarenta e sete mil, oitocentos e sete reais e trinta e oito centavos) relativo ao ICMS declarado na EFD (Escrituração Fiscal Digital)1 – dos meses de 04/2018, 05/2018, 07/2018, 08/2018, 09/2018, 10/2018, 11/2018 e 12/2018 – ao Fisco Estadual, cobrado na qualidade de sujeito passivo.

Referiu que, os denunciados, na qualidade de administradores da sociedade contribuinte, tinham o dever de salvaguardar a lisura fiscal da empresa, e mesmo diante da possibilidade de adimplir o débito tributário por meio de parcelamento, assim não o fizeram, demonstrando o dolo de apropriação. A omissão de tais agentes foi reiterada mês a mês, durante 8 (oito) meses, demonstrando a forma contumaz com que os gestores do contribuinte se omitiram a fim de alcançar o propósito de apropriação indevida dos valores de ICMS das operações devidamente declaradas.

Apontou, por fim, que há, em desfavor dos sócios da empresa contribuinte, trinta e quatro inquéritos policiais instaurados no ano de 2020 para apurar delito da mesma natureza, e treze no ano de 2019, no âmbito da DEICOT (num. 67178899 - págs. 2/3).

Inquérito Policial inserto nos autos, achando-se regular.

Processo administrativo n.º 00310218.000209/2020-77, constante nos autos do Inquérito Policial.

Denúncia recebida em **15 de junho de 2021** (ID 69888700).

Resposta à acusação em ID 71117711, apresentada por advogado constituído, suscitando a absolvição dos acusados nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal, alegando ausência de dolo e/ou fraude na conduta dos denunciados, bem como o reconhecimento de causa excludente de culpabilidade, qual seja, inexigibilidade de conduta diversa.

Decisão de ID 83790927, rejeitando as teses preliminares e aprazando audiência de instrução e julgamento.

Realizada audiência de instrução em **30.08.2022**, consoante ata de audiência constante no ID 87733573 e registros audiovisuais inseridos nos ID's subsequentes, oportunidade em que foram ouvidas testemunhas e declarantes.

Audiência de instrução e julgamento realizada em **06.10.2022**, com a oitiva da testemunha da acusação, o auditor fiscal Kellyus Gainet Jovino Andrade, bem como com os interrogatórios dos réus, conforme termo de audiência anexado ao ID 89864798, dando-se por finalizada a instrução.

Alegações finais do Ministério Público, em ID 94997755, requerendo a absolvição dos acusados nos termos do art. 386, III, do CPP, sustentando que não restou comprovado o elemento subjetivo especial da conduta dos acusados, qual seja, o dolo de apropriação.

Apontou o Promotor de Justiça que, ausente o dolo específico de apropriação, elemento subjetivo do tipo penal previsto no art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, de acordo com a jurisprudência dominante, imperioso o reconhecimento da atipicidade da conduta e a necessária absolvição dos agentes.



Alegações finais da defesa, em ID 95765331, requerendo a absolvição dos acusados, nos termos do art. 386, III, do CP, uma vez que restou comprovada a atipicidade de suas condutas.

Subsidiariamente, requereu a absolvição dos réus nos termos do art. 386, VI, do CPP, uma vez que as circunstâncias demonstradas excluem a culpabilidade dos réus pela comprovada inexigibilidade de conduta diversa, ante a grave crise financeira enfrentada pela empresa, que não deixou outra alternativa senão o inadimplemento dos tributos.

É o relatório. Decido.

Do crime previsto no art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90: absolvição.

Observo que o Ministério Público, em alegações finais, requereu a absolvição dos acusados Alberto Carlos Daconti Wanderley e José Américo Bezerra Wanderley face à atipicidade de suas condutas, de certo que ausente o dolo específico de apropriação, elemento subjetivo do tipo penal previsto no art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, requerimento este posteriormente ratificado nas alegações finais da defesa dos acusados.

Antes de adentrar no debate quanto à hipótese de absolvição ventilada pelas partes em suas alegações finais, remeto à prova oral colhida nas audiências de instrução. O conteúdo adiante transcrito é destituído de literalidade, representando, tão só, o que digitado por este magistrado em concomitância à coleta da prova. A integralidade e literalidade acha-se nos arquivos insertos nos autos eletrônicos no Pje.

