



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.586 - RJ (2012/0115012-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : RICARDO PIERI NUNES E OUTROS
ADVOGADO : RICARDO PIERI NUNES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FLÁVIO LUIZ LEMOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. De acordo com o disposto no artigo 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

2. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

3. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º, INCISOS I, II E IV, E DO ARTIGO 2º, INCISO II, COMBINADO COM O ARTIGO 12, INCISO I, TODOS DA LEI 8.137/1990). ALEGADA FALTA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO PREVISTO NO INCISO IV DO ARTIGO 1º DA LEI 8.137/1990. JUNTADA DAS NOTAS FISCAIS QUE TERIAM SIDO UTILIZADAS PARA SUPRIMIR TRIBUTO. PLEITO FORMULADO TANTO PELA ACUSAÇÃO QUANTO PELA DEFESA. ACUSADO NOTIFICADO PARA APRESENTAR DEFESA PRELIMINAR ANTES DA ANEXAÇÃO DA REFERIDA DOCUMENTAÇÃO AO FEITO. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E INTERROGATÓRIO DO RÉU SEM QUE ACOSTADOS AOS AUTOS OS DOCUMENTOS EM QUESTÃO. AUSÊNCIA DO OBJETO MATERIAL DO ILÍCITO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Da leitura do inciso IV do artigo 1º da Lei 8.137/1990,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

depreende-se que o objeto material do crime ali descrito é o documento falso ou inexato utilizado para a supressão ou redução de tributo.

2. No caso dos autos, o paciente teria utilizado notas fiscais inidôneas, emitidas por empresa que não estaria habilitada no cadastro de contribuintes do Estado de São Paulo, para suprimir Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS.

3. Todavia, ao ofertar denúncia, o membro do Ministério Público baseou-se unicamente em auto de infração lavrado por fiscais da Secretaria de Fazenda do Estado, tendo requerido, na ocasião, a expedição ofício requisitando as notas fiscais mencionadas, pleito também formulado pela defesa, quando se manifestou nos autos.

4. No entanto, em audiência de instrução, o magistrado singular dispensou a juntada das notas fiscais em questão, aduzindo que naquele momento processual elas não seriam necessárias, pois não constituiriam *"elemento essencial para o oferecimento da denúncia, que veio baseada suficientemente com os autos de infração"*, devendo ser anexadas ao feito *"apenas para a fase de julgamento e, mesmo assim, se as partes insistirem nesta diligência"*, procedimento que foi endossado pelo Tribunal Estadual.

5. Não se pode admitir que o auto de infração substitua as notas fiscais por meio das quais o crime tributário teria sido praticado, pois tal peça não caracteriza o objeto material do ilícito em comento, tendo o acusado o direito de acessar e de se manifestar sobre os documentos cuja falsidade ou inexatidão teriam viabilizado a supressão de ICMS.

6. Por conseguinte, é imperiosa a juntada aos autos das notas fiscais que teriam sido utilizadas para o cometimento do crime previsto no artigo 1º, inciso IV, da Lei 8.137/1990, sob pena de se cercear o direito de defesa do réu, que, sem ter acesso à referida documentação, não pode responder à acusação, inquirir testemunhas ou mesmo ser interrogado adequadamente.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular a ação penal em tela desde o recebimento da denúncia, assegurando-se ao paciente o direito de responder à acusação apenas depois da juntada aos autos das notas fiscais que teriam sido utilizadas na prática do crime contra a ordem tributária.

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, não conhecer do pedido e, por maioria, conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Votaram vencidas as Sras. Ministras Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz.

SUSTENTOU ORALMENTE: DRA. FERNANDA LARA TÓRTIMA (P/PACTE).

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.586 - RJ (2012/0115012-5)

IMPETRANTE : RICARDO PIERI NUNES E OUTROS
ADVOGADO : RICARDO PIERI NUNES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FLÁVIO LUIZ LEMOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FLÁVIO LUIZ LEMOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou a ordem pleiteada no HC n. 0016379-94.2012.8.19.0000.

Noticiam os autos que o paciente, na qualidade de sócio e administrador da sociedade empresária Arrows Petróleo do Brasil Ltda., foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 1º, incisos I, II e IV, e do artigo 2º, inciso II, combinado com o artigo 12, inciso I, todos da Lei 8.137/1990.

