



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 93.300 - SP (2017/0331401-8)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
RECORRENTE : ANDRE YOON KI BAI
ADVOGADO : DANIELE JACKELINE FALCÃO SHIMADA - SP296138
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DELITO SOCIETÁRIO. FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DO RECORRENTE. RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE INFRAÇÃO PENAL EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA.

1. A hipótese cuida de denúncia que narra suposto delito praticado 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. 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 paciente 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. Precedentes.

6. Na espécie, de acordo com a exordial, o recorrente, na qualidade de sócio de fato e administrador da empresa ALIANÇA BETA MODAS LTDA, pré-ajustado e com unidade de desígnios com a outra corrê, reduziu ICMS mediante fraude à fiscalização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tributária consistente na utilização de notas fiscais de empresa inidônea, narrativa que atende de forma satisfatória os requisitos legais exigidos para que se garanta ao réu o exercício da ampla defesa e do contraditório.

ILEGITIMIDADE PASSIVA DO RÉU. FALTA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA.

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

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 reclamo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.

CRIME MATERIAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. TERMO INICIAL. MOMENTO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE 24. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO RECORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. IRRELEVÂNCIA. MATERIALIDADE CONSTATADA COM O ESGOTAMENTO DA ESFERA DAMINISTRATIVA QUANTO À PESSOA JURÍDICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Consoante consolidado no verbete 24 da Súmula Vinculante, não há crime material contra a ordem tributária antes da constituição definitiva do crédito, razão pela qual é irrelevante o momento no qual ocorreu a omissão ou declaração falsa ao Fisco.

2. Quando os ilícitos tributários são praticados na gestão de pessoas jurídicas e em favor destas, é irrelevante, para a persecução penal, que os responsáveis pelas condutas delituosas tenham integrado pessoalmente a relação procedimental deflagrada na esfera administrativa com a finalidade de constituir o crédito, razão pela qual não há como se acolher pretensão contida nas razões recursais, no sentido de se considerar o início do prazo prescricional no ano em que os ilícitos teriam sido cometidos. Precedentes.

3. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 22 de março de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 93.300 - SP (2017/0331401-8)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI

RECORRENTE : ANDRE YOON KI BAI

ADVOGADO : DANIELE JACKELINE FALCÃO SHIMADA - SP296138

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por ANDRE YOON KI BAI contra acórdão proferido pela 13ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC 2156571-72.2017.8.26.0000.

Noticiam os autos que o recorrente foi denunciado como incurso no artigo 1º, inciso IV, combinado com o artigo 11, ambos da Lei 8.137/1990.

Buscando o trancamento da ação penal ou a extinção da punibilidade do acusado pela prescrição, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Sustenta o patrono do réu que a peça vestibular seria inepta, pois não teria individualizado a sua conduta, responsabilizando-o pelos fatos sem sequer indicá-lo como sendo o administrador da empresa devedora.

Alega que entre a data dos fatos, ocorridos em 12.3.1998, 23.6.1998 e 10.7.1998, e o recebimento da peça vestibular, que se deu aos 5.11.2013, teriam transcorrido mais de 12 (doze) anos, o que ensejaria o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Afirma que o increopado foi incluído no pólo passivo do processo em 5.11.2013, não tendo participado do processo administrativo fiscal, que se encerrou no ano de 2008, razão pela qual o termo inicial do prazo prescricional não poderia ser a data da constituição definitiva do crédito tributário.

Requer o provimento do inconformismo para que o processo em tela seja trancado, bem como para que a punibilidade do recorrente seja extinta pela prescrição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contra-arrazoado o reclamo (e-STJ fls. 87/93), os autos ascenderam a esta Corte Superior de Justiça, tendo o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 104/109, manifestado-se pelo seu desprovimento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 93.300 - SP (2017/0331401-8)

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, bem como a extinção de sua punibilidade pela prescrição.

Segundo consta da denúncia, o acusado, na qualidade de sócio de fato da empresa ALIANÇA BETA MODAS LTDA., deu causa à redução de R\$ 47.194,59 (quarenta e sete mil, cento e noventa e quatro reais e cinquenta e nove centavos) de ICMS mediante fraude à fiscalização tributária consistente na utilização de notas fiscais que sabia ou deveria saber serem falsas, pois emitidas por pessoa jurídica inidônea (e-STJ fl. 14).