Testemunha arrolada pelo Ministério Público, Sra. Maria Fernanda Patrícia dos Santos Lucena, sob compromisso, afirmou:

“É contadora. No momento, não mais do atacadão. À época dos fatos era empregada do atacadão. Não prestava serviços individuais. Apenas ela era a contadora e responsável por todos os CNPJ. Recorda de que fazia a escrita da loja. Era a responsável pela escrita da filial da Amaro Barreto, em Natal. Esta foi a primeira filial do Rio Grande do Norte. Quando entrou na empresa em 2001 esta loja da Amaro Barreto já existia. A empresa tem atuação no comércio de móveis e eletrodomésticos. A contabilidade era centralizada na matriz em João Pessoa. Tudo era centralizado em João Pessoa, na BR 101, Km 04, na cidade de João Pessoa, onde funcionava a parte administrativa do grupo. Se desligou em novembro de 2021. A empresa da Amaro Barreto funcionou até sua saída, ao que lembra. Na verdade não tem segurança em afirmar se estava aberta ou fechada. Fecharam muitas lojas, muitas inscrições no Rio Grande do Norte. Conhecia os acusados pessoalmente. Tratava com ambos, mas mais especificamente com José Américo. Todos tinham poder de gerência, ambos. Eles dividiam as atribuições. Alberto era mais comercial e José Américo era mais a parte financeira e fiscal. Tem conhecimento dos débitos que originaram este processo. A empresa não constituiu adimplir. A empresa em 2015 passou por maus momentos em razão da crise financeira que assolou o país. Havia dificuldades de fluxo de caixa. Fizeram parcelamentos e reparcelamentos e mesmo assim não conseguiam cumprir as obrigações. Assim ficaram com débitos com o Estado. O prazo para pagamento ao fisco é de trinta dias, em média. Recebe num mês e repassa para o fisco no mês seguinte. A empresa sempre honrou com os compromissos, mas em razão da crise econômica entrou em dificuldades. Ela priorizou os funcionários na crise e por isso a inadimplência com os impostos. A contadora era ela. A obrigação fiscal digital é mensal e



está no regulamento. Através da EFD teriam que recolher. **Recorda do processo administrativo. De sua parte tudo foi declarado.** Em relação as defesas ficou a cargo dos advogados. Não teve contato com o auditor. Não teve contato pessoal com o fiscal. **O pedido de recuperação judicial foi em julho de 2018. A empresa antes fez parcelamento do débito. No pedido de recuperação judicial não entra débitos tributários. Referente a esta filial existem débitos em aberto além dos que apontam a denúncia. Existem débitos anteriores a estes.** Trabalhou de 2001. Ao que sabe a empresa é de 1994. Ao que recorda a filial 10 foi a primeira, sendo esta do processo. Ao que lembra no Estado do RN tiveram mais de 20 inscrições. **Os inadimplementos iniciaram com a crise econômica em meados de 2015, em razão de dificuldades no fluxo de caixa. A crise afetou as demais filiais, inclusive dos outros estados.** Tem conhecimento de que o Sr. José Américo veio a natal para conversar com o Secretário à época para fazer parcelamentos. Mais chegou o momento em que não conseguiu honrar. **Havia preocupação neste sentido em manter as obrigações tributárias em dia. Houve declaração através da EFD (Escrituração Fiscal Digital) dos impostos.** Quando do parcelamento e reconhecimento de dívida, tentaram fazer acordos. **A empresa vendeu ativos para pagar funcionários e para tentar sanear. Não houve aumento patrimonial dos sócios. Ao revés o grupo se desfez de muita coisa para tentar sanear a empresa.** Chegaram a fazer pagamentos, pagaram diversas parcelas. Surgiram vários débitos e fizeram reparcelamentos. Houve registros de negativação de CNPJ em razão de outros débitos junto a fornecedores. **Pouco depois da recuperação judicial passou a recolher os tributos.** Sabe até onde estava trabalhando. Não tem mais ligação profissional com o grupo. Ao que sabe havia mais de vinte e agora tem cinco inscrições no RN. Não havia outros contadores. **As empresas eram filiais mas com CNPJ distintos. As empresas tinham responsabilidade fiscal individualizada, de acordo com os CNPJ.** Houve processos administrativos tributários e parcelamentos de débitos relacionados as outras lojas do Rn, tudo separado.

Rafael Teixeira Marques, testemunha arrolada pela defesa, afirmou:

“Tem vínculo empregatício com a empresa. **Trabalha desde 2009 ou 2010 na empresa. Tem função atualmente no financeiro, tendo passado pelo Controle Interno (auditoria), Controladoria e financeiro, antes.** Não tem constrangimento em falar a verdade por sem empregado da empresa. Tem conhecimento acerca da filia 10, do Alecrim em Natal. Quando trabalhou na auditoria fazia controle de caixa, estoque. **A partir de 2020, está no financeiro e acompanha a parte de pagamentos. Tiveram um período em que tiveram dificuldades com vendas e com juros bancários, impactando o fluxo de caixa e a empresa perto de 2018 teve que pedir recuperação judicial por não conseguir honrar os débitos. Fecharam várias filiais e demitiram vários empregados. Houve queda de faturamento e aumento de taxa de juros. A situação afetou as filias do RN e demais de outros Estados da federação.** À época entre 2017 e 2018 tinham cerca de 60 filiais e ficaram com 15 apenas. A empresa encontra-se no processo de recuperação judicial. A matriz da empresa é em João Pessoa no distrito industrial, parte de logística, financeiro, contabilidade, jurídico, controladoria. Há filiais em Pernambuco, RN e PB. **Todos os Estados tiveram que fechar filiais, inclusive no Ceará. Em torno de 40 a 45 filiais foram fechadas.** Tudo quem gerencia é a matriz. A conta é centralizada. O lançamento de nota fiscal, pagamentos, definição do que vai ser pago. **Lembra que foram feitos parcelamentos de tributos,** mas não especificamente. Ao que sabe de lojas dos dois estados. Atualmente está havendo pagamento de tributos em dia. Tiveram problemas com a pandemia. Mas, salvo engano o que foi gerado durante a pandemia foi parcelado, mas já foi quitado. **Houve priorização de pagamento aos empregados.** Sabe que o atacado, ao que acompanhou foi entrada de capital



