



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 65.851 - SP (2015/0295820-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **MIRIAM CONTIERO FACCIOLI**
ADVOGADO : **CAMILA CRISTINA FACCIOLI - SP185864**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. 1. CRIME TRIBUTÁRIO. ART. 1º, II, DA LEI 8.137/1990. CREDITAMENTO DE ICMS. PEDIDO DE TRANCAMENTO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. GUERRA FISCAL. 2. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* PROVIDO, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL.

1. O trancamento da ação penal na via estreita do *habeas corpus* somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade do delito. O crime previsto no art. 1º, inciso II, da Lei 8.137/1990 exige o elemento subjetivo doloso para a sua configuração, consistente na efetiva vontade de fraudar o fisco, mediante omissão ou declaração falsa às autoridades fazendárias, com o fim de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social. E, na espécie, ressaí dos autos que o paciente efetuou lançamentos exatos de crédito de ICMS, amparado Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 001/2002 – SUREC/SEPF – Processo n. 00040.004880/2001 e 029/2004 - Processo 040.002.293.2004, do Distrito Federal, vigente ao tempo dos fatos, no contexto da chamada "guerra fiscal" entre o distrito federal e os estados federados, razão pela qual não há falar em dolo de fraudar o fisco. Precedentes.

2. Recurso em *habeas corpus* provido, para reconhecer a atipicidade da conduta imputada à recorrente na ação penal n. 0003167-95.2010.8.23.0318 e determinar o seu trancamento, com extensão da ordem aos corréus, em observância ao art. 580 do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, com extensão aos corréus, nos termos do voto do Sr. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de junho de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 65.851 - SP (2015/0295820-5)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : MIRIAM CONTIERO FACCIOLI
ADVOGADO : CAMILA CRISTINA FACCIOLI - SP185864
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por MIRIAM CONTIERO FACCIOLI contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ementado nos seguintes termos (e-STJ fl. 89): “HABEAS CORPUS - Crime fiscal - Inépcia da denúncia e atipicidade da conduta - Trancamento da ação - Impossibilidade - Ordem denegada”.

Consta dos autos que a recorrente foi denunciada como incurso no art. 1º, inciso II, c/c o art. 11, ambos da Lei n. 8.137/1990, c/c o art. 29 e n/f do art. 69, ambos do Código Penal, em virtude da utilização de crédito de ICMS de maneira indevida no valor de R\$ 443.886,99.

Aduz, em síntese, que o valor do ICMS creditado pela empresa foi apurado com base na aplicação da alíquota de 12% quando deveria ser utilizada a alíquota de 1%, uma vez que a empresa remetente da mercadoria era beneficiada pelo crédito presumido do ICMS. Alude que a formalização da concessão do benefício ocorreu por meio dos termos de acordo de regime especial n. 001/2002 e 29/2004.

Nesse contexto, afirma a recorrente que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que não há se falar em crime na situação ora tratada. Assevera que a guerra fiscal entre os estados federados não pode ensejar uma persecução penal sem justa causa contra os empresários.

Entende que, se o benefício é dado por um Estado da Federação, como forma de estímulo às empresas que lá se instalam, não pode esse valor ser depois neutralizado pelo Estado de origem das mercadorias por meio de autuações, a seu ver, abusivas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assevera, assim, que a operação foi legítima, não havendo se falar em fraude nem em falsificação de documentos ou inserção de dados falsos, circunstâncias que nem sequer foram narradas na inicial acusatória. Dessa forma, ou se trata de conduta atípica ou se trata de denúncia inepta.