Sustentam os impetrantes que o paciente seria vítima de constrangimento ilegal, pois a ação penal contra ele deflagrada teria sido iniciada sem que a exordial acusatória viesse acompanhada das notas fiscais que teriam servido de instrumento para a prática dos delitos que lhe foram imputados.

Defende que tais elementos de prova teriam sido reputados imprescindíveis pelo próprio Ministério Público, que teria requerido a sua juntada aos autos antes da audiência de instrução e julgamento, o que foi deferido pelo magistrado singular.

Asserem que, por ocasião da audiência de instrução, o Juízo monocrático reputou desnecessárias, naquele momento, as referidas notas fiscais, fundamentando sua decisão no fato de a denúncia estar embasada nos autos de infração lavrados em desfavor da empresa gerida pelo paciente, o que significaria uma revogação implícita da determinação contida no despacho que analisou a defesa preliminar, o que acarretaria cerceamento do direito de defesa do acusado.

Alegam que na audiência de continuação, a defesa novamente requereu que o ato não fosse realizado sem a juntada da documentação mencionada, pleito que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi novamente indeferido, dando-se por encerrada a instrução criminal com o interrogatório do paciente.

Aduzem que uma das acusações formuladas contra o paciente seria a de ter se utilizado de documentos fiscais que deveria saber inidôneos, o que evidenciaria a necessidade de juntada aos autos de tais elementos de prova para que a defesa possa sobre eles exercer o contraditório.

Consignam que sem as notas fiscais mencionadas, não se teria sequer a comprovação da materialidade delitiva de um dos ilícitos pelos quais o paciente restou denunciado.

Requerem a concessão da ordem para que seja anulado o despacho de recebimento da exordial acusatória e dos atos processuais posteriores, ou, subsidiariamente, para que se aguarde a juntada das notas fiscais, anulando-se as audiências realizadas no processo, ou, ainda, para que se assegure ao paciente o direito de ser interrogado somente após o cumprimento da referida diligência.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fl. 50.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 58/60), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 83/86, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.586 - RJ (2012/0115012-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a anulação do despacho por meio do qual foi recebida a denúncia formulada contra o paciente, ou a anulação da instrução criminal, ou a realização do seu interrogatório apenas após a juntada de documentação reputada indispensável pela defesa.

Cumpre analisar, preliminarmente, a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação do impetrante contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê a alínea "a" do inciso II do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

Do cotejo dos aludidos dispositivos, percebe-se que o Poder Constituinte Originário, prevendo situações distintas envolvendo a tutela do direito de locomoção, atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça competências também diferenciadas, atento à sua peculiar função de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional.

Com efeito, tratando-se de coação ao direito ambulatorio do indivíduo atribuível a quaisquer das autoridades elencadas nas alíneas "a" e "c" do inciso I do artigo 105, autoriza-se o manejo do *writ* de forma originária perante esta Corte Superior de Justiça. Em se tratando de coação perpetrada por qualquer outra autoridade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deve-se buscar na legislação pátria a competência originária para analisar o pedido de *habeas corpus*, em observância às normas atinentes ao devido processo legal.

Entretanto, nas últimas décadas os operadores do direito têm incluído na acepção do termo "coação" a manutenção pelos Tribunais locais ou regionais de atos praticados por juízes que atuam no primeiro grau de jurisdição, ou pelas demais autoridades submetidas às suas jurisdições, quando denegam os *habeas corpus* originariamente ali impetrados.

Institucionalizou-se o entendimento no sentido de que, mantendo a decisão objurgada, os Tribunais locais encampariam o alegado constrangimento ilegal, passando, então, a figurarem como autoridades coatoras. Tal interpretação passou a comportar o chamado *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário cabível, que veio a colocar em desuso a referida insurgência expressamente prevista no ordenamento constitucional.

Esta espécie de *writ* vem sendo utilizado em larga escala, tendo em vista as flagrantes vantagens frente ao recurso ordinário, especialmente pela ausência de maiores formalidades, já que dispensável até mesmo a capacidade postulatória.

Essa prática passou a ser chancelada pelos Tribunais Superiores, principalmente no final da década de 1980 e no decorrer da de 1990, quando a sociedade brasileira se viu ávida pela tutela de direitos que lhe foram tolhidos no período ditatorial.