por parte dos sócios. Tanto para pagamento de salários. Este aporte em agosto, setembro, outubro de 2018 se deu em razão de se acharem com baixo estoque. **Desconhece se os sócios tiveram acréscimo de patrimônio. Tem conhecimento de que houve protestos à época da recuperação judicial por falta de pagamento o que motivou a Recuperação.** Estão acompanhando e evitando qualquer protesto. A parte de impostos ao que lembra é que foram um dos maiores pagadores de ICMS dos Estados do RN e Paraíba. **Desconhece intenção da empresa de lesar o fisco.**

Edivaldo Medeiros Santos Júnior, testemunha:

“Ingressou na empresa em 2016. A esta época estava sendo concluída uma consultoria financeira. A empresa estava em crise com declínio significativo nas vendas e na saúde financeira. À época existiam quarenta e poucas lojas distribuídas nos Estados da Paraíba, RN, PE, AL e Ceará. Hoje a empresa tem 17 lojas e chegou a ter mais de quarenta. Tem conhecimento da filial 10 da empresa no bairro do Alecrim. A operação das filiais está vinculada a matriz. Não existe contador, administrador a frente da filial. Ao que sabe os tributos foram declarados e não foram recolhidos alguns deles em razão da crise. Em meados de julho de 2018 houve pedido de recuperação judicial. Houve parcelamentos de tributos mas em razão da crise alguns não foram honrados. A empresa teve negativações em cartórios por protestos de títulos. Tem conhecimento de que depois da recuperação judicial, após o início do processo vem cumprindo regularmente as obrigações tributárias. Houve redução de empregados. Já teve cerca de hum mil e quinhentos e hoje tem 240 empregados. Isto de 2015 para cá. Não houve orientação para não pagar tributos. Quando ocorreu foi por falta de recursos. Houve de os sócios aportarem capital para melhorar o fluxo para recuperar a empresa. Quanto aos tributos pretéritos a empresa tem intenção de adimplir. Fez parte do plano de recuperação judicial da empresa o adimplemento. Há tópico específico.

Valéria Cristina Wanderley Brasil Montenegro, irmã e Américo e tia de Alberto Daconti Wanderley, ouvida como declarante, afirmou:

“Trabalhou na empresa alguns anos, prestando serviços e depois com vínculo. O atacado existe faz uns vinte e oito anos. Mantive relação de trabalho durante dezessete anos. Há filiais e a sede matriz é em João Pessoa. Tiveram lojas em Pernambuco, Ceará, tendo cada loja o seu CNPJ. Ao que sabe a política quanto a relacionamento de impostos era de recolhimento correto. A empresa foi premiada como uma das cem maiores arrecadoras tanto do RN quanto da PB. A empresa nunca teve dificuldades em manter os recolhimentos de tributos. Todavia de 2015 em diante houve uma crise e dificuldade de pagamento de tributos. Tem conhecimento que José Américo veio a Natal para tentar parcelamento de tributos. Ela era da área administrativa. Houve participação da contadora Fernanda. Com a crise fecharam lojas pois a receita caiu bastante. A empresa se viu sem condições de pagar os tributos em dia. Houve demissão de empregados. Entre 2014 e 2015 houve queda séria de vendas. Contrataram consultoria para lidar com as dificuldades. A crise foi nacional, mas eles particularmente foram mais afetados e tiveram que fechar lojas a partir de 2016, 2017, e mais seriamente em 2018. Em 2018 foi o ano mais crítico e houve parcelamento com fornecedores e mesmo assim não estava conseguindo pagar as contas e o compromisso maior era com empregados, no sentido de pagar a estes. Este cenário sendo ela da família e gestora pode dizer que não houve aumento de patrimônio dos sócios. Eles se desfizeram de seus bens e colocaram na empresa. Em 2019. Venderam imóvel grande para pagar as rescisões de empregados. Fazem compromisso para pagar as



contas e manter a empresa funcionando. Tem conhecimento de negativas e protestos entre 2016 em diante. Eram títulos, negociações com fornecedores. Tempos difíceis. **A credibilidade proporcionou a manutenção da empresa. Um parcelamento de tributos que foi feito que gerou esta ação não conseguiu ser honrado.** Estão em recuperação judicial e Dra. Natália e um advogado que agora não recorda o nome estão a frente da recuperação. Até abril quando ela ainda estava era esta Dra. Natália.