Pede, liminarmente, a suspensão da Ação Penal n. 0003167-95.2010.8.26.0318. No mérito, pugna pelo seu trancamento, quer por atipicidade da conduta quer por inépcia da denúncia.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 129/131, as informações foram prestadas às e-STJ fls. 145, 155/175 e 179/181, e o Ministério Público Federal manifestou-se, às e-STJ fls. 185/192, pelo provimento parcial do recurso, nos seguintes termos:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA, INOCORRÊNCIA. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO DE ICMS. ALÍQUOTA PAGA A MENOR NA UNIDADE FEDERATIVA DE ORIGEM, EM VIRTUDE DE ACORDO FIRMADO ENTRE A EMPRESA CONTRIBUINTE E O ESTADO. MONTANTE A SER APROPRIADO NO ESTADO DE DESTINO. QUESTÃO NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL LOCAL, AO ENTENDIMENTO DE SER O HABEAS CORPUS VIA INADEQUADA PARA TAL ANÁLISE, COM VISTA AO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, POR ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DIRETO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA MATÉRIA PELA CORTE LOCAL, POR SER EMINENTEMENTE JURÍDICA. Parecer pelo provimento parcial do recurso apenas para determinar à Corte de origem que examine a questão lá suscitada, decidindo-a como entender de direito.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 65.851 - SP (2015/0295820-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Como é cediço, o trancamento da ação penal na via estreita do *habeas corpus* somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade do delito.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que "*o trancamento de inquérito policial ou de ação penal em sede de habeas corpus é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito*" (RHC n. 43.659/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 15/12/2014).

Não se admite, por essa razão, na maior parte das vezes, a apreciação de alegações fundadas na ausência de dolo na conduta do agente ou de inexistência de indícios de autoria e materialidade em sede mandamental, pois tais constatações dependem, via de regra, da análise pormenorizada dos fatos, ensejando revolvimento de provas incompatível, como referido alhures, com o rito sumário do *mandamus*.

No caso dos autos, alega o recorrente que a ação penal carece de justa causa, haja vista serem atípicos os fatos. Por oportuno, transcrevo a imputação trazida na inicial acusatória (e-STJ fls. 17/21):

*Consta do anexo inquérito policial que, no período compreendido entre janeiro de 2002 a 06 dezembro de 2002, na Rua Abraão Jorge Mansur, número 136, Centro, nesta cidade e comarca de Leme, CLOVIS HENRIQUE FRANCO DE SOUZA, qualificado a fls. 168, MIRIAM CONTIERO FACCIOLO, qualificada a fls. 168, JOSÉ MATHEUS FURLAN, qualificado a fls. 168v, JOUBERT PAGLIARI FACCIOLO, qualificado a fls. 168v, e IVANA APARECIDA GAGHEGI DE SOUZA, qualificada a fls. 169, agindo em concurso e unidade de desígnios, **suprimiram e reduziram***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tributo, fraudando a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos em documento exigido pela lei fiscal.

Consta, também, que, no período compreendido entre 06 de dezembro de 2002 e janeiro de 2003, no mesmo local, nesta cidade e comarca de Leme, CLOVIS HENRIQUE FRANCO DE SOUZA, qualificado a fls. 168, IVANA APARECIDA GAGHEGI DE SOUZA, qualificada a fls. 169, CAMILA CRISTINA FACCIOLI, qualificada a fls. 170, PAULO HENRIQUE FURLAN, qualificado a fls. 170, e MARTA CONTIERO FACCIOLI, qualificada a fls. 170, agindo em concurso e unidade de desígnios, **suprimiram e reduziram tributo, fraudando a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos em documento exigido pela lei fiscal.**

Consta, ainda, que, no período compreendido entre os meses de abril de 2004 a junho de 2004, no mesmo local, nesta cidade e comarca de Leme, CLOVIS HENRIQUE FRANCO DE SOUZA, qualificado a fls. 168, IVANA APARECIDA GAGHEGI DE SOUZA, qualificada a fls. 169, CAMILA CRISTINA FACCIOLI, qualificada a fls. 170, PAULO HENRIQUE FURLAN, qualificado a fls. 170, e MARTA CONTIERO FACCIOLI, qualificada a fls. 170, agindo em concurso e unidade de desígnios, **suprimiram e reduziram tributo, fraudando a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos em documento exigido pela lei fiscal.**

Segundo apurado, a empresa Comercial H.F. Distribuidora de Peças Ltda. abriu filial, em 29 de agosto de 2001, em Taguatinga/DF (fl. 169).

