



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 62.859 - RS (2015/0197889-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : ALEXANDRE MUSSI FORTES
ADVOGADOS : CRISTIANO DIEHL XAVIER
THIAGO DA FONSECA VICENTE
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
EMENTA

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.

1. A hipótese cuida de denúncia que narra supostos delitos praticados por intermédio de pessoa jurídica, a qual, por se tratar de sujeito de direitos e obrigações, e por não deter vontade própria, atua sempre por representação de uma ou mais pessoas naturais.

2. Embora em um primeiro momento o elemento volitivo necessário para a configuração de uma conduta delituosa tenha sido considerado o óbice à responsabilização criminal da pessoa jurídica, é certo que nos dias atuais esta é expressamente admitida, conforme preceitua, por exemplo, o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

3. E ainda que tal responsabilização seja possível apenas nas hipóteses legais, é certo que a personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução.

4. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente a conduta típica, cuja autoria é atribuída ao recorrente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal.

5. Nos chamados crimes societários, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se consideram preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal.

ACUSADO QUE NÃO SERIA GERENTE DA PESSOA JURÍDICA À ÉPOCA DOS FATOS. FALTA DE JUSTA CAUSA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

1. Em sede de *habeas corpus* somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a atipicidade da conduta, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade e a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente inconformismo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura do processo por esta via, já que a alegada ausência de justa causa para a persecução penal demandaria profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.

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.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2015. (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Presidente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 62.859 - RS (2015/0197889-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : ALEXANDRE MUSSI FORTES
ADVOGADOS : CRISTIANO DIEHL XAVIER
THIAGO DA FONSECA VICENTE
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por ALEXANDRE MUSSI FORTES contra acórdão proferido pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento do HC n. 70064514599.

Noticiam os autos que o recorrente foi denunciado, com outros corréus, pela suposta prática do delito previsto no artigo 1º, inciso III, combinado com os artigos 11 e 12, inciso I, todos da Lei 8.137/1990.

Buscando o trancamento da ação penal, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Sustentam os patronos do recorrente que ele não poderia ser responsabilizado pelos fatos descritos na inicial, pois a administração da empresa no âmbito da qual teriam ocorrido os ilícitos competiria a terceira pessoa, tendo ele sido contratado apenas no ano de 2010.

Aduzem que o órgão ministerial não teria estabelecido vínculo entre os atos perpetrados e os seus respectivos autores, o que ensejaria a inépcia da peça vestibular.

Alegam que a conduta imputada ao recorrente seria atípica, pois não praticaria crime contra a ordem tributária o contribuinte que recolhe tributo em obediência ao princípio da não cumulatividade e que mantém fidelidade escritural dentro de normas a princípio válidas no âmbito dos respectivos entes da Federação.

Argumentam que o só fato de a pessoa jurídica não haver recolhido efetivamente o valor do tributo por ela devido em razão de benefício fiscal concedido pelo Estado do Espírito Santo não seria suficiente para tornar falsas ou inexatas as notas fiscais por ela emitidas e utilizadas para o cálculo do imposto no Estado do Rio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Grande do Sul.

Entendem que a questão não transcenderia a necessidade de aferir se a empresa teria ou não direito de deduzir do valor do ICMS devido ao Estado do Rio Grande do Sul o imposto incidente sobre a operação do remetente, tendo em conta que o Estado do Espírito Santo dispensava, para fins de incentivo fiscal, o pagamento do referido tributo, o que estaria em desconformidade com Resolução do CONFAZ.

Salientam que, nos termos do artigo 135 do Código Tributário Nacional e da Lei 8.137/1990, o não pagamento de tributo simples não seria enquadrado como crime ou responsabilidade pessoal do administrador, sendo que, consoante o verbete 430 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, o mero descumprimento de obrigação tributária não autorizaria o redirecionamento da cobrança contra os sócos ou administradores.

Enfatizam que o recorrente não teria tido qualquer participação na fraude ou lesão à Administração Tributária.

Requerem o provimento do reclamo para que seja trancada a ação penal em apreço.

