



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 33.346 - SP (2012/0144254-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **SÔNIA MARIA CARNEIRO MARINHO CAVANI**
RECORRENTE : **FABRICIO MARINHO CAVANI**
ADVOGADO : **RODRIGO DE PAULA BLEY E OUTRO(S) - SP154134**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FRAUDE À FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. PAGAMENTO DO DÉBITO ANTES DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE PODERES DE ADMINISTRAÇÃO E GERÊNCIA. QUESTÕES NÃO ENFRENTADAS PELO TRIBUNAL *A QUO*. AUSÊNCIA DE DOLO. REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. O trancamento de ação penal ou de inquérito policial, em sede de *habeas corpus* ou recurso ordinário, constitui medida excepcional, somente admitida quando ficar demonstrado, sem a necessidade de exame do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios suficientes da autoria ou prova da materialidade.

2. Havendo indícios de que os recorrentes fraudaram a fiscalização tributária, o que resultou no recolhimento de tributo a menor pelo tomador de serviços, deve prosseguir a ação penal.

3. As questões suscitadas no recurso - ausência de dolo, inexistência de poderes de gerência de um sócios, atipicidade da conduta em razão da inscrição em dívida ativa apenas da multa tributária, pagamento do débito antes do recebimento da denúncia - não foram suficientemente enfrentadas pelo Tribunal *a quo*.

4. Não há comprovação de que houve pagamento integral do débito antes do recebimento da denúncia ou de que a inscrição em dívida ativa refere-se apenas a multa tributária.

5. O elemento subjetivo doloso, exigido para configuração do delito em análise, deve ser aferido no curso da instrução, sendo que a prova pré-constituída constante dos autos, ao contrário do alegado nas razões recursais, não autoriza concluir, de forma prematura, pela ausência de dolo por parte dos recorrentes.

6. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 33.346 - SP (2012/0144254-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : SÔNIA MARIA CARNEIRO MARINHO CAVANI
RECORRENTE : FABRICIO MARINHO CAVANI
ADVOGADO : RODRIGO DE PAULA BLEY E OUTRO(S) - SP154134
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por SÔNIA MARIA CARNEIRO MARINHO CAVANI e FABRÍCIO MARINHO CAVANI contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem na impetração originária.

Aduzem os recorrentes que foram denunciados como incurso no art. 1º, II, da Lei 8.137/1990 porque, na qualidade proprietários da empresa Cavani Transportes Ltda., supostamente, no período de 3 de setembro a 17 de dezembro de 2007, fraudaram a fiscalização tributária, emitindo conhecimento de transporte rodoviário de cargas com inserção de base de cálculo diversa da prevista em lei, resultando em recolhimento de tributo a menor pelo tomador de serviços, deixando de recolher R\$ 10.310,13 a título de ICMS, conforme auto de infração e inscrição em dívida ativa.

Afirmam que o valor de ICMS apurado pela fiscalização foi devidamente recolhido em data anterior ao recebimento da denúncia, sendo forçosa a extinção da punibilidade, nos termos do art. 34 da Lei 9.249/1995.

Apontam a ausência de justa causa para a persecução penal, uma vez que a multa punitiva imposta ao contribuinte por descumprimento da obrigação tributária não está incluída como conduta típica, nos termos do art. 1º da Lei 8.137/1990. Alegam, portanto, ser atípica a conduta, merecendo ser trancada a ação penal, inclusive por ausência de dolo ou culpa.

Outrossim, ainda é devido o trancamento em razão da ausência de poderes de gerência e administração da sociedade pelo recorrente Fabrício Marinho Cavani. O simples



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fato de ser sócio empresário não conduz, automaticamente, a sua responsabilidade penal.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 150):

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO DA AÇÃO PENAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO DA MATÉRIA. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO WRIT.

O presente recurso foi distribuído, inicialmente, em 18/7/2012, ao Ministro Marco Aurélio Bellize. Posteriormente, foram redistribuídos aos Ministros Gilson Dipp e aos Desembargadores Convocados Walter de Almeida Guilherme e Leopoldo de Arruda Raposo, vindo-me conclusos em 27/5/2015.

Em 27/5/2016, em razão do tempo de tramitação do feito, solicitei novas informações ao Juízo de primeiro grau acerca do andamento da ação penal. Este informou que os autos ainda se encontravam suspensos por força da liminar proferida no *habeas corpus* que ensejou o presente recurso (e-STJ fls. 219/222), situação que permanece até a presente data, segundo consulta realizada no portal eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 33.346 - SP (2012/0144254-0)

VOTO

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

A insurgência não merece prosperar.

