



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.417 - SP (2012/0127849-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : CLOVIS ALBERTO VOLPE FILHO E OUTRO
ADVOGADO : CLÓVIS ALBERTO VOLPE FILHO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ CARLOS TEODORO DA COSTA
PACIENTE : MÁRIO DONIZETTI COSTA

EMENTA

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

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. Como o *writ* foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º, INCISO II, DA LEI 8.137/1993). PACIENTES ABSOLVIDOS EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ACOLHIMENTO DE PRELIMINAR SUSCITADA PELA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA. ANULAÇÃO DO PROCESSO EM RAZÃO DA NÃO CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SÚMULA 160 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Havendo recurso do Ministério Público pendente de julgamento, não importa violação ao enunciado n. 160 da Súmula do Supremo Tribunal Federal o acolhimento, pelo Tribunal de Justiça, de preliminar suscitada no parecer ministerial, para anular o processo em razão da ausência de constituição definitiva do crédito tributário tido por sonogado.

2. A nulidade acolhida pelo Tribunal de origem, longe de prejudicar os acusados, somente os beneficiou, tendo em vista que foi reconhecida a própria atipicidade da conduta que lhes foi atribuída na exordial acusatória.

ATIPICIDADE DA CONDUTA. MÉRITO DA ACUSAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANULAÇÃO DO PROCESSO *AB INITIO*. IMPROPRIEDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. TRÂNSITO EM JULGADO. NOVA DENÚNCIA. OFENSA À COISA JULGADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O constrangimento ilegal decorrente do reconhecimento da atipicidade da conduta atribuída aos denunciados não poderia ser remediado de outra forma senão com a determinação de trancamento da ação penal, a exemplo do que o próprio legislador ordinário estabeleceu no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal, ao autorizar que o magistrado resolva o mérito da ação penal absolvendo sumariamente o acusado.

2. A simples determinação de anulação da ação penal não é capaz de sanar o referido constrangimento ilegal, tendo em vista que tal situação ensejaria a manutenção da denúncia em estado latente até que eventualmente o fato denunciado se torne típico, circunstância que não se coaduna com a tutela penal em um Estado Democrático de Direito.

3. Como o Tribunal de origem reconheceu a atipicidade da conduta atribuída aos pacientes por decisão contra a qual o Ministério Público não se insurgiu, conclui-se que o oferecimento de nova denúncia pelos mesmos fatos se consubstancia em ofensa à coisa julgada.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal deflagrada contra os pacientes.

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 conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. CLÓVIS ALBERTO VOLPE FILHO (P/PACTES)

Brasília (DF), 1º de abril de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.417 - SP (2012/0127849-7)

IMPETRANTE : CLOVIS ALBERTO VOLPE FILHO E OUTRO
ADVOGADO : CLÓVIS ALBERTO VOLPE FILHO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ CARLOS TEODORO DA COSTA
PACIENTE : MÁRIO DONIZETTI COSTA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JOSÉ CARLOS TEODORO DA COSTA e MÁRIO DONIZETTI COSTA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0025129-65.2004.8.26.0196.

Noticiam os autos que os pacientes foram absolvidos da prática de crime contra a ordem tributária.

Irresignado, o Ministério Público apelou, tendo a Corte Estadual acolhido a preliminar suscitada pela Procuradoria de Justiça e anulado o processo, desde o início.

Sobreveio novo recebimento da denúncia e, após regular instrução, os pacientes restaram condenados à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incursos no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/1990.

Inconformadas, defesa e acusação recorreram, tendo ambos os reclamos sido improvidos, mantendo-se as conclusões do édito repressivo.

Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que o Tribunal de origem não poderia ter anulado a ação penal no julgamento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, pois a matéria não teria sido suscitada em sua irresignação.

Destacam que o parecer apresentado pela Procuradoria de Justiça não teria o condão de corrigir, alterar ou complementar o recurso interposto pelo Ministério Público em primeiro grau.

Requerem a concessão da ordem para que seja anulado o acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

objurgado.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fl. 142.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 149/151), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 380/383, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.417 - SP (2012/0127849-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a cassação do acórdão que reconheceu nulidade arguida pela Procuradoria de Justiça e anulou o processo instaurado contra os pacientes.