Os denunciados, na qualidade de sócios-proprietários da empresa, aproveitando-se da incidência do princípio da não-cumulatividade do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) e de norma estadual regulamentadora da emissão de notas fiscais na transferência de mercadorias, creditaram-se, nos períodos mencionados, de ICMS indevido.

Para tanto, os denunciados, na saída de mercadorias de sua filial em Taguatinga/DF, faziam constar nas notas fiscais tributo destacado à razão de 12% (e.g., fls. 66/71). No entanto, em razão de incentivo fiscal, o ICMS devido nas operações efetuadas pelos denunciados era de apenas 1%. Portanto, o valor de ICMS destacado nas Notas fiscais de emissão da empresa autuada não correspondia ao ICMS efetivamente cobrado na operação anterior (cf. fls. 13/30).

Em seguida, os denunciados, no período em que permaneceram como sócios, creditaram-se indevidamente de ICMS não cobrado em operações anteriores, registrando as notas fiscais emitidas no Livro de Registro de Entradas do estabelecimento localizado nesta comarca.

Apurou-se que, ao escriturar as notas fiscais no Livro de Registro de Entradas, os denunciados apenas poderiam creditar 1% do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valor do imposto em comento, uma vez que o percentual de 11% não havia sido efetivamente recolhido na origem (Distrito Federal).

No período de janeiro de 2002 a dezembro de 2002, os sócios-proprietários de referida sociedade eram os denunciados Clóvis, Miriam, José Matheus, Joubert e Ivana.

A partir de dezembro de 2002, os sócios passaram a ser os denunciados Clóvis, Ivana, Camila, Paulo e Marta.

Assim, apurou-se que, utilizando-se do expediente acima descrito, no período de janeiro de 2002 a janeiro de 2003, os denunciados acima destacados, no período em que permaneceram como sócios, agindo em concurso e unidade de desígnios, suprimiram um total de R\$ 378.415,52 (trezentos e setenta e oito mil, quatrocentos e quinze reais e cinquenta e dois centavos) de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) devido ao fisco.

Apurou-se, ademais, que, no período compreendido entre os meses de abril a junho de 2004, os denunciados Clóvis, Ivana, Camila, Paulo e Marta, sócios-proprietários de referida sociedade à época, agindo em concurso e unidade de desígnios, suprimiram R\$ 65.471,47 (sessenta e cinco mil, quatrocentos e setenta e um reais e quarenta e sete centavos) de ICMS devido ao fisco.

O débito foi regularmente inscrito em dívida ativa (fls. 199).

Os denunciados, na condição de sócios da empresa, detinham o domínio do fato e da atividade empresarial, sendo responsáveis pelo recolhimento dos tributos e pelas informações prestadas ao fisco, bem como beneficiários da sonegação.

Ante o exposto, denuncio a Vossa Excelência CAMILA CRISTINA FACCIOLI, PAULO HENRIQUE FURLAN, MARTA CONTIERO FACCIOLI, CLOVIS HENRIQUE FRANCO DE SOUZA e IVANA APARECIDA GAGHEGI DE SOUZA como incursos no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90, combinado com o artigo 11, da Lei nº 8.137/90, e artigo 29, do Código Penal, na forma do art. 71, tudo na forma do artigo 69 (por duas vezes), ambos do Código Penal; e MIRIAM CONTIERO FACCIOLI, JOSÉ MATHEUS FURLAN e JOUBERT PAGLIARI FACCIOLI como incursos no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90, combinado com o artigo 11, da Lei nº 8.137/90, e artigo 29, do Código Penal, na forma do art. 71, do Código Penal, requerendo, após o recebimento desta, sejam os denunciados citados e intimados para oferecerem resposta à acusação no prazo de 10 (dez) dias, nos termos do artigo 394, § inciso I, e artigos 396/405, do Código de Processo Penal, seguindo-se os demais atos do procedimento ordinário, ouvindo-se a testemunha abaixo arrolada, até a final condenação.