Adeildo de Souza Fernandes, testemunha afirmou, em síntese:

“Trabalhou por sete anos no departamento de controle interno. Trabalhou de 2015 até maio deste ano (2022) no Atacadão dos eletros. Seu conhecimento é da situação financeira da empresa. **A situação que vivenciou foi o fechamento de várias filiais em razão da crise financeira.** Não tem conhecimento dos detalhes fiscais pois não era de sua área. Era subordinado diretamente a Bebeto e menos a Américo. Ia as filiais e fazia levantamento de caixa e estoque. Fazia avaliação de diferenças de caixa de estoque. **Sabe dizer que a empresa era responsável e honrava com seus compromissos.** O compromisso era nada entra sem nota e nada sai sem nota. Isso era uma exigência inafastável. **Desconhece qualquer ato de gestão temerária da empresa. A empresa sofreu grave crise financeira. Ao que sabe a empresa que tinha sessenta lojas passou para dezessete, ao que sabe.** Chegaram a não ter mercadorias em loja.

Kellyus Jovino, afirmou, sob compromisso, na condição de testemunha, o seguinte:

“Recorda que em momento algum fez visita a empresa. Seu trabalho foi feito com acesso aos sistemas da SET. **Constataram débitos relacionados na FDD. Com base nestes valores foram buscar se havia recolhimento.** Verificados os dados, com base nas determinações da coordenadoria e realizaram o relatório. Não recorda se a empresa estava inativa. Isto não interfere. Apenas quando precisa intimar alguém a inatividade repercute. **A escrituração fiscal digital engloba os livros de registros de entrada e saída, livro de apuração que permite ver se tem ICMS ou não a recolher.** As informações são do contribuinte. Ele remete via SPED. É possível compensação se houve crédito do mês anterior que passa para o mês seguinte e pode compensar com os débitos. A apuração é automática. O contribuinte tem sistema que celular e faz as informações. Com base nos relatórios não verificaram qualquer divergência. Constatado o não recolhimento dos impostos prosseguem no processo. A partir do Mês de abril o prazo para o recolhimento é até o dia 15 do mês seguinte. A ressalva de valores fica a discricionariedade da empresa. Ela tem ciência de que a partir do momento em que ela faz a declaração tem até o mês seguinte para o recolhimento. Ingressou no fisco em 2005. passou um tempo como fiscal, outro com visita a contribuintes. Desde a pandemia está em setor que prescinde de visitas a contribuinte. É demandado por ordens de serviço. **Não ouviu falar que a empresa atacadão dos eletros seja contumaz em não pagar impostos.** Depois deste procedimento não passou por ele outros da mesma empresa.

Natália Pimentel Lopes, testemunha, sob compromisso, afirmou que está **exercendo a função de administradora judicial** do atacadão dos eletros, por designação da Vara dos Feitos Especiais e Relações de Consumo da Capital:

“**É administradora judicial designada para atuar na empresa Atacadão dos Eletros desde agosto de 2018.** Nesta condição fez o contato com com credores. **Enumera, dívida de 745 credores. A intenção de mitigar os efeitos dos débitos trabalhistas,**



credores da classe 1. Fizeram vários acordos. Há diversas negociações em curso. Anteciparam o pagamento de grande parte dos débitos trabalhistas. Ao longo deste período houve mudanças na empresa. Houve renegociação de acordo com a Samsung, com bancos. O plano de recuperação judicial foi aprovado por grande maioria dos credores, nas diversas classes. **A situação do processo hoje é de aprovação do plano para a recuperação judicial.** A empresa ainda não está gozando dos benefícios da recuperação. **Os impostos não são abarcados pela recuperação judicial.** De agosto de 2018 para os dias atuais há negociação com a Fazenda Nacional. **Há entraves nesta negociação. Há regularização dos pagamentos. Com relação ao ICMS de agosto de 2018 em diante não houve atrasos. O atacadão segundo soube teria sido um dos maiores recolhedores de impostos da Paraíba.** O passivo total do atacadão dos eletros seria em torno de 35 a 39 milhões de reais. Quando a empresa deste porte tem debito de cem milhões fora os débitos tributários que não entram na recuperação judicial. **Não houve do que ela tem conhecimento, relacionado a empresa distribuição de lucros que é vedada. Não sabe nada sobre o patrimônio pessoal dos sócios.** A empresa não tem aumento de patrimônio. **Sabe que eles se desfizeram de patrimônio pessoal para pagar as contas trabalhistas.** O que se deu com autorização do juízo universal. Até o dia de hoje não percebeu nada que justificasse o afastamento deles enquanto sócios. Todas as empresas se acham na recuperação judicial, independentemente dos CNPJ.