Contra-arrazoada a irresignação (e-STJ fl. 133), os autos ascenderam a este Sodalício, tendo o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 144/147, manifestado-se pelo não conhecimento do inconformismo, ou pelo seu desprovimento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 62.859 - RS (2015/0197889-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste recurso ordinário constitucional pretende-se, em síntese, o trancamento da ação penal instaurada contra o recorrente pela suposta prática de crime contra a ordem tributária.

Segundo consta da denúncia, no período de 21.9.2006 a 12.2.2008, na sede da empresa O. MUSTAD & SON BRASIL ARTEFATOS DE PESCA LTDA., o recorrente, na condição de gerente da pessoa jurídica, e os demais corréus, na qualidade de sócios e administradores, teriam suprimido e reduzido, por 9 (nove) vezes, ICMS mediante fraude à fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos nos Livros de Registros de Entrada, consistentes em créditos fiscais inidôneos ou inexistentes (e-STJ fls. 3/4 do Apenso 2).

Os acusados, na administração da empresa com atuação no ramo de industrialização, comércio, importação e exportação de anzois, artefatos de pesca e produtos afins, visando à sonegação de ICMS, teriam adquirido e importado mercadorias do exterior, por intermédio da importadora FECOMEX COMÉRCIO EXTERIOR LTDA., na modalidade de importação por conta e ordem, e deixado de recolher aos cofres do Estado do Rio Grande do Sul o imposto correspondente à referida operação, creditando-se, posteriormente, do tributo destacado nas notas fiscais emitidas, sem que tivesse havido operação interestadual e transferência de titularidade dos objetos importados que pudesse ensejar a incidência do ICMS e a correspondente existência de créditos para aproveitamento (e-STJ fl. 4 do Apenso 2).

A Secretaria de Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul teria constatado a natureza das operações realizadas entre as duas empresas, caracterizando a FECOMEX como mera prestadora de serviços e intermediária das transações comerciais realizadas pela O. MUSTAD & SON BRASIL ARTEFATOS DE PESCA LTDA., que seria a real adquirente e destinatária das mercadorias importadas e responsável pelo recolhimento do ICMS no Estado do Rio Grande do Sul, o que tornaria indevida a apropriação do imposto destacado nas notas fiscais emitidas pela importadora (e-STJ fl. 4 do Apenso 1).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os réus teriam sonegado, ao todo, ICMS no valor de R\$ 1.120.655,10 (um milhão, cento e vinte mil, seiscentos e cinquenta e cinco reais e dez centavos) até 12.2.2014 (e-STJ fl. 6 do Apenso 1).

Feito este breve resumo acerca dos fatos imputados aos recorrentes, é imperioso consignar que o devido processo legal constitucionalmente garantido deve ser iniciado com a formulação de uma acusação que permita ao denunciado o exercício do seu direito de defesa, para que eventual cerceamento não macule a prestação jurisdicional reclamada.

É dever do órgão acusatório, portanto, narrar de forma satisfatória a conduta delituosa atribuída ao agente, descrevendo todas as suas circunstâncias, conforme a norma disposta no artigo 41 do Código de Processo Penal, para que seja viável o contraditório a ser instituído em juízo.

A doutrina e jurisprudência pátrias são pacíficas ao apontar os requisitos mínimos de uma peça acusatória, podendo-se citar, por todos, as lições de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

"A instauração válida do processo pressupõe o oferecimento de denúncia ou queixa com exposição clara e precisa de um fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP), isto é, 'não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis), o malefício que produziu (quid), os motivos que a determinaram a isso (cur), a maneira por que a praticou (quomodo), o lugar onde a praticou (ubi), o tempo (quando)' (João Mendes Jr.). (As nulidades no processo penal. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 90-91.)

A hipótese em apreço cuida de denúncia que narra supostos delitos praticados por intermédio de pessoa jurídica, a qual, por se tratar de sujeito de direitos e obrigações, e por não deter vontade própria, atua sempre por representação de uma ou mais pessoas naturais.