A denúncia teve por lastro auto de infração, no qual se elucida que (e-STJ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fls. 24):

O "imposto destacado não foi cobrado anteriormente. Embora nas notas fiscais haja o destaque do imposto calculado à alíquota de 12% (doze por cento), aplicável nas saídas para o Estado de São Paulo, o estabelecimento paulista só poderia ter se creditado de 1% (um por cento), visto que os restantes 11% (onze por cento) não foram cobrados na origem pelo Distrito Federal, que, mediante regime especial (Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 001/2002 – SUREC/SEPF – Processo n. 00040.004880/2001 (fls. 51 a 57) concedeu ao estabelecimento remetente crédito outorgado de 11% (onze por cento) sobre o valor das transferências de mercadorias para estabelecimentos da mesma empresa situados em outra unidade federada, conforme previsto no artigo 3º da Portaria nº 384/2001 (fls. 63 a 65), benefício esse concedido sem a necessária autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, em desacordo, portanto, com o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal e com o artigo 1º da Lei Complementar nº 24/75 e, ainda, configurando a hipótese plasmada nos incisos I e II do artigo 8º da Lei Complementar Federal nº 24, de 7 de janeiro de 1975, que prevê a nulidade do ato, a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria, a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e, a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente)".

Assim, constata-se que a recorrente foi acusada de sonegar tributo estadual devido ao Estado de São Paulo, na medida em que teria inserido, em suas escriturações, entre janeiro de 2002 e 6 de dezembro de 2002, créditos de ICMS não reconhecidos por esse ente federativo, no valor de R\$ 378.415,52, decorrentes de incentivos fiscais concedidos pelo Distrito Federal, com base no artigo 3º da Portaria nº 384/2001 do referido ente estatal, Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 001/2002 – SUREC/SEPF – Processo n. 00040.004880/2001.

Entretanto, como é cediço, o crime previsto no art. 1º, inciso II, da Lei 8.137/1990 exige o elemento subjetivo doloso para a sua configuração, consistente na efetiva vontade de fraudar o fisco, mediante omissão ou declaração falsa às autoridades fazendárias, com o fim de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social.

E, na espécie, ressaí dos autos que a paciente efetuou lançamentos exatos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crédito de ICMS, amparado Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 001/2002 – SUREC/SEPF – Processo n. 00040.004880/2001 e 029/2004 - Processo 040.002.293.2004, do Distrito Federal, vigente ao tempo dos fatos, no contexto da chamada "guerra fiscal" entre o distrito federal e os estados federados, razão pela qual não há falar em dolo de fraudar o fisco.

Com efeito, o lançamento exato de crédito tributário, com fulcro em lei vigente, ainda que questionável a respectiva constitucionalidade, retira o elemento subjetivo doloso, imprescindível para a configuração do ilícito penal em exame. A hipótese dos autos apenas retrata a situação de "guerra fiscal" entre os entes federados, mediante a concessão de benefício fiscal por um ente federativo sem amparo em convênio entre os Estados e o Distrito Federal no âmbito do CONFAZ.

Em conclusão, no contexto da chamada "guerra fiscal", o creditamento de ICMS realizado pela contribuinte, com base em benefício fiscal previsto em lei vigente, utilizando-se de lançamentos exatos, afasta o dolo necessário para a configuração do ilícito previsto no art. 1º, inciso II, da Lei 8.137/1990, pois, nessa hipótese, não há falar em meio fraudulento para reduzir ou suprimir tributos.