Nesse diapasão, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Tal conclusão evidencia que, na hipótese, insurgindo-se o impetrante contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Segundo consta dos autos, o paciente foi acusado de praticar os delitos previstos no artigo 1º, incisos I, II e IV, e no artigo 2º, inciso II, combinado com o artigo 12, inciso I, todos da Lei 8.137/1990, extraíndo-se da peça acusatória os seguintes trechos:

*"O denunciado é sócio e exerce a administração geral da sociedade empresária **Arrows Petróleo da Cruz do Brasil LTDA.**, inscrita no CNPJ sob o nº 03.698.533/0001-87, com sede social na Estrada Francisco da Cruz Nunes, 5982, Loja 202, Piratininga, nesta comarca, consistindo seu objeto social a distribuição dos derivados de Petróleo, Álcool Etílico Carburante, Produtos Químicos e derivados, e o comércio de óleos e lubrificantes.*

*Em regular ação fiscal realizada pela Secretaria de Fazenda deste Estado, foram lavrados pelos Fiscais de Rendas Marcelo Claudio Bernandes Pereira - matrícula 0.294.691-1, Mauro dos Santos Teixeira - matrícula 0.294.808-1, e Ronaldo Leite da Silva - matrícula 0.294.817-2, os Autos de Infração 03.205029-6 (fls. 454/456), 03.166.962-5 (fls. 022/024), 03.229.676-6 (fls. 472/474) e 04.012.492-7 (fls. 206/208), por ter sido verificado irregularidades praticadas pelo denunciado que ocasionaram prejuízo de **3.377.130,34 UFIRs-RJ** aos cofres do Estado do Rio de Janeiro, assim demonstrado pelo Fisco, não considerando o valor da multa incidente:*

(...)

*No período compreendido entre 14 de novembro de 2002 e 28 de fevereiro de 2003, na Estrada Francisco da Cruz Nunes, 5982, Loja 202, Piratininga, nesta comarca, o denunciado, com vontade livre e consciente de lesar a ordem tributária estadual, na qualidade de sócio e administrador da sociedade empresária **Arrows Petróleo da Cruz do Brasil LTDA.**, suprimiu, por 9 (nove) vezes, o Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, ao utilizar documentos fiscais que deveria saber inidôneos, quais sejam, notas fiscais emitidas pela empresa Destilaria de Álcool e Aguardente da Barra LTDA., causando prejuízo de **R\$ 493.739,46 (quatrocentos e noventa e três mil,***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

setecentos e trinta e nove reais e quarenta e seis centavos) ao erário, verificado pelo Fisco na forma demonstrada abaixo:

(...)

A empresa Destilaria de Destilaria de Álcool e Aguardente da Barra LTDA., inscrita no CNPJ sob o número 65.547.606.0001-97, inscrição estadual nº 274.002.444.117/SP, estabelecida na Rua Santa Maria, s/nº, Coronel Macedo, São Paulo, encontra-se na condição de não habilitada no cadastro de contribuintes do Estado de São Paulo.

Consigne-se que a idoneidade dos documentos utilizado vem expressa no Livro VI, artigo 24, inciso IX, do Dec. Nº 27.427/00 (RICMS), verbis:

'Art. 24 - Salvo disposição em contrário, é considerado inidôneo, para todos os efeitos fiscais, fazendo prova apenas em favor do Fisco, documento que:

(...)

IX - seja emitido por quem não esteja inscrito ou, se inscrito, esteja com sua inscrição baixada, suspenda ou com atividade impedida ou paralisada.'

No período compreendido entre 1º de fevereiro e 30 de abril do ano de 2004, nas mesmas circunstâncias de tempo, local e de caráter pessoal, agindo com o mesmo animus, o denunciado, por pelo menos 6 (seis) vezes, reduziu o valor de ICMS que deveria ter sido recolhido aos cofres públicos, fraudando a fiscalização tributária inserindo elementos inexatos nos Livros de Registro de Saídas e de Registro de Apuração do ICMS, causando prejuízo à Fazenda do Estado no valor total de **R\$ 6.900,45 (seis mil, novecentos reais e quarenta e cinco centavos)**, verificado da forma abaixo:

(...)