Prefacialmente, cumpre assinalar que o pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

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, **hipóteses não ocorrentes na espécie.**

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Esse Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, firmou entendimento no sentido de que o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização dessa ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, que é o *habeas corpus*, de forma a não mais admitir que seja empregada para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico, **exatamente como ocorre no caso em exame.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre observar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa, mas tal argumento não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in judicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu 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, os pacientes foram acusados de praticar o delito previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/1990, extraíndo-se da denúncia os seguintes trechos:

*"Segundo consta dos autos, os **denunciados** são sócios proprietários da empresa "CAMAZZE MANUFATURA DE CALÇADOS LTDA" localizada na rua Felix Garcia Garcia, nº 3139, bairro Jardim Ângela Rosa, nesta cidade e comarca de Franca, exercendo, solidariamente, a gerência e administração de referida pessoa jurídica.*

*De acordo com o presente inquisitório, os **denunciados**, nos meses de agosto, novembro e dezembro de 2001, na sede de sua empresa, no endereço supra, perpetraram crimes contra a ordem tributária, mediante expediente fraudulento, inserindo elementos inexatos em documento exigido pela lei fiscal, qual seja, o "**Livro de Registro de Entradas**", com o escopo de fraudarem o erário, locupletando-se indevidamente." (e-STJ fls. 152/153)*

De acordo com o órgão ministerial, os acusados "*creditaram-se*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*indevidamente do ICMS, num montante de R\$ 12.531,91 (doze mil, trezentos e cinquenta reais e noventa e um centavos), conforme fls. 09, utilizando-se, para isso, de documentos fiscais declarados inidôneos pelo órgão fiscal competente, cf. fls. 05/06, inidoneidade esta da qual os indigitados **José Carlos e Mário** tinham pleno conhecimento" (e-STJ fl. 153).*

O Ministério Público prossegue, aduzindo que os réus teriam simulado a realização de várias operações mercantis, consistentes na compra e venda de couro acabado, para a fabricação de diversos produtos, no valor de R\$ 102.932,51 (cento e dois mil, novecentos e trinta e dois reais e cinquenta e um centavos), lançando as transações comerciais fictícias no "Livro de Entrada", com o propósito de obterem indevido benefício fiscal (e-STJ fl. 153).

E, consoante o *Parquet*, "no período compreendido entre os meses de maio, setembro, outubro, novembro de 2002, bem como, em alguns trintídios do ano de 2003, quais sejam, maio, junho, agosto e setembro, os increpados, atuando em continuidade delitiva e valendo-se de idêntico "modus operandi", novamente perpetraram crimes contra a ordem tributária, creditando-se indevidamente de ICMS, na importância de **R\$ 78.479,67 (setenta e oito mil, quatrocentos e nove reais e sessenta e sete centavos)**, inserindo elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal" (e-STJ fl. 153).

Para tanto, teriam simulado a execução de diversas operações comerciais, todas referentes à compra de couro para a fabricação de diversos produtos, utilizados no uso e consumo do próprio estabelecimento autuado, que teriam somado R\$ 412.331,15 (quatrocentos e doze mil, trezentos e trinta e um reais e quinze centavos), conforme noticiado pela acusação às fls. 153/154.

O membro do Ministério Público conclui, asseverando que "*não obstante o aspecto acima, e procurando reduzir o tributo devido, os denunciados lançaram no livro 'registro de entradas', de forma indevida, todas as noticiadas e ilusórias operações comerciais para, com isso, creditarem-se indevidamente de ICMS*" (e-STJ fl. 154).

Sobreveio sentença na qual os pacientes foram absolvidos da prática do crime contra a ordem tributária (e-STJ fls. 172/175).

Irresignado, o Ministério Público apelou, tendo a Corte Estadual acolhido a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preliminar suscitada pela Procuradoria de Justiça e anulado o processo, desde o início, restando o aresto assim resumido:

"Apelação - Crime contra a ordem tributária - Sonegação fiscal - Preliminar suscitada pela Procuradoria de Justiça - Anulação do feito criminal desde o início, tendo em vista o não exaurimento da esfera administrativa - Procedência - Só há crime do art. 1º da Lei nº 8.137/90 a ser apurado quando efetivado o lançamento do crédito tributário - Fato atípico até então - Trata-se de crime material, somente se consumando com o encerramento da esfera administrativa - Inteligência do art. 83 da Lei nº 9.430/96 - Previsão legal de extinção de punibilidade, quando efetuado o pagamento do débito até o recebimento da denúncia - Inviável para o réu a quitação do débito antes de efetuado o lançamento fiscal - Precedentes do STF e STJ - Preliminar acolhida - Processo anulado." (e-STJ fl. 204).

Diante da notícia de que teria ocorrido o lançamento definitivo do crédito tributário, a denúncia foi novamente recebida (e-STJ fl. 232) e, após regular instrução, os pacientes restaram condenados à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incursos no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/1990 (e-STJ fls. 271/281).

Inconformadas, defesa e acusação recorreram, tendo ambos os reclamos sido improvidos, mantendo-se as conclusões do édito repressivo.

Confira-se:

"Apelação Sonegação fiscal (art. 1º, inc. II, da Lei nº 8.137/90 c.c. art. 71, 'caput', do Código Penal) - Preliminar - Prescrição da pretensão punitiva estatal Inocorrência - O lapso prescricional somente se inicia com a conclusão do processo administrativo fiscal e consequente inscrição do débito em dívida ativa - Preliminar rejeitada.