Conforme apurado, o réu, no comando da ALIANÇA BETA, simulou compras de mercadorias e registrou ou fez com que terceira pessoa registrasse no Livro de Registro de Entrada as notas fiscais supostamente emitidas pela empresa MFS, creditando-se indevidamente do ICMS nelas destacado, na medida em que, de acordo com informações do Relatório de Idoneidade da MFS, foram realizadas diligências em que a autoridade fiscal constatou a inexistência do estabelecimento para o qual foi obtida a inscrição estadual, sendo certo, outrossim, que as GIAs da referida pessoa jurídica referente ao período de 1998 foram entregues sem movimento (e-STJ fl. 15).

O órgão ministerial consignou que como proprietário e administrador da ALIANÇA BETA o recorrente tinha domínio do fato e era responsável pela regularidade das transações comerciais, bem como das informações a serem prestadas pela autoridade, além de ter se beneficiado do produto da sonegação (e-STJ fls. 15/16).

Feito este introito, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 pessoas jurídicas, as quais, por se tratarem de sujeitos de direitos e obrigações, e por não deterem vontade própria, atuam 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 Constituição Federal.

E, ainda que tal responsabilização seja possível apenas nas hipóteses legais, não há dúvidas de 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 cumpriram 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:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. (...) INÉPCIA DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

8. Para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Provas conclusivas da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despídos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual, deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. De igual modo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se pode admitir que o julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

9. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o contraditório pelo réu. Precedentes.

10. 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" (RHC 47.193/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 17/5/2017).

(...)

13. Hipótese em que a inicial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve detalhadamente os elementos essenciais das condutas dos réus, ora recorrentes, indicando tanto o inadimplemento do crédito tributário, como a fraude, para caracterizar a sonegação fiscal, nos termos dos arts. 1º, II e V, da Lei n. 8.137/1990, por diversas vezes, e 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, na forma do art. 69 do Código Penal, permitindo-lhes rechaçar os fundamentos acusatórios.

14. Recurso em habeas corpus não provido.

(RHC 78.256/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS.

1. PEDIDO DE TRANCAMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIMES SOCIETÁRIOS. DENÚNCIA GERAL. POSSIBILIDADE. 2. CONDUTAS IMPUTADAS DEVIDAMENTE INDIVIDUALIZADAS. EXISTÊNCIA, EM TESE, DE LIGAÇÃO ENTRE AS CONDUTAS E OS FATOS DELITIVOS. 3. OBSERVÂNCIA DO ART. 41 DO CPP. AMPLA DEFESA GARANTIDA. 4. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO.

1. 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. Na hipótese dos autos, assevera o recorrente ser inepta a denúncia, uma vez que não descreve de forma adequada sua participação nos fatos imputados na denúncia. Importante esclarecer que não se pode confundir a denúncia genérica com a denúncia geral, pois o direito pátrio não admite denúncia genérica, sendo possível, entretanto, nos casos de crimes societários e de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoria coletiva, a denúncia geral, ou seja, aquela que, apesar de não detalhar minudentemente as ações imputadas ao denunciado, demonstra, ainda que de maneira sutil, a ligação entre sua conduta e o fato delitivo.

2. Da leitura da denúncia, observa-se que as condutas imputadas ao recorrente bem como aos demais corréus estão devidamente narradas, registrando-se, em especial, com relação ao recorrente que "na condição de Diretor de Recursos Humanos integrava o Conselho Diretor, permanecendo nessa atividade até a interdição da FCD.

Também participava das tomadas de decisões sobre as operações comerciais inexistentes, permitindo, assim, com pleno conhecimento, que as apropriações ocorressem, aderindo à vontade dos demais diretores na consecução das práticas ilícitas". Dessa forma, não é possível afirmar que a inicial acusatória é inepta, porquanto devidamente individualizada, em tese, as condutas típicas imputadas ao recorrente. Com efeito, apesar de não haver um minudente detalhamento das ações imputadas especificamente ao recorrente, tem-se demonstrado, ainda que de maneira sutil, a ligação entre suas condutas e os fatos delitivos, o que é suficiente, nos casos de crimes societários e de autoria coletiva, conforme já referido. 3.

Assim, "não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída aos pacientes devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa" (HC 183.660/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14/02/2012, DJe 29/02/2012).

4. Recurso em habeas corpus improvido.

(RHC 54.075/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. (...).

1. Este Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência uniforme no sentido de que não se declara a inépcia da denúncia que, em crimes societários, descreve, mesmo que minimamente, a conduta imputada ao denunciado, permitindo-lhe o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório, mormente se resta superada a alegação de inépcia com a superveniência da sentença penal condenatória.

(...)