O denunciado, com vontade livre e consciente de lesar a ordem tributária estadual, nas mesmas circunstâncias de local e de caráter pessoal, ou seja, na qualidade de sócio e administrador da sociedade empresária **Arrows Petróleo da Cruz do Brasil LTDA.**, em horários não determinado, no período compreendido entre 1º de junho de 2008 e 31 de março de 2009, consciente e voluntariamente, por pelo menos 10 (dez) vezes, reteve e deixou de recolher aos cofres do Estado do Rio de Janeiro o Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, em face de circulação de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, ocasionando prejuízo de **R\$ 5.549.985,55 (cinco milhões, quinhentos e quarenta e nove mil, novecentos e oitenta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos)** verificado da forma demonstrada nos Autos de Infração abaixo discriminados:

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Registre-se que a sociedade **Arrows Petróleo da Cruz do Brasil LTDA.** está obrigada a reter e recolher o ICMS relativo às operações subseqüentes, por força do disposto no artigo 7º da Lei Estadual nº 846/85 e artigos 1º e 21, inciso I, da Lei Estadual nº 2657/57.*

*Mister mencionar que a vultuosa quantia não recolhida pelo contribuinte aos cofres públicos, **R\$ 5.549.985,55 (cinco milhões, quinhentos e quarenta e nove mil, novecentos e oitenta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos)**, ocasionou grave dano à coletividade.*

*Ressalte-se que todos os autos de infração mencionados, cujo crédito **total** reclamado soma o valor correspondente à **6.080.684,12 UFIRs-RJ**, considerando-se o valor da multa incidente de **2.703.553,78 UFIRs-RJ**, encontram-se **inscritos na Dívida Ativa do Estado**, como demonstrado abaixo, conforme teor dos relatórios emitidos pelo Sistema Auto de Infração - Módulo Central, da Secretaria de Fazenda de nosso Estado, presentes nas fls. 382/401, tratando-se, portanto, de crédito constituído em definitivo." (e-STJ fls. 15/21).*

Ao ofertar a inicial, o órgão ministerial requereu "a expedição de ofício à Secretaria de Fazenda do estado do Rio de Janeiro, requisitando as notas fiscais mencionadas no Auto de Infração nº 03.0205029-6 (fls. 454/456), para juntada aos autos" (e-STJ fl. 29), o que foi deferido pelo magistrado de origem, que determinou a sua vinda aos autos "até a data da realização da AIJ" (e-STJ fl. 23).

A defesa se manifestou nos autos, pleiteando que se aguardasse a juntada aos autos das provas solicitadas tanto por esta quanto pela acusação, para somente então ofertar resposta preliminar, realizando-se a audiência de instrução e julgamento (e-STJ fl. 27).

Em audiência de instrução, o Juízo singular afastou as preliminares suscitadas pelo patrono do réu na defesa prévia, consoante o excerto abaixo transcrito:

"Rejeito as preliminares acerca da inépcia da denúncia, tendo em vista que, no caso em tela, o acusado, o sócio administrador da empresa mencionada na inicial, com 99% das cotas, sendo que há um outro sócio apenas com 1% das mesmas, sendo evidente, a meu ver, que é ele quem responde pela mesma, conforme inclusive o contrato social acostado a fls. 420/424. Também entendo que não procede a alegação de falta de justa causa, uma vez que a presença física das notas fiscais não constitui elemento essencial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o oferecimento da denúncia, que veio baseada suficientemente com os autos de infração. Com relação à presença das notas fiscais requeridas pelo MP e pela própria defesa, entendo que devam vir aos autos apenas para a fase de julgamento e, mesmo assim, se as partes insistirem nesta diligência." (e-STJ fl. 31).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* na origem, tendo a ordem sido denegada em aresto que recebeu a ementa a seguir reproduzida:

"EMENTA – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - MODALIDADES DE SUPRIMIR, REDUZIR E RETER ICMS - SONEGAÇÃO DE VALOR ELEVADÍSSIMO - LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO – INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA DO ESTADO - INSTAURAÇÃO DE OUTRAS AÇÕES PENAIS EM JUÍZOS DIVERSOS, POR PRÁTICAS CRIMINOSAS EM CIRCUNSTÂNCIAS DE TEMPO DIFERENTES - INOCORRÊNCIA DE CONEXÃO PROBATÓRIA - AUSÊNCIAS DE NOTAS FISCAIS QUANTO A UMA DAS IMPUTAÇÕES, QUE PODEM SER JUNTADAS AO PROCESSO NO CURSO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, POSSIBILITANDO O AMPLO EXERCÍCIO DA DEFESA - NULIDADE INOCORRENTE - OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