Embora num primeiro momento o elemento volitivo necessário para a configuração de uma conduta delituosa tenha sido considerado o óbice à responsabilização criminal da pessoa jurídica, é certo que nos dias atuais esta é expressamente admitida, conforme preceitua, por exemplo, o artigo 225, § 3º, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constituição Federal.

E ainda que tal responsabilização seja possível apenas nas hipóteses legais, é certo que a personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução.

Com base nestas considerações é que se sedimentou o entendimento no sentido de que nos crimes societários, embora a denúncia não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, caracterizado pela condição de sócios ou administradores da pessoa jurídica, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se consideram preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal.

Eugênio Pacelli de Oliveira, ao comentar a acusação nos crimes societários, bem assevera que:

"Com efeito, quando se diz que todos os sócios da determinada sociedade, no exercício da sua gerência e administração, com poderes de mando e decisão, em data certa, teriam deixado de recolher, 'no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros [...]' (atual art. 168-A, CP), está perfeitamente delimitado o objeto da questão penal, bem como a respectiva autoria. Não há, em tais situações, qualquer dificuldade para o exercício da defesa ou para a correta capitulação do fato imputado aos agentes.

*A hipótese não seria de acusação genérica, mas geral. Acaso seja provado que um ou outro jamais teriam exercido qualquer função de gerência ou administração na sociedade, ou que cumpririam função sem qualquer poder decisório, a solução será de absolvição, mas nunca de inépcia" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 190 e 191).*

Por conseguinte, a ausência de individualização pormenorizada das condutas nos casos de crimes societários, não é, por si só, motivo de inépcia da denúncia, conforme, aliás, tem decidido este Superior Tribunal de Justiça:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CRIME SOCIETÁRIO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, a alegação de inépcia da denúncia somente pode ser acolhida quando a sua deficiência impedir a compreensão das imputações formuladas e, em consequência, prejudicar o exercício da ampla defesa.

2. Nos chamados delitos societários ou de autoria coletiva, não se exige a descrição minuciosa da conduta delitiva de cada um dos agentes, notadamente quando a exordial acusatória expõe de maneira clara o fato delituoso, apontando o vínculo entre os responsáveis e a suposta prática delituosa, como ocorreu na hipótese dos autos.

3. Ademais, consoante entendimento desta Corte, a alegação de inépcia da denúncia perde força após a prolação de sentença condenatória.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 599.690/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 04/08/2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.

(...)

3. A denúncia, à luz do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, deve conter a descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a definição da conduta do autor, sua qualificação ou esclarecimentos capazes de identificá-lo, bem como, quando necessário, o rol de testemunhas.

4. No caso, a peça acusatória traz suficiente descrição circunstanciada dos fatos ilícitos, imputando aos pacientes, na qualidade de sócios administradores da pessoa jurídica, a conduta de prestarem declarações falsas ao Fisco, com o objetivo de reduzir o valor tributável, possibilitando, dessa forma, o pleno exercício do direito de defesa.

5. Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, nos crimes societários, não se exige a descrição individualizada da conduta de cada acusado, bastando a narrativa do fato delituoso e a indicação da suposta participação do agente, possibilitando-se o exercício da ampla defesa. Desta forma, não há falar, na espécie, em inépcia da inicial.

6. Agravo Regimental provido. Writ não conhecido.

(AgRg no HC 85.566/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 17/03/2015)

Com igual orientação, merecem menção os julgados do Supremo Tribunal Federal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA Habeas corpus. Processual Penal. Apropriação indébita previdenciária. Denúncia. Inépcia. Não ocorrência. Gestão compartilhada. Ausência de dolo. Inadequação da via eleita. Ordem denegada. 1. Tratando-se de crimes societários, não é inepta a denúncia em razão da mera ausência de indicação individualizada da conduta de cada indiciado. 2. Configura condição de admissibilidade da denúncia em crimes societários a indicação de que os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. Precedentes. 3. O debate acerca da ausência de dolo, em sede de habeas corpus, é inadequado, pois demanda incursão no seio da prova, análise vedada na via estreita do writ. 4. Habeas corpus denegado.