Alberto Carlos Daconti Wanderley, ao ser interrogado, às perguntas respondeu:

“A empresa foi constituída em 1994. **Foi sócio a partir de 2008 para 2009. Pode ter sido 2009 ou 2011 também. Seu pai lhe passou as cotas posto que ele foi o fundador, juntamente com José Américo Bezerra Wanderley que é seu tio, irmão do seu pai, que lhe doou a parte dele.** A participação dele é de 75% (setenta e cinco por cento) e de Américo 25% (vinte e cinco por cento). Ele interrogado é diretor comercial, tendo sido assim, mas não sempre. Fez a carreira exercendo outras funções na empresa como para que pudesse dominar a empresa. **Somente em 2017 para 2018 assumiu a direção comercial somente em 2017 para 2018. José Américo sempre teve a função de responsável financeiro e tecnologia e contabilidade.** Isso desde que seu pai figurava na empresa. A matriz é em João Pessoa. As filiais de Natal e as demais eram subordinadas a matriz. **A vida das lojas, inclusive da Amaro Barreto eram centralizadas na matriz, a exemplo de compras, contabilidade, financeiro, recursos humanos, transporte, expansão dentre outras. A contabilidade era centralizada em João Pessoa, de todas as lojas do grupo.** Reconhece que houve o fato apontado pelo Ministério Público. A empresa é muito antiga e desde 94 até 2014 a 2015 sempre teve em evidência figurando nos Estados da Paraíba e RN dentre os cem maiores contribuintes. **A empresa sempre esteve em dia com suas obrigações e com planos de expansão. Por volta de 2014 a 2015 grave crise afetou o varejo de móveis e eletro. Possuíam 72 lojas e passaram para 18.** Entre 2016 e 2018 procuraram reestruturar a empresa mas não conseguiram. **Reconhece que em razão da incapacidade de solvência deixaram de recolher os tributos dos meses constantes da denúncia. Não chegaram a fazer parcelamento deste débito em especial.** Desconhece se houve parcelamentos de débitos. Não recorda se a loja da Amaro Barreto ainda estava funcionando. Fecharam muitas lojas e não recorda se esta estava fechada. **Confirma a redução em mais de quarenta por cento do faturamento da empresa entre 2014 e 2018.** Tanto a crise quanto a queda de faturamento apontaram para queda maior que quarenta por cento em relação a 2017. **Por isso o pedido de recuperação judicial. Tiveram que vender ativos pessoais para a sustentação, para sobreviver a empresa.** Ao final de 2015 quando se viram em dificuldades contrataram a **Alvares e Marshal**, uma das maiores do mundo, especialista na recuperação e



gestão financeira para tomada de decisões. A empresa ficou de janeiro a outubro de 2016 para implementar melhorias na administração. O custo da empresa era alto. Passaram para outra em 2017. **Colocaram patrimônio pessoal na empresa para pagar empregados.**

José Américo Bezerra Wanderley, ao ser interrogado, afirmou:

“É um dos fundadores da empresa desde 1994. A sociedade era ele, seu irmão e cunhada. Ao que recorda tinha cinco por cento e passou a vinte e cinco por cento. Passou a ter vinte e cinco por cento ao que recorda em 2.000. A função dele na empresa era operacional, fiscal, tributária, contabilidade. Depois que o filho de Alberto entrou como diretor comercial ele ficou como presidente da empresa. Fernanda lidava com Alberto mais na questão dos preços de aquisição de produtos para saber a formação do preço do produto. A parte contábil da empresa era mais com ele interrogado e decisões relevantes era com ele. Recorda que a empresa chegou a ter sessenta lojas ou mais. Faturamento em trono de quatrocentos milhões de reais. Entre esta data de fundação até 2014 a empresa sempre teve saúde financeira. Sempre crescendo. Reconhece a dívida mas não a conduta criminosa. Reconhece o inadimplemento mas não o crime. Admite o fato mas nega que praticou crime. Os valores que seriam destinados a tributos foram direcionados a pagamento de empregados. Folha dentre outras coisas. Recorda que a loja da Amaro Barreto ainda está funcionando. Nunca fechou. Tudo era centralizado e controlado pela matriz. Embora fossem CNPJ distintos era uma empresa só. Havia controle e individualização da contabilidade por loja, embora fosse grupo único. **O não recolhimento de tributos a exemplo de ICMS ao que lembra se deu mais em 2018. Recorda que eles tiveram iniciativa de procurar o fisco e fizeram parcelamento de tributos, relacionado a esta dívida. Não lembra em quantos meses mas não honraram em razão de dificuldades de caixa. **Recorda que não houve crise somente da empresa deles, mas a crise foi nacional a partir de agosto de 2014, atingindo grandes empresas, como Rabelo, Ricardo Eletro, dentre outras.** Contrataram uma das maiores consultorias do Brasil a Álvares e Marshal para ajudá-los na dificuldade. Os juros aumentaram muito. **Fecharam lojas, demitiram empregados, reduziram quadros, de 1.500 para trezentos, atualmente. Entraram em Recuperação Judicial em agosto de 2018,** neste momento os problemas já estão graves. Seu pai era caminhoneiro e sua mãe dona de casa e tudo que construíram foi com trabalho. Fizeram de tudo para não entrar em recuperação judicial, mas estavam muito fragilizados. **Perderam patrimônio pessoal.** A empresa tem passivo fiscal abaixo de setenta milhões, mas tem a parte federal referente a qual eles têm crédito. Está no plano deles pagar os impostos atrasados. **Entraram em recuperação em 2018, enfrentaram pandemia em 2020 e a guerra da Rússia está atrapalhando.** A questão do imposto é como uma decisão de comprar comida ou pagar tributo. Não que não vá pagar, mas se a empresa não tem mercadorias ela morre.**

Essa a prova oral colhida. Realmente, compulsando detidamente os autos, de se reconhecer que não há como afirmar que a conduta dos acusados se amolda ao crime descrito na exordial acusatória.