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1580693/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA Agravo regimental em habeas corpus. Processual Penal. Delito contra a relação de consumo. Artigo 7º, inciso VII, da Lei nº 8.137/90. Alegada inépcia formal da denúncia. Não ocorrência. Inicial acusatória que descreve suficientemente as condutas imputadas aos agravantes de modo a possibilitar o exercício do direito de defesa. Crime societário. Desnecessidade de individualização promenorizada das condutas de cada indiciado. Precedentes. Regimental não provido. 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. Na hipótese dos autos a denúncia descreveu suficientemente as condutas imputadas aos agravantes, de modo a possibilitar o exercício do direito de defesa. 3. Segundo o escólio jurisprudencial da Corte, 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. 4. Regimental ao qual se nega provimento.

(HC 137030 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 24-03-2017 PUBLIC 27-03-2017)

Ementa: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NÃO CONHECIMENTO. AÇÃO PENAL. DELITO SOCIETÁRIO. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. DENÚNCIA GENÉRICA. INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 41 DO CPP. SUFICIENTE DESCRIÇÃO DO FATO TIDO COMO CRIMINOSO. PODER DE GESTÃO NA PESSOA JURÍDICA. INDÍCIO MÍNIMO DE AUTORIA. NÃO CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Não se admite habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, sob pena de ofensa ao regramento do sistema recursal previsto na Constituição Federal. 2. Não há abuso de acusação na denúncia que, ao tratar de crimes de autoria coletiva, deixa, por absoluta impossibilidade, de esgotar as minúcias do suposto cometimento do crime. 3. Há diferença entre denúncia genérica e geral. Enquanto naquela se aponta fato incerto e imprecisamente descrito, na última há acusação da prática de fato específico atribuído a diversas pessoas, ligadas por circunstâncias comuns, mas sem a indicação minudente da responsabilidade interna e individual dos imputados. 4. Nos casos de denúncia que verse sobre delito societário, não há que se falar em inépcia quando a acusação descreve minimamente o fato tido como criminoso. 5. O poder de gestão configura indício mínimo da autoria das práticas delitivas realizadas, em tese, por meio de pessoa jurídica. 6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 118891, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 01/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 19-10-2015 PUBLIC 20-10-2015)

No caso dos autos, não se constata qualquer defeito na denúncia capaz de impedir ou reduzir o direito de defesa garantido ao acusado, pois a peça preenche os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos legais previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal.

Com efeito, o Ministério Público consignou que o recorrente, na qualidade de sócio de fato e administrador da empresa ALIANÇA BETA MODAS LTDA, pré-ajustado e com unidade de desígnios com a outra corré, reduziu ICMS mediante fraude à fiscalização tributária consistente na utilização de notas fiscais de empresa inidônea, narrativa que atende de forma satisfatória os requisitos legais exigidos para que se garanta ao réu o exercício da ampla defesa e do contraditório.

No que se refere à afirmação de que o recorrente seria parte ilegítima para figurar no presente processo criminal, 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, a qual 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 agora a defesa, para perquirir se o recorrente teria ou não responsabilidade pelos fatos descritos na inicial.

Com efeito, para debate dessa natureza reserva-se ao réu 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:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. SÚMULA VINCULANTE N. 24/STF. GARANTIA DA EXECUÇÃO FISCAL. NÃO EQUIPARAÇÃO AO PAGAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se infere na hipótese dos autos. Precedentes. 3. O reconhecimento da inexistência de justa causa para o exercício da ação penal, dada a suposta ausência de elementos de informação a demonstrar a materialidade e a autoria delitivas, exige profundo exame do contexto probatórios dos autos, o que é inviável na via estreita do writ. Precedentes.

4. Para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Provas conclusivas da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório. Embora não se admita a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. De igual modo, não se pode admitir que o julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal. 5. Segundo o verbete sumular vinculante n. 24/STF: "Não se tipifica o crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. n. 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo".

6. É imprescindível destacar o entendimento reiterado desta Corte Superior acerca da independência entre as esferas cível e penal, de modo que a "impugnação do débito na seara cível, não obstante possa ter consequências sobre o julgamento da lide penal, não obsta, automaticamente, a persecutio criminis" (HC 103.424/RS, Rel.

Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 16/3/2012).

7. No caso em exame, o crédito fiscal oriundo do auto de lançamento que embasou a denúncia foi inscrito definitivamente em dívida ativa pela autoridade administrativa fiscal, não havendo informações nos autos acerca do resultado da execução fiscal.

8. Ordem não conhecida.

(HC 414.735/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018)

PROCESSUAL PENAL. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS A RESPOSTA À ACUSAÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME TRIBUTÁRIO. TRANCAMENTO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO/DECADÊNCIA. QUESTÃO QUE IMPRÓPRIA AO ÂMBITO CRIMINAL, NA VIA DO WRIT.