Se em decisão fundamentada o magistrado recusou a exceção de incompetência do Juízo oposta pela defesa do paciente, por entender não estar presente a conexão probatória alegada, depois de examinar as provas até então reunidas, impossível na via estreita do writ modificá-la, mesmo porque ainda poderia ser justificada pela regra preconizada no art. 80 do CPP, para evitar tumulto processual e em prestígio da garantia constitucional da duração razoável do processo.

E, se dentre as várias imputações de crimes contra a ordem tributária, somente uma está relacionada com notas fiscais inidôneas, que o infrator teve oportunidade de impugnar no processo fiscal, a momentânea ausência de cópias destes documentos quando do oferecimento da denúncia não autoriza a anulação do despacho de seu recebimento ou tampouco a paralisação do curso da ação penal, mormente quando o lançamento definitivo do tributo suprimido já se efetivou e o valor sonegado inscrito na Dívida Ativa do Estado.

Ordem denegada." (e-STJ fls. 33/34).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobreveio a continuação da audiência de instrução, na qual o causídico contratado pelo réu consignou que pretendia que ele fosse interrogado apenas após a juntada aos autos das notas fiscais requeridas pelo *Parquet* e pela defesa, tendo o Juiz responsável pelo feito assim se pronunciado sobre a questão:

"Com relação a oitiva da testemunha o juízo já indeferiu na forma postulada às fls. 550/551 dos autos, sendo certo que no procedimento ordinário as diligências são requeridas na fase de apresentação da resposta escrita, e o interrogatório deve ocorrer após a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa. No presente processo foram ouvidas as testemunhas arroladas na acusação e a defesa desistiu de uma de suas testemunhas sendo que a que arrolou em substituição à restante, teve o seu pedido indeferido com base no despacho de fls. 593. Assim a defesa, orientando o réu a não ser interrogado neste momento, assume a responsabilidade de não ter o réu oportunidade para se manifestar em sede judicial já que este seria o momento de fazê-lo. Com relação a vinda das notas fiscais citadas, entendo que deve o MP dizer acerca da real necessidade da presença delas nos autos. Assim dou por encerrada a instrução criminal. Dê-se vista ao MP para dizer sobre a vinda das notas fiscais e quanto as demais diligências requeridas e que porventura não tenham sido atendidas até o momento, bem como para se manifestar acerca da petição juntada pela defesa na presente data." (e-STJ fl. 43).

Pois bem. De tudo quando consta dos autos, tem-se que a impetração merece acolhida.

Como visto, ao paciente foi atribuída a prática de diversos crimes contra a ordem tributária, dentre eles o previsto no inciso IV do artigo 1º da Lei 8.137/1990, *verbis*:

*"Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)
(...)
IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;"*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da leitura do mencionado dispositivo legal, depreende-se que o objeto material do ilícito em questão é o documento falso ou inexato.

Assim, para que se possa comprovar a materialidade delitiva da infração penal em apreço, é indispensável a presença da documentação utilizada para a supressão ou redução de tributo, sem a qual é impossível se aferir a sua falsidade ou inexatidão.

No caso dos autos, como visto, o paciente teria utilizado notas fiscais inidôneas, emitidas por empresa que não estaria habilitada no cadastro de contribuintes do Estado de São Paulo, para suprimir Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS.

Todavia, ao ofertar denúncia, o membro do Ministério Público baseou-se unicamente em auto de infração lavrado por fiscais da Secretaria de Fazenda do Estado (e-STJ fls. 16/18), tendo requerido, na ocasião, a expedição ofício requisitando as notas fiscais mencionadas (fl. 29).

Os mesmos documentos foram solicitados pela defesa ao ofertar resposta à acusação (e-STJ fls. 25/28).

No entanto, em audiência de instrução, o magistrado singular dispensou a juntada das notas fiscais em questão, aduzindo que naquele momento processual elas não seriam necessárias, pois não constituiriam *"elemento essencial para o oferecimento da denúncia, que veio baseada suficientemente com os autos de infração"*, devendo ser anexadas ao feito *"apenas para a fase de julgamento e, mesmo assim, se as partes insistirem nesta diligência"* (e-STJ fl. 31).