(HC 101286, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 14/06/2011, DJe-163 DIVULG 24-08-2011 PUBLIC 25-08-2011 EMENT VOL-02573-01 PP-00123)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. INÉPCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO. INADMISSIBILIDADE. CRIME SOCIETÁRIO. PRESENÇA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA PARA A PROPOSITURA E RECEBIMENTO DA AÇÃO PENAL. ARTS. 41 E 395 DO CPP. DESNECESSIDADE DE DESCRIÇÃO PORMENORIZADA E DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. A análise da suficiência ou não de provas para a propositura da ação penal, por depender de exame minucioso do contexto fático, não pode, como regra, ser levada a efeito pela via do habeas corpus. Precedentes. Não se exige descrição pormenorizada de condutas em crimes societários, quando presentes, na inicial acusatória, elementos indicativos de materialidade e autoria do crime, suficientes para deflagração da ação penal. Precedentes. A conduta do paciente foi suficientemente individualizada, ao menos para o fim de se concluir no sentido do juízo positivo de admissibilidade da imputação feita na denúncia. Ordem denegada.

(HC 98840, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-03 PP-00991)

No caso dos autos, não se constata qualquer defeito na denúncia capaz de impedir ou reduzir o direito de defesa garantido ao recorrente, pois a peça preenche os requisitos legais previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal.

Com efeito, de acordo com o Ministério Público, o acusado, na qualidade de gerente da empresa O. MUSTAD & SON BRASIL ARTEFATOS DE PESCA LTDA. teria suprimido e reduzido ICMS mediante fraude à fiscalização tributária, ao inserir elementos inexatos nos Livros de Registro de Entradas, consistentes em créditos fiscais inidôneos ou inexistentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Percebe-se, portanto, que a descrição dos fatos exposta pelo Ministério Público Federal na peça acusatória atende de forma satisfatória os requisitos legais exigidos para que se garanta ao acusado o exercício da ampla defesa e do contraditório.

No que se refere à alegação de que o réu não teria exercido o cargo de gerente no período correspondente aos fatos narrados na denúncia, sedimentou-se na doutrina e jurisprudência pátria o entendimento de que para se acolher o pleito de trancamento da ação penal na via do *habeas corpus* é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação de provas, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade, consoante, aliás, assevera Vicente Greco Filho:

*"No **habeas corpus**, não se deve fazer o exame da prova de processo em tela, o que é cabível através dos meios de defesa de que dispõe o réu no curso da ação. Todavia, aliando-se o inc. VI do art. 648 com o inc. I, que considera ilegal a coação sem justa causa, a jurisprudência e a doutrina têm trancado a ação penal quando não houver base para a acusação, fazendo, assim, análise das provas. O exame, contudo, não é o mesmo que seria feito pelo juiz ao proferir sentença condenatória ou absolutória. Trata-se de um exame de que deve resultar, inequivocadamente, a ausência, em tese, de possibilidade da acusação, de forma que a absoluta inviabilidade de processo signifique constrangimento indevido. Seria o caso, por exemplo, de ação penal por fato atípico ou em que alguém é acusado sem nenhuma prova que sustente a imputação que lhe é feita" (Manual de processo penal. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 394).*

Por oportuno, conveniente registrar que toda denúncia é uma proposta de demonstração da ocorrência de fatos típicos e antijurídicos atribuídos a determinado acusado, sujeita, evidentemente, à comprovação e contrariedade, e, como orienta a doutrina e a jurisprudência, somente deve ser repelida quando não houver prova da existência de crime ou de indícios de sua participação no evento criminoso noticiado, ou, ainda, quando se estiver diante de flagrante causa de exclusão da ilicitude ou da tipicidade, ou se encontrar extinta a punibilidade.

E como o remédio constitucional não é o instrumento adequado à discussão aprofundada a respeito de provas e fatos, não há como se valorar os elementos probatórios até então colacionados, como pretende a defesa, para perquirir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se à época dos fatos o recorrente seria ou não gerente da pessoa jurídica no âmbito da qual teriam sido praticados os crimes contra a ordem tributária.