Nesse sentido, seguem precedentes desta Corte Superior:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. CREDITAMENTO DE ICMS POR MEIO DE OPERAÇÕES DE ENTRADA DE MERCADORIA BENEFICIADA COM INCENTIVO FISCAL CONCEDIDO POR OUTRO ENTE DA FEDERAÇÃO. BENESSE NÃO RECONHECIDA PELO ESTADO CREDOR. GUERRA FISCAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PROVIMENTO DO RECLAMO. 1. O trancamento de ação penal em sede de habeas corpus é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 2. No caso dos autos, a empresa da qual o recorrente é administrador manteve a fidelidade escritural e realizou a operação tributária com base em norma estadual válida, sendo o débito fiscal em apreço oriundo de guerra fiscal entre dois entes da Federação, o que revela a atipicidade de sua conduta. Precedentes. 3. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal no tocante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao recorrente, estendendo-se os efeitos da decisão ao corréu José Luis Duarte (RHC 70.792/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 22/6/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTS. 1º, II, E 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990, C/C ART. 69 DO CÓDIGO PENAL. DENÚNCIA. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA. ALEGADA NULIDADE DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. POSTERIOR ANÁLISE DAS QUESTÕES LEVANTADAS NA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SITUAÇÃO NÃO COMPROVADA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. RECOLHIMENTO DE ICMS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. GUERRA FISCAL ENTRE ESTADOS FEDERADOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. Não é inepta a denúncia que, embora sucinta, contém a exposição do fato delituoso - recolhimento a menor de tributo devido a título de substituição tributária (ICMS-ST), em operações interestaduais de compra e venda de baterias automotivas -, com todas as suas circunstâncias - datas das infrações e montante do prejuízo ao fisco -, a qualificação do acusado, a classificação do crime - arts. 1º, II, e 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, por duas vezes, na forma do art. 69 do Código Penal - e a indicação de testemunha. 2. É indispensável, ao recebimento da denúncia, a fundamentação, ainda que concisa, especialmente no tocante à regularidade da inicial e à presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, sob pena de ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal. 3. No caso dos autos, o magistrado tão somente lançou "recebo a denúncia", sem mais considerações, contudo, analisou as teses apresentadas na resposta à acusação, consistentes na "preliminar de garantia de que (...) a defesa se manifeste por último", na "inépcia da denúncia" e na "ausência de justa causa" para a propositura da demanda, não havendo qualquer nulidade nesse sentido, porquanto ausente prejuízo à defesa. 4. O trancamento de ação penal só é possível quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de justa causa. 5. Não obstante a juntada de guia de depósito em judicial, o valor nela constante é inferior ao do débito de ICMS referido na denúncia. Ademais, não há prova de que o depósito tem relação com os fatos que deram origem à ação penal. Tais aspectos geram dúvidas acerca da quitação de todos os encargos inerentes à indigitada supressão do recolhimento do tributo, sendo certo que a solução da controvérsia implicaria dilação probatória, o que é vedado em sede mandamental. 6. Relevante, para a defesa, é que o recorrente é sócio-administrador de empresa sediada em Montes Claros/MG, que comercializa acumuladores elétricos de empresa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pernambucana, beneficiária de incentivo fiscal previsto na Lei estadual n. 11.675/1999. 7. O incentivo consiste em direito a crédito presumido do ICMS, limitado ao valor do frete, nas saídas para Unidade da Federação localizada fora da Região Nordeste, a ser utilizado na apuração do ICMS normal. 8. Esta Corte Superior já decidiu que "a guerra fiscal entre os Estados não pode dar causa a perseguição penal sem justa causa" (HC 4.307/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 14/4/1997, DJ 26/5/1997, p. 22.567). 9. Na mesma linha de raciocínio, em caso idêntico ao destes autos, esta Quinta Turma entendeu que "não se pode imputar a prática de crime tributário ao contribuinte que recolhe o tributo em obediência ao princípio constitucional da não-cumulatividade, bem como mantém a fidelidade escritural dentro das normas (em princípio) válidas no âmbito dos respectivos entes da Federação" (EDcl no HC 196.262/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014). 10. Recurso ordinário em habeas corpus a que se dá provimento, em parte, para trancar a ação penal, em razão da atipicidade da conduta (RHC 66.716/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 30/3/2016).