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

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

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

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. SONEGAÇÃO FISCAL. PIC NO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRANCAMENTO. ATIPICIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO. HABEAS CORPUS. VIA INADEQUADA. 1. O habeas corpus não se apresenta como via adequada ao trancamento de PIC - Procedimento de Investigação Criminal no Ministério Público, por conduta, em tese, tida como sonegação fiscal, à guisa de ausência de tipicidade (dolo), não relevada, primo oculi. 2. Intento, em tal caso, que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restrita do writ. 3. Impetração não conhecida. (HC 342.272/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016)

No caso dos autos, foi instaurado inquérito, a pedido da 3ª Promotoria de Justiça da Comarca de Itapeva/SP, com o fim de apurar os fatos descritos em representação tributária para fins penais. Ressai dos autos que, após procedimento administrativo-tributário, apurou-se recolhimento de ICMS a menor, mediante inserção de base de cálculo diversa da prevista em lei, tendo sido o débito inscrito na dívida ativa acrescido de juros de mora e multa (e-STJ fl. 46).

Contra os recorrentes foi oferecida denúncia, do seguinte teor (e-STJ fls. 40/41):

Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no período compreendido entre os dias 03 de setembro de 2.007 e 17 de dezembro de 2.007, na sede da "Cavani Transportes Ltda.", situada à Avenida Expedicionários de Itapeva, Parque Cimentolândia, nesta cidade e comarca, SÔNIA MARIA CARNEIRO MARINHO CAVANI, com dados qualificativos à fls. 346, e FABRÍCIO MARINHO CAVANI, com dados qualificativos à fls. 346, agindo em concurso de agentes caracterizado pelo vínculo associativo e conjugação de esforços visando o fim comum, reduziram tributo, fraudando a fiscalização tributária, mediante a inserção de elementos inexatos em documento fiscais, fazendo-o de forma continuada.

Segundo se apurou, os denunciados são sócios proprietários da sociedade empresária Cavani Transportes Ltda.. Nessa qualidade, no período supramencionado, fraudaram a fiscalização tributária, emitindo conhecimentos de transporte rodoviário de cargas com inserção de base de cálculo diversa da prevista em lei, o que resultou no recolhimento de tributo a menor pelo tomador de serviços. Ao agir dessa forma, os denunciados deixaram de recolher aos cofres públicos R\$ 10.310,13 (dez mil, trezentos e dez reais e treze centavos), que eram devidos a título de ICMS, conforme auto de infração e imposição de multa nº. 3.108.027, acostado às fls. 10/12.

Após o término do procedimento administrativo instaurado para apuração do fato e verificação do quantum devido, foi constatado que não houve a liquidação ou parcelamento do saldo remanescente do débito, originando a inscrição na dívida ativa em 31/01/2011, sob a C.D.A. nº. 1.006.883.020 (fls. 389 e ss.).

Ante o exposto, denuncio SÔNIA MARIA CARNEIRO MARINHO CAVANI e FABRÍCIO MARINHO CAVANI como incurso no artigo 1º, inciso II, da lei 8.137/90, por oito vezes, na forma do artigo 71,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caput do Código Penal. Requeira que, r. e a., seja instaurado o competente processo penal, consoante o rito ordinário previsto no ar. 394, §.1º, I, do CPP, citando-se os denunciados para oferecer resposta, designando-se audiência para oitiva da pessoa abaixo arrolada e prosseguindo-se no feito até final sentença e condenação.

Sobre as teses sustentadas no *habeas corpus* originário e repetidas no presente recurso, assim concluiu o Tribunal *a quo* (e-STJ fls. 84/86):

Segundo relata a peça acusatória, em síntese, entre os dias 3 de setembro e 17 de dezembro de 2.007, na sede da empresa "Cavani Transportes Ltda.", em Itapeva, os ora pacientes Sônia e Fabricio, agindo em concurso de agentes, reduziram tributo, fraudando a fiscalização tributária, mediante inserção de elementos inexatos em documentos fiscais, de forma continuada.

Os pacientes são proprietários da empresa "Cavani Transportes Ltda.", fraudando a fiscalização tributária, emitindo conhecimentos de transporte rodoviário de cargas com inserção de base de cálculo diversa da prevista em lei, resultando em recolhimento de tributo a menor pelo tomador de serviços. Assim agindo, deixaram de recolher R\$ 10.310,13 a título de I.C.M.S. (A.I.I.M. - auto de infração nº 3.108.027-3, fls. 10/12 e 390).