O Tribunal Estadual considerou legítimo tal procedimento, sob o argumento de que as notas fiscais estariam relacionadas com o crime de supressão de ICMS, *"já apurado no processo fiscal, das quais certamente o paciente possui cópias"*, asserindo, outrossim, que poderiam *"ser anexadas aos autos até o momento da sentença, quando a defesa do paciente poderá requerer qualquer providência que entender importante"* (e-STJ fl. 37).

Ora, não se pode admitir que o auto de infração substitua as notas fiscais por meio das quais o crime tributário teria sido praticado, pois tal peça não caracteriza o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

objeto material do ilícito em questão, tendo o acusado o direito de acessar e de se manifestar sobre os documentos cuja falsidade ou inexatidão teriam viabilizado a supressão de ICMS.

Com efeito, sem a juntada das notas fiscais em questão, torna-se impossível para a defesa discutir a sua idoneidade ou exatidão, bem como comprovar se o paciente teria ou não como saber que teriam sido emitidas por empresa não habilitada no cadastro de contribuintes do Estado de São Paulo, como narrado na denúncia.

Desse modo, configura evidente cerceamento do direito de defesa a notificação do réu para apresentar resposta à acusação, a realização de audiência de instrução e a implementação de seu interrogatório sem que antes sejam anexadas aos autos as notas fiscais que constituiriam o meio pelo qual teria sido suprimido o ICMS, não se podendo defender, como feito pelas instâncias de origem, que o auto de infração faça as vezes da referida documentação.

E o constrangimento ilegal a que está sendo submetido o paciente mostra-se ainda mais evidente pelo fato de que as notas fiscais pleiteadas tanto pela acusação quanto pela defesa existem, estando em poder da Secretaria de Fazenda do Estado, bastando ao magistrado responsável pelo feito cobrar o ofício que foi expedido para que os citados documentos fossem remetidos ao Juízo.

Por conseguinte, não constando dos autos a prova da materialidade de um dos crimes contra a ordem tributária imputados ao paciente, é imperiosa a juntada da documentação requisitada ao feito, a fim de que se viabilize o exercício do seu direito de defesa, respondendo à acusação, inquirindo testemunhas e sendo interrogado a partir do conhecimento pleno dos elementos de convicção contra si amealhados.

Ante o exposto, **não se conhece** do *habeas corpus*, mas **concede-se a ordem ofício** para anular a ação penal em tela desde o recebimento da denúncia, assegurando-se ao paciente o direito de responder à acusação apenas depois da juntada aos autos das notas fiscais que teriam sido utilizadas na prática do aludido crime contra a ordem tributária.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.586 - RJ (2012/0115012-5)

VOTO-VENCIDO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Senhor Presidente, em princípio eu estaria acompanhando o Ministro Relator, em parte, por entender que, para receber a denúncia, haveria indício de prova.

O que a Defesa está postulando, penso, é que não teve oportunidade de se defender, após o recebimento da peça acusatória. Mantido o recebimento da denúncia teria a Defesa oportunidade de apresentar a resposta escrita.

Para recebimento da denúncia, Excelência, já haveria documentos suficientes, que seriam os outros documentos fiscais. O que não se permitiu, pelo que se depreende da sustentação oral, foi a formulação da defesa sem a juntada dos documentos. Agora, juntando aos autos essas provas, a defesa tem condições de se defender.

A minha preocupação é a anulação dos autos desde o recebimento da denúncia. Os crimes são graves, mas têm penalidade pequena. Se anular o recebimento da denúncia, certamente esses crimes serão atingidos pela prescrição.

Por isso, anulo o processo apenas para possibilitar ao advogado o oferecimento de defesa escrita.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0115012-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 244.586 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10417125920118190002 163799420128190000 201000943039 582011

EM MESA

JULGADO: 06/12/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RICARDO PIERI NUNES E OUTROS

ADVOGADO : RICARDO PIERI NUNES E OUTRO(S)

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : FLÁVIO LUIZ LEMOS

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DRA. FERNANDA LARA TÓRTIMA (P/PACTE)

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, não conheceu do pedido e, por maioria, concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidas as Sras. Ministras Laurita Vaz e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).