Com efeito, para debate dessa natureza reserva-se ao acusado o processo criminal, ocasião em que as partes podem produzir aquelas provas que melhor entenderem alicerçar seus respectivos interesses, além daquela que pode ser feita pelo Juiz da causa, e não nesta oportunidade e instância, no âmbito estreito do *writ*.

Portanto, qualquer conclusão diversa, na via eleita, consoante vem decidindo esta colenda Turma, inevitavelmente levaria à vedada análise de provas em sede de *habeas corpus*.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. LEI 8.137/90, ART. 2º, II. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ICMS. DECLARAÇÃO. NÃO RECOLHIMENTO. SUBSUNÇÃO EM TESE DO FATO À NORMA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. AMPLA DEFESA GARANTIDA. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

III - A alegação do recorrente de que consistiria em infração administrativo-tributária a conduta de declarar, mas não recolher o tributo aos cofres públicos, não se sustenta, uma vez que esta col. Quinta Turma já decidiu que "Não há falar em atipicidade da conduta de deixar de pagar impostos, pois é o próprio ordenamento jurídico pátrio, no caso a Lei 8.137/1990, que incrimina a conduta daquele que deixa de recolher, no prazo legal, tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação, e que deveria recolher aos cofres públicos, nos termos do artigo 2º, inciso II, do referido diploma legal." (RHC 44.466/SC, Quinta Turma, Rel. Min.

Jorge Mussi, DJe de 29/10/2014).

IV - A exordial acusatória cumpriu todos os requisitos previstos no art. 41, do Código de Processo Penal, sem que a peça incorresse em qualquer violação do que disposto no art. 395, do mesmo diploma legal.

V - A denúncia foi expressa em destacar que a empresa administrada pelo recorrente, "nos períodos de agosto/2010 e fevereiro/2011, não recolheu aos cofres públicos, no prazo determinado pelo art. 60 do RICMS/01, os valores apurados e declarados" (fl. 126, e-STJ).

VI - As alegações atinentes à falta de responsabilidade do recorrente pela gestão contábil da empresa (uma vez que não teria residência no local de sua sede), ou de que "nunca executou funções operacionais", não encontram campo adequado para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

discussão na via estreita do habeas corpus, pois o writ não se presta ao exame de matéria fática ou de elementos de prova, que devem ser debatidas no curso da instrução do processo.

VII - "Se eventualmente demonstrado que um dos recorrentes não teria exercido função de gerência, administração ou mesmo se restar provado que não detinha poder decisório dentro da empresa relacionada com o fato delituoso narrado na exordial acusatória, seria eventualmente hipótese de absolvição, e não de inépcia da denúncia, de tal sorte que a alegada ingerência dos recorrentes na administração da pessoa jurídica somente será efetivamente esclarecida durante a instrução criminal, e não por essa via estreita do habeas corpus, como pretendem os recorrentes" (RHC 34.051/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 25/4/2013, grifei) Recurso ordinário desprovido.

(RHC 42.923/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 29/06/2015)

Em arremate, é imperioso destacar que a situação retratada nos presentes autos não se confunde com os casos em que este Superior Tribunal de Justiça tem trancado a ação penal deflagrada por crime contra a ordem tributária quando é realizada a operação de creditamento do ICMS, havendo apenas divergência quanto às alíquotas incidentes devido à guerra fiscal entre os Estados.