PENAL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO MODIFICATIVO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DE ICMS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. GUERRA FISCAL ENTRE ESTADOS FEDERADOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. Os embargos de declaração têm ensejo quando há ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado e, por construção pretoriana integrativa, erro material. 2. Constatada a existência de omissão no julgado acerca da atipicidade da conduta, a questão deve ser alvo de enfrentamento. 3. O trancamento de ação penal ou de inquérito policial em sede de habeas corpus constitui "medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito" (HC 281.588/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 05/02/2014). 4. Hipótese em que os embargantes foram denunciados pela prática dos delitos descritos nos artigos 1º, IV, e 2º, II, da Lei 8.137/1990, por duas vezes, porque teriam reduzido o valor a pagar a título de ICMS-ST em operações interestaduais de compra e venda de baterias automotivas. 5. Situação que retrata a guerra fiscal entre estados federados, consubstanciada na concessão de incentivo fiscal a uma das partes da operação comercial, sem amparo em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, conforme determina a LC n. 24/1975. 6. "A guerra fiscal não se limita à alocação dos empreendimentos. Mesmo quando definidos os lugares de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instalação, os embates continuam quando as unidades começam a funcionar, pois é comum a circulação de mercadorias entre estabelecimentos de Estados distintos, ensejando discussão acerca da validade e do abatimento do crédito relativo à operação anterior (entrada) na operação subsequente (saída), o que, caso não existisse o conflito, deveria ser aceito normalmente, em face do princípio da não-cumulatividade do ICMS (art. 155, § 2º, I, CF/88)." (FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A Extrafiscalidade e a Concretização do Princípio da Redução das Desigualdades Regionais. Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 134). 7. Afasta-se a configuração do delito capitulado no art. 1º, IV, da Lei n. 8.137/1990, se os dados informados na nota fiscal são exatos e correspondem à realidade, refletindo fiel e cabalmente os detalhes da operação de compra e venda de mercadoria, com os lançamentos tributários exigidos por lei e já com pagamento antecipado e tempestivo do ICMS devido. 8. O aproveitamento de crédito de ICMS decorrente de diferenças de alíquotas interestaduais, ainda que possa ser passível de eventual condenação no âmbito fiscal (pagamento de créditos glosados), não caracteriza o delito descrito no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990. 9. Não se pode imputar a prática de crime tributário ao contribuinte que recolhe o tributo em obediência ao princípio constitucional da não-cumulatividade, bem como mantém a fidelidade escritural dentro das normas (em princípio) válidas no âmbito dos respectivos entes da Federação. 10. Embargos acolhidos, para não conhecer do habeas corpus e conceder a ordem, de ofício, determinando o trancamento da ação penal por atipicidade da conduta (EDcl no HC 196.262/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 19/12/2014).

Por oportuno, trago lição doutrinária do Ministro Gurgel de Faria:

Apenas para ilustrar esses embates, o Governo do Estado de São Paulo editou, em 29.07.2004, o Comunicado CAT nº 36, objetivando esclarecer sobre a impossibilidade de aproveitamento dos créditos de ICMS provenientes de operações ou prestações amparadas por benefícios fiscais não autorizados por convênio celebrado nos moldes da Lei Complementar nº 24/1975, determinando que, nas remessas para estabelecimento localizado em território paulista, por estabelecimento localizado em outra unidade da Federação, só seriam admitidos os créditos relativos ao imposto efetivamente cobrado no Estado de origem. Em anexo ao comunicado foram listados diversos benefícios considerados inconstitucionais, sendo uns impugnados por ações diretas de inconstitucionalidade e outro sequer contestados judicialmente, mas concedidos por dez Estados da Federação, dentre os quais Bahia, Pernambuco e Rio Grande do Norte, na região Nordeste,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ressalvando-se o caráter meramente exemplificativo da lista, acarretando uma nítida glosa de créditos. Como se pode ver, a guerra fiscal não se limita à alocação dos empreendimentos. Mesmo quando definidos os lugares de instalação, os embates continuam quando as unidades começam a funcionar, pois é comum a circulação de mercadorias entre estabelecimentos de Estados distintos, ensejando discussão acerca da validade e do abatimento do crédito relativo à operação anterior (entrada) na operação subsequente (saída), o que, caso não existisse o conflito, deveria ser aceito normalmente, em face do princípio da não-cumulatividade do ICMS (art. 155, § 2º, I, CF/88). (FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A Extrafiscalidade e a Concretização do Princípio da Redução das Desigualdades Regionais. Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 133 e 134).