A Lei nº 8.137/90 define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Os arts. 1º e 2º da Lei trazem os crimes praticados por particulares contra a ordem tributária.

O art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 é conhecido pela doutrina e jurisprudência como “apropriação indébita tributária”, e assim está descrito:



“Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

(...)

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

(...)

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

(...)

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

Inicialmente, cumpre observar que o sujeito ativo do crime é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90: “deixar de recolher (...) na qualidade de sujeito passivo da obrigação”.

Dito isto, registro que doutrina e jurisprudência divergem quanto ao elemento subjetivo do referido tipo penal. Entende a doutrina majoritária que o elemento subjetivo exigido para a configuração do crime imputado nos autos, é o dolo genérico, ou seja, aquele consistente na consciência e vontade do responsável tributário de produzir o resultado criminoso, qual seja, o de não recolher o valor do tributo. Não há, para a doutrina, a necessidade de um especial fim de agir para a configuração do delito.

Oportuna a lição de Renato Brasileiro, contida à página 255, de seu Manual de Legislação Criminal Especial, edição 2021, Jus Podivm, na qual, ao tecer comentários ao inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.137/90, assevera:

“Conquanto o crime seja rotulado por alguns doutrinadores como uma espécie de apropriação indébita tributária, é equivocado acreditar que tal delito guarde certas semelhanças com o crime comum de apropriação indébita previsto no art. 168 do Código Penal (“Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção”). Na visão da doutrina majoritária, diversamente do que ocorre em relação ao crime patrimonial, a tipificação do crime tributário sob comento não demanda a presença de um especial fim de agir, consistente no ânimo de assenhoreamento definitivo (animus rem subí habendi). Com efeito, o núcleo do tipo do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, é “deixar de recolher”, e não “apropriar-se”. Ou seja, não há exigência de dolo específico, mas apenas genérico para a configuração da conduta delituosa”

A orientação do STJ era no sentido da doutrina majoritária, de que para a configuração do delito previsto no inciso II do art. 2º da Lei nº 8.137/90, não havia exigência de dolo específico, mas apenas de dolo genérico.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça mudou de entendimento depois do julgamento do STF no qual a Corte, no julgamento do RHC 163334/SC, esclareceu que para a caracterização do crime **é necessário que o inadimplemento seja contumaz** e, sobretudo, que **funcione como verdadeiro modus operandi do empresário, seja para enriquecer ilícitamente, lesar a concorrência ou para manter as próprias atividades.**



A Suprema Corte fixou critérios objetivos, em um rol exemplificativo, a serem observados, eles, os critérios, na demonstração do dolo de apropriação, quais sejam: a) o inadimplemento prolongado sem tentativa de regularização dos débitos; b) a venda de produtos abaixo do preço de custo; c) a criação de obstáculos à fiscalização; d) a utilização de “laranjas” no quadro societário; e) a falta de tentativa de regularização dos débitos; f) o encerramento irregular das suas atividades, e g) a existência de débitos inscritos em dívida ativa em valor superior ao capital social integralizado. Nesse sentido, invoco o julgado do STF:

Direito penal. Recurso em Habeas Corpus. Não recolhimento do valor de ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço. Tipicidade. 1. O contribuinte que deixa de recolher o valor do ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço apropria-se de valor de tributo, realizando o tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990. 2. Em primeiro lugar, uma interpretação semântica e sistemática da regra penal indica a adequação típica da conduta, pois a lei não faz diferenciação entre as espécies de sujeitos passivos tributários, exigindo apenas a cobrança do valor do tributo seguida da falta de seu recolhimento aos cofres públicos. 3. Em segundo lugar, uma interpretação histórica, a partir dos trabalhos legislativos, demonstra a intenção do Congresso Nacional de tipificar a conduta. De igual modo, do ponto de vista do direito comparado, constata-se não se tratar de excentricidade brasileira, pois se encontram tipos penais assemelhados em países como Itália, Portugal e EUA. 4. Em terceiro lugar, uma interpretação teleológica voltada à proteção da ordem tributária e uma interpretação atenta às consequências da decisão conduzem ao reconhecimento da tipicidade da conduta. Por um lado, a apropriação indébita do ICMS, o tributo mais sonegado do País, gera graves danos ao erário e à livre concorrência. Por outro lado, é virtualmente impossível que alguém seja preso por esse delito. 5. Impõe-se, porém, uma interpretação restritiva do tipo, de modo que **somente se considera criminosa a inadimplência sistemática, contumaz, verdadeiro *modus operandi* do empresário, seja para enriquecimento ilícito, para lesar a concorrência ou para financiar as próprias atividades.** 6. **A caracterização do crime depende da demonstração do dolo de apropriação, a ser apurado a partir de circunstâncias objetivas factuais, tais como o inadimplemento prolongado sem tentativa de regularização dos débitos, a venda de produtos abaixo do preço de custo, a criação de obstáculos à fiscalização, a utilização de “laranjas” no quadro societário, a falta de tentativa de regularização dos débitos, o encerramento irregular das suas atividades, a existência de débitos inscritos em dívida ativa em valor superior ao capital social integralizado etc.** 7. Recurso desprovido. 8. Fixação da seguinte tese: O contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990. (STF - RHC: 163334 SC 0106798-35.2017.3.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 18/12/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 13/11/2020) (destaquei).