Após término do procedimento administrativo instaurado para apuração do fato e verificação do quantum devido, constatou-se que não houve a liquidação ou parcelamento do saldo remanescente do débito, originando inscrição na dívida ativa em 31 de janeiro de 2.011 (C.D.A. nº 1.006.883.020, fls. 389 e seguintes).

A denúncia preenche todos os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, de modo a permitir o exercício da ampla defesa. Descreveu com objetividade a atuação da paciente na empreitada criminosa. Há existência de elementos indicativos da ocorrência do fato e indícios que apontam os pacientes como culpados, ou seja, permitem os autos, em tese, a constatação da tipicidade da conduta e de indícios de autoria, e, em decorrência disso, da presença de justa causa para a ação penal.

Se são inocentes ou não, é questão que somente poderá ser analisada por ocasião da sentença final, uma vez que o habeas-corpus, pelo seu âmbito restrito e rito sumaríssimo, não é meio adequado para o exame aprofundado de provas que devem ser aperfeiçoadas dentro do crivo do contraditório.

Em acréscimo, conforme destacado no parecer ministerial, a ação deve prosseguir na medida em que há indícios de autoria do crime imputado; ademais, as alegações feitas adentram no campo probatório, não podendo ser analisadas nesta via.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pelo exposto, denega-se a ordem, com o retorno feito ao seu regular processamento.

Observa-se, inicialmente, que as questões suscitadas no recurso - ausência de dolo, inexistência de poderes de gerência de um sócios, atipicidade da conduta em razão da inscrição em dívida ativa apenas da multa tributária, pagamento do débito antes do recebimento da denúncia - não foram suficientemente enfrentadas pelo Tribunal *a quo*.

Não obstante as alegações dos recorrentes, não há uma só comprovação de que houve pagamento integral do débito antes do recebimento da multa ou de que a inscrição refere-se apenas a multa tributária. Ao contrário, dos documentos juntados, ressaí exatamente o contrário, havendo notícia de que foram pequenos feitos pagamentos parciais. Todavia, não consta qualquer parcelamento ou outra medida tendente a saldar a dívida (vide e-STJ fls. 53 e 58/59).

Ao que se tem dos autos, cuida-se de empresa familiar, da qual os recorrentes são os únicos sócios. Assim, a efetiva responsabilidade pela gerência/administração somente poderá ser averiguada a partir da instrução probatória.

Registro ser inviável a análise, no âmbito restrito do *habeas corpus*, de teses que, por sua própria natureza, demandam dilação probatória, como a de negativa de autoria ou ausência de dolo, que deverão ser apreciadas durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS. PLEITO DE TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL POR ATIPICIDADE DA CONDUTA, E, POR CONSEQÜÊNCIA, AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. INTEMPESTIVIDADE DO RECLAMO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. AUSENTE FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO ORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

I - Revela-se intempestivo o recurso ordinário interposto fora do prazo legal de cinco dias previsto no art. 30 da Lei n. 8.038/1990.

II - A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmaram no sentido de que 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. (Precedentes).

III - A apreciação, in casu, da inexistência de dolo para a prática dos crimes imputados ao paciente decorrerá apenas no momento do recebimento da denúncia ou durante a instrução processual, somente podendo ser objeto de trancamento por habeas corpus as situações que configurem flagrante ilegalidade, o que não ocorre no caso.

IV - Recurso ordinário não conhecido. (RHC 60.391/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I, DA LEI N. 8.137/1990). PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÕES DE ATIPICIDADE DA CONDUTA E DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO QUE DECRETOU A QUEBRA DO SIGILO FISCAL. DEBATE DOS TEMAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AFIRMAÇÃO DE ILEGALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO PENAL INSTAURADA APÓS O LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO. CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE EXISTENTE. COAÇÃO ILEGAL. AUSÊNCIA. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INICIAL QUE APONTA O RECORRENTE COMO RESPONSÁVEL PELAS OBRIGAÇÕES COM O FISCO. POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.

1. Evidenciado que o Tribunal a quo não debateu satisfatoriamente as questões relativas à atipicidade da conduta, consubstanciada na alegação de ausência de dolo específico de prestar declarações falsas às autoridades fiscais, bem como na inexistência de fundamentação na decisão