Nesse encadeamento de ideias, tem-se que a "guerra fiscal" entre o Distrito Federal e os estados federados não pode ensejar uma persecução penal em face dos contribuintes que recolhem o ICMS segundo o princípio da não-cumulatividade e não se valem de artifícios fraudulentos com o fim de reduzir ou suprimir o pagamento dos tributos.

No caso em apreço, a empresa Comercial H.F. Distribuidora de Peças Ltda. apontou nas notas fiscais o valor das operações, aplicando a alíquota de 12% incidente na operação, em conformidade com o TARE 001/2002 e 029/2004 – SUREC/SEPF – Processo n. 040.002.293.2004. Assim, o aproveitamento de crédito de ICMS decorrente de diferenças de alíquotas interestaduais, nos termos acima delineados, sem que tenha havido fraude fiscal, isto é, adulteração de documentos ou inserção falsa de dados, não tem repercussão no âmbito do direito penal.

Nesse encadeamento de ideias, ainda que seja possível eventual condenação no âmbito fiscal (pagamento de créditos glosados), não há se falar em crime tributário, uma vez que o contribuinte não é responsável pela regularidade do crédito concedido pelo Distrito Federal. Com efeito, importa considerar que a conduta da recorrente se pautou pelo princípio da presunção de legitimidade (ou da constitucionalidade) da lei ou dos atos normativos do Poder Público.

Registro, a propósito, trecho do acórdão de Relatoria do eminente Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Castro Meira acerca do tema, proferido nos autos do RMS 31.714/MT, Segunda Turma, DJe 19/09/2011:

Se outro Estado da Federação concede benefícios fiscais de ICMS sem a observância das regras da LC 24/75 e sem autorização do CONFAZ, cabe ao Estado lesado obter junto ao Supremo, por meio de ADIn, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Estado de onde de originam as mercadorias - como aliás foi feito pelos Estados de São Paulo e Amazonas nos precedentes citados pela Ministra Eliana Calmon - e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território.

(...)

Recentemente, a Ministra Ellen Gracie concedeu antecipação de tutela em ação cautelar (AC 2611/MG) para suspender a exigibilidade de tributo cobrado pelo Estado de Minas Gerais decorrente da glosa ao creditamento realizado por contribuinte sediado em seu território que adquiriu mercadorias oriundas do Estado de Goiás.

No decisum, a eminente Relatora deixa claro que o único caminho a ser percorrido pelos Estados que se sintam prejudicados pela chamada "Guerra Fiscal" é a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra as normas locais de outra unidade federada que não respeitem as disposições constitucionais e legais relativas à concessão de benefícios fiscais no âmbito do ICMS.

(...)

Em sua decisão, a nobre Ministra assevera que a glosa "pura e simples" dos créditos apropriados pelos contribuintes situados no Estado de Minas Gerais é ilegítima, pois não é aceitável que um erro seja compensado com outro. Em outras palavras, afirmou que "não se compensam as inconstitucionalidades", devendo o "equivoco" cometido pelo Estado de origem - ao conceder benefícios de ICMS ao arrepio das normas constitucionais que exigem autorização do CONFAZ - ser solucionado no Judiciário por meio da propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso em *habeas corpus*, para reconhecer a atipicidade da conduta imputada à recorrente na ação penal n. 0003167-95.2010.8.23.0318 e determinar o seu trancamento, com extensão da ordem aos corréus, em observância ao art. 580 do Código de Processo Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0295820-5

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 65.851 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00031679520108260318 0020000 20000 21332646020158260000 RI002UMRW0000

EM MESA

JULGADO: 27/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MIRIAM CONTIERO FACCIOLI
ADVOGADO	: CAMILA CRISTINA FACCIOLI - SP185864
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	: CLOVIS HENRIQUE FRANCO DE SOUZA
CORRÉU	: JOSÉ MATHEUS FURLAN
CORRÉU	: JOUBERT PAGLIARI FACCIOLI
CORRÉU	: IVANA APARECIDA GAGHEGI DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, com extensão aos corréus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.