Conforme referido, o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento da Suprema Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 2º, II, LEI 8.137/1990. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DE DOLO ESPECÍFICO NA ORIGEM. ABSOLVIÇÃO RECONHECIDA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Não se admite sustentação oral no julgamento de agravo regimental, nos termos do art. 159 do RISTJ. 2. Consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, **“o contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo**



penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990" (RHC 163.334/SC, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, DJe 12/11/2020). 3. Considerando que no acórdão recorrido apenas evidenciou o dolo genérico, sem, contudo, apontar o dolo de apropriação, deve ser reconhecida a absolvição (AgRgnoREsp 1943290/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 04/10/2021). 4. Agravo regimental provido. Concessão do habeas corpus. Absolvição dos agravantes do crime previsto no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 (art. 386, VII – CPP). (STJ. 6ª Turma. HC 675289-SC, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), julgado em 16/11/2021 (destaquei).

Feitas essas considerações, filiando-me ao entendimento dos Tribunais Superiores e envolvendo-me ao caso sob julgamento, observo, da análise minuciosa do arcabouço probatório constante nos autos, que **não houve dolo de apropriação por parte dos acusados, elemento subjetivo necessário à configuração do tipo penal imputado na denúncia**. Senão vejamos.

Consoante cópia do contrato social acostado ao ID 71117718, a empresa ATACADÃO DOS ELETRODOMÉSTICOS DO NORDESTE LTDA foi fundada no ano de 1994, em João Pessoa/PB, e atua no Estado do Rio Grande do Norte há vinte e cinco anos, chegando a operar com vinte e duas unidades, das quais a loja da Rua Amaro Barreto, nº. 1310, Bairro Alecrim, nesta Capital, foi a primeira (fls. 19-28 do ID 67178893), iniciando suas atividades no ano de 1999.

Ressai da prova oral colhida em juízo, firme nos depoimentos das testemunhas e interrogatórios dos réus, que a empresa enfrentou uma crise financeira a partir do ano de 2015, a qual deu causa ao fechamento de lojas, demissão de funcionários e, por fim, no ano de 2018, ao pedido de recuperação judicial, poucos meses após o início do cometimento do suposto crime, de certo que a denúncia imputa aos acusados a falta de recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), nos meses de abril, maio, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro do ano de 2018.

Ouvida perante Juízo, a ex-contadora Maria Fernanda Patrícia dos Santos Lucena pontuou, de forma mais técnica, que durante os vinte anos em que foi contadora do Atacadão dos Eletros, inclusive como funcionária, todas as obrigações foram declaradas e os impostos recolhidos regularmente, até o grupo ser afetado pela crise que impactou de modo significativo no seu fluxo de caixa.

Acrescentou a testemunha que as declarações de entrada e de saída eram feitas por meio de EFD, mensalmente, e que o recolhimento do que era apurado em um mês era feito mês seguinte. Aduziu, ainda, que os gestores da empresa manifestavam intenção de saldar a dívida e que vários parcelamentos foram realizados, não havendo êxito, contudo, no integral adimplemento, embora várias parcelas tenham sido pagas.

Ressai dos depoimentos prestados pelas testemunhas Aldeildo de Souza, Valéria Cristina e Edvaldo Medeiros, funcionários da empresa, que em razão da crise houve fechamento de lojas, diminuição da receita e a empresa se viu sem condições de pagar pontualmente esses tributos. Referiram que o estabelecimento comercial vinha em um desempenho muito bom no início de 2015, quando começou a cair suas fontes de receita e foi ficando cada vez mais difícil. Por fim, afirmaram que não houve aumento patrimonial dos sócios, de certo que tomaram conhecimento de que ambos teriam se desfeito de parte de seu patrimônio pessoal, para saldar dívidas da empresa.



Em seus interrogatórios, os acusados Alberto Carlos Daconti Wanderley e José Américo Bezerra Wanderley, reconheceram a existência do débito com a Fazenda do Rio Grande do Norte, acrescentando a existência de outras dívidas da mesma natureza, de outros períodos e de outras filiais. Entretanto, negaram a conduta delitativa, ressaltando que sempre declararam e recolheram todos os impostos até serem atingidos de forma severa por uma crise financeira, verificada a partir do ano de 2015, que afetou sobremaneira o setor de varejo, levando várias empresas do mesmo ramo à falência.