Com efeito, na hipótese que se apresenta, 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, como ocorreu nos precedentes abaixo colacionados:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/1990). PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO PARCIAL DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPUTAÇÃO DAS CONDUTAS A AMBOS OS RECORRENTES. CORRÉ QUE NÃO FIGURA COMO SÓCIA-ADMINISTRADORA DA PESSOA JURÍDICA NO CONTRATO SOCIAL. AUSÊNCIA DE PODERES DE GESTÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESCRIÇÃO DO MODO PELO QUAL A RECORRENTE PRATICOU A CONDUTA. INEXISTÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL APENAS EM RELAÇÃO A ELA. INÉPCIA QUE NÃO SE MOSTRA LATENTE EM RELAÇÃO AO DENUNCIADO, O QUAL FIGURA COMO ÚNICO ADMINISTRADOR DA EMPRESA, OSTENTANDO DEVERES PERANTE O FISCO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO EM RELAÇÃO A UMA DAS IMPUTAÇÕES CRIMINOSAS. CREDITAMENTO DO ICMS, EM RAZÃO DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTA ENTRE OS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. OPERAÇÃO QUE, POR SI SÓ, É INCAPAZ DE CONFIGURAR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO ÂMBITO DO STF (AI N. 768.491 RG/RS). CONFIGURAÇÃO DE, NO MÁXIMO, DÉBITO TRIBUTÁRIO NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DESCRIÇÃO DE CONDUTA DESTINADA A OMITIR OPERAÇÕES DO FISCO, COM O FIM DE FRAUDAR A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. VERIFICAÇÃO DE UMA OPERAÇÃO EM QUE O RECORRENTE INFORMOU TEREM SIDO OS PRODUTOS ADQUIRIDOS COM A ALÍQUOTA DE 17%, QUANDO, NA VERDADE, FOI DE 12%. PRÁTICA QUE SE SUBSUME À CONDUTA DE INSERIR ELEMENTOS INEXATOS, COM O FIM DE BURLAR A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. DEMAIS CONDUTAS QUE SE LIMITARAM A PROCEDER À OPERAÇÃO DE CREDITAMENTO DO ICMS, COM A DEVIDA ANOTAÇÃO NO LIVRO FISCAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO (VENCIDO O RELATOR NESTE PONTO).

1. Buscam os recorrentes o trancamento da ação penal que lhes imputa a prática de crime contra a ordem tributária (art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990), ao argumento de inépcia da denúncia e de atipicidade da conduta.
2. Esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento de ação penal pela via do habeas corpus é cabível apenas quando demonstrada a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria (HC n. 69.718/TO, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 11/4/2012; RHC n. 26.168/MG, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 21/11/2011).
3. Verificado que a denúncia imputa os fatos delituosos a ambos os recorrentes, sem individualizar a conduta da acusada, que não possui poderes de gestão dentro da empresa, deve ser trancada a ação penal em relação a ela, por configurar nítida hipótese de responsabilidade penal objetiva, uma vez que as condutas foram atribuídas com fundamento, apenas, no fato de ela figurar como sócia da pessoa jurídica em questão.
4. Deve ser mantida a ação penal em relação ao acusado que figura no contrato social como o único sócio-administrador da empresa, tendo em vista que a ele cabem as obrigações perante o Fisco.
5. As operações supostamente realizadas pelo recorrente, consistentes no creditamento do ICMS em razão da diferença da alíquota entre os estados da Federação, não são capazes, por si sós, de configurarem a prática de crime contra a ordem tributária,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma vez que, além de não se amoldarem à infração penal prevista no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, inexistente previsão legal de crime contra a ordem tributária que abranja a operação em questão, configurando, no máximo, a ocorrência de um débito tributário. Tal matéria encontra-se com repercussão geral reconhecida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no AI n. 768.491 RG/RS (vencido o Relator neste ponto).

6. Recurso parcialmente provido, apenas para determinar a anulação a ação penal em relação à recorrente, em razão da inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra seja proferida, sanando-se os vícios apontados. Recurso improvido em relação ao pleito de trancamento da ação penal por atipicidade da conduta, nos termos do voto divergente, que integrará o acórdão (vencido o Relator neste ponto).

(RHC 40.555/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 19/11/2014)

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0197889-6

RHC 62.859 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01150000332013 01368373320158217000 1150000332013 1368373320158217000
21400214880 70064514599

EM MESA

JULGADO: 24/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: ALEXANDRE MUSSI FORTES
ADVOGADOS	: CRISTIANO DIEHL XAVIER THIAGO DA FONSECA VICENTE
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
CORRÉU	: BJORN INGE FLOBERGHAGEN
CORRÉU	: ANDERS HAUG THOMASSEN
CORRÉU	: HELGE PEDERSEN

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, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.