Absolvição pretendida - Insuficiência de provas Improcedência - Materialidade e autoria delitiva comprovadas - Réus que utilizaram notas fiscais emitidas por empresas inidôneas para creditar-se fraudulentamente em valores relativos ao ICMS devido - Provas orais e documentais que demonstram a utilização de documento falso ou inexato em operação tributável - Decisão definitiva em processo administrativo, com constituição do crédito definitivo - Fiscalização tributária que apurou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

documentalmente a ilegitimidade dos documentos fiscais - Condenação de rigor.

Dosimetria das penas - Penas-base fixadas no mínimo legal, ante as circunstâncias judiciais favoráveis ostentadas pelos agentes - Continuidade delitiva reconhecida pelo Juízo de Primeiro Grau - Recurso ministerial - Acréscimo no patamar de aumento aplicado às reprimendas - Descabimento - Incidência do patamar intermediário de 1/3 (um terço) que se mostrou suficiente para reprovação da conduta - Preenchidos os requisitos previstos no art. 44, do Código Penal Substituição penal bem aplicada - Regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea 'c', do Código Penal Sentença mantida Recursos improvidos." (e-STJ fl. 327).

Contra tal julgado foram opostos embargos de declaração, que foram rejeitados (e-STJ fls. 345/350).

Da leitura das peças processuais acostadas aos autos, não se pode afirmar que a anulação do processo em razão do acolhimento da preliminar suscitada pela Procuradoria de Justiça tenha ofendido o disposto no enunciado 160 da Súmula do Supremo Tribunal, *verbis*:

"É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.

Isso porque, muito embora os pacientes houvessem sido absolvidos da prática do crime previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/1990, o certo é que tal decisão ainda não havia transitado em julgado, já que o Ministério Público dela recorreu, pretendendo a condenação dos acusados.

Ademais, é forçoso reconhecer que a nulidade acolhida pelo Tribunal de origem, longe de prejudicar os acusados, somente os beneficiou, tendo em vista que naquela oportunidade foi reconhecida a própria atipicidade da conduta que lhes foi atribuída na exordial acusatória, tendo em vista o que dispõe o enunciado n. 24 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

"Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tal circunstância evidencia, portanto, que o Tribunal de origem não obrou em desacordo com o entendimento pacificado no enunciado n. 160 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, pois, repita-se, a nulidade acolhida em hipótese alguma prejudicou os acusados.

Entretanto, não se afigura correta a solução dada pelo Tribunal de origem ao reconhecer a inexistência de constituição definitiva do crédito tributário na hipótese, a reclamar a atuação de ofício desta Corte Superior de Justiça.

Com efeito, o constrangimento ilegal decorrente da atipicidade da conduta atribuída aos denunciados não poderia ser remediado de outra forma senão com a determinação de trancamento da ação penal, a exemplo do que o próprio legislador ordinário estabeleceu no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal, ao autorizar que o magistrado resolva o mérito da ação penal absolvendo sumariamente o acusado.

A simples determinação de anulação da ação penal não é capaz de sanar o referido constrangimento ilegal, tendo em vista que tal situação ensejaria a manutenção da denúncia em estado latente até que eventualmente o fato denunciado se torne típico, circunstância que não se coaduna com a tutela penal em um Estado Democrático de Direito.

Se, de fato, não ocorreu o resultado naturalístico exigido para a configuração do delito, qual seja, a constituição definitiva do crédito tributário, o reconhecimento da atipicidade da conduta não poderia levar a outra providência senão ao próprio trancamento da ação penal deflagrada de forma açodada pelo seu titular.

Qualquer conclusão diversa afrontaria o enunciado n. 24 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, já que a constituição definitiva do crédito tributário passaria a ser verdadeira condição objetiva de punibilidade dos crimes materiais contra a ordem tributária, tese já rechaçada pela jurisprudência.

Assim, como o Tribunal de origem reconheceu a atipicidade da conduta atribuída aos pacientes por decisão contra a qual o Ministério Público não se insurgiu (fl. 217), conclui-se que o oferecimento de nova denúncia pelos mesmos fatos se consubstancia em ofensa à coisa julgada.

Por tais razões, **não conheço da impetração**, mas **concedo habeas**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus de ofício para determinar o trancamento da ação penal deflagrada contra os pacientes.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0127849-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 246.417 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 251296520048260196 4672004 993060539809

EM MESA

JULGADO: 01/04/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CLOVIS ALBERTO VOLPE FILHO E OUTRO
ADVOGADO : CLÓVIS ALBERTO VOLPE FILHO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ CARLOS TEODORO DA COSTA
PACIENTE : MÁRIO DONIZETTI COSTA

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. CLÓVIS ALBERTO VOLPE FILHO (P/PACTES)

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 concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.