Apontaram os réus que, com o avanço da crise, na tentativa de manter o funcionamento da empresa e resguardar os quase mil e quinhentos empregos, algumas decisões tiveram que ser tomadas, com prioridade para a folha de pagamento e para a reposição do estoque, mas, a despeito de todos os esforços despendidos, não se chegou a outra solução senão o pedido de recuperação judicial, o fechamento de lojas e demissão de funcionários.

Da análise da prova colacionada aos autos, forçoso reconhecer que não demonstrou a instrução, elementos que denotem o dolo de apropriação, nos termos fixados de forma exemplificativa pelo STF, **como a venda de produtos abaixo do preço de custo, a criação de obstáculos à fiscalização, a utilização de “laranjas” no quadro societário e o encerramento irregular das suas atividades.**

No que se refere à fiscalização tributária, é importante destacar, conforme aludiu o Promotor de Justiça em suas alegações finais, que a empresa declarou regularmente todas as operações, o que viabilizou a atuação do fisco.

Demais disso, a empresa enfrenta recuperação judicial, sendo a filial nº. 10, situada à Rua Amaro Barreto, no Bairro Alecrim, uma das dezoito lojas ainda em funcionamento. Por fim, há informações de parcelamentos de outras dívidas da mesma natureza do contribuinte com a Fazenda Estadual, cujo pagamento, em algumas situações, teria sido iniciado e interrompido por decréscimo no fluxo de caixa.

Lado outro, consta do relatório conclusivo da autoridade policial da DEICOT em sede inquisitorial, bem como das consultas e fichas processuais juntadas aos autos, que não há registro de Inquéritos Policiais instaurados antes do ano de 2019 para apurar crimes contra a ordem tributária, praticados pelos imputados, o que aponta, por consectário lógico, a ausência de contumácia na falta de recolhimento do ICMS, levando a crer que, de fato, a conduta dos acusados se deu em virtude da crise financeira suportada. Não há como desconsiderar que a empresa, por mais de vinte anos, operou no Estado sem registro de débitos com o fisco.

Conforme apontou o representante do Ministério Público em alegações finais, não se verifica, no caso sob julgamento, comportamento direcionado ao enriquecimento ilícito e/ou tentativa de lesar a concorrência e o fisco.

Assim, inegável que o inadimplemento das obrigações tributárias, como largamente demonstrado nos autos do processo, se deu em razão de uma crise financeira a partir do ano de 2015, não restando comprovado o elemento subjetivo especial da conduta dos acusados, o dolo de apropriação, e, pois, a tipicidade do crime descrito na denúncia, razão pela qual imperiosa a absolvição dos réus nos termos do art. 386, III, do CPP.

Ante as razões expostas, apreciadas as questões relevantes postas a debate, julgo **PROCEDENTE** o pedido absolutório formulado em sede de alegações finais pelo Ministério



Público, para absolver **Alberto Carlos Daconti Wanderley e José Américo Bezerra Wanderley** do crime previsto no art. 2º, II, da Lei n.º 8.137/1990 c/c arts. 71 e 29, ambos do CP.

Transitada em julgado a presente sentença, dê-se baixa na culpa, perante o distribuidor.

Intimem-se os acusados pessoalmente, através de mandado.

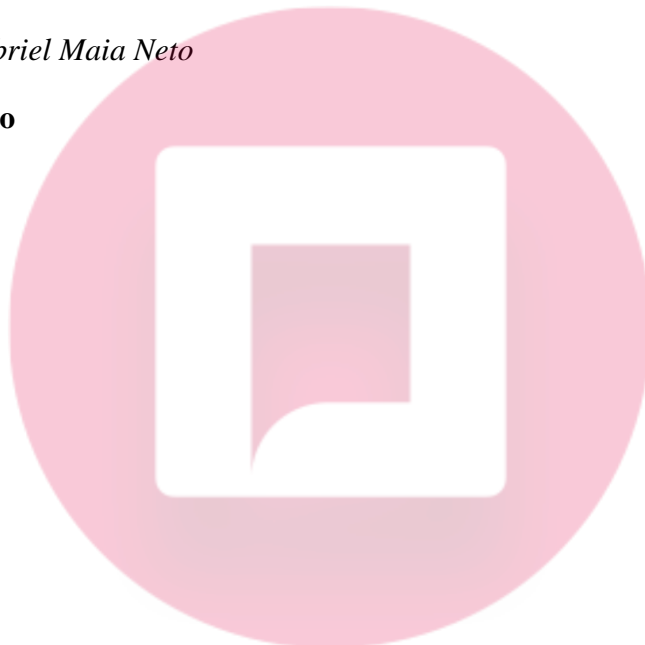
Intimem-se, o membro do Ministério Público e a defesa constituída no próprio sistema PJE.

Cumpra-se.

N a t a l, 0 2 d e m a r ç o d e 2 0 2 3 .

Francisco Gabriel Maia Neto

Juiz de Direito



(documento assinado digitalmente na forma da Lei nº11.419/06)