1 - Segundo entendimento assente nesta Corte, das duas Turmas de Direito Penal, não é causa de nulidade a manifestação do Ministério Público após a resposta à acusação.

2 - O trancamento da ação penal em sede de habeas corpus é excepcional e decorre da aferição da higidez formal e material da persecução.

3 - Em sendo assim, tratando-se de crime tributário, saber se foi o crédito definitivamente lançado de modo indevido, pela administração fiscal, porque, segundo a defesa, teria sido fulminado o lançamento pela prescrição/decadência, refoge ao âmbito criminal.

4 - O que pode ser analisado aqui é se há ou não encerramento definitivo da apuração administrativo-fiscal. O que antecede o acerto do débito naquele âmbito não é da competência criminal.

5 - Recurso ordinário não provido.

(RHC 84.008/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 09/10/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, 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 por falta de justa causa, pois de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente *mandamus*, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a medida excepcional por esta via, já que tal conclusão dependeria, repita-se, de profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.

Finalmente, é inviável a extinção da punibilidade do increpado pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

Com efeito, consoante consolidado no verbete 24 da Súmula Vinculante, não há crime material contra a ordem tributária antes da constituição definitiva do crédito.

Dessa forma, o delito imputado ao recorrente somente se consumou no ano de 2009 quando esgotada a via administrativa e o crédito foi inscrito em dívida ativa (e-STJ fl. 67), o que afasta a pretensão contida nas razões recursais, no sentido de se considerar o início do prazo prescricional no ano de 1998.

Quanto ao ponto, é necessário registrar que o fato de o recorrente não haver participado do processo administrativo fiscal não interfere na comprovação da materialidade do delito, tampouco impede que seja acusado da sua prática, uma vez que o ilícito teria sido cometido no âmbito de pessoa jurídica com relação a quem o tributo foi definitivamente constituído, o que é suficiente para que possa ser deflagrada a persecução penal em desfavor dos respectivos autores, segundo os indícios que acompanham a exordial acusatória.

De fato, para que o Ministério Público possa oferecer denúncia, basta que o crédito fiscal esteja definitivamente constituído, sendo irrelevante se o foi em nome de um, alguns ou todos aqueles que venham a ser acusados na esfera criminal, até mesmo porque a responsabilidade tributária e penal não se confundem, possuindo características e pressupostos distintos.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL, CONTABILIDADE PARALELA E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EVASÃO DE DIVISAS. ART. 1º, I, DA LEI 8.137/90. RECURSO ESPECIAL MINISTERIAL PROVIDO. RESTABELECIMENTO DA R. SENTENÇA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO COLEGIADO. (...) POSSIBILIDADE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. AUTORIA. DESNECESSIDADE DE COMPOSIÇÃO DO POLO PASSIVO DO PROCEDIMENTO PARA CONSTITUIÇÃO DO DÉBITO. ART. 11 DA LEI 8.137/90. PROVA DA MATERIALIDADE. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO.

(...)

IV - A constituição do débito tributário é necessária tão somente para aferir a materialidade do crime de sonegação fiscal, podendo a autoria ser determinada independentemente de quem tenha composto o polo passivo do procedimento administrativo fiscal. Inteligência do art. 11 da Lei nº 8.137/90. Precedentes.

V - Demonstrada a autoria e materialidade do crime, bem como definidas as condutas praticadas pelo agravante, estando delineadas no acórdão recorrido - quais sejam: disponibilização de linhas telefônicas em seu nome para abertura de contas bancárias "fantasmas" e participação nas decisões acerca de movimentações bancárias, - impõe-se a condenação do agravante pelo crime de sonegação fiscal.

Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1421104/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017)

AGRAVO REGIMENTAL. PENAL E PROCESSO PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. (...) RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. DEMONSTRAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DO RECORRENTE NO DELITO. (...).

(...)

3. Ainda que não tenha sido parte do procedimento administrativo fiscal, é possível a responsabilização penal do agente que tenha participado na prática do delito do art. 1º, I, da Lei 8.137/90, o que não incorre em ofensa ao disposto na Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal.

(...)

7. Agravo regimental, interposto por Manuel da Costa Torres, improvido.

(AgRg no REsp 1476752/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015)

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0331401-8

RHC 93.300 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 004530000 00991640720088260050 050.08.099164-5 1646/2013 16462013
21565717220178260000 4530000 50080991645 991640720088260050
RI0045M3K0000

EM MESA

JULGADO: 22/03/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANDRE YOON KI BAI
ADVOGADO : DANIELE JACKELINE FALCÃO SHIMADA - SP296138
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : JULIANA YUN JIN CHOI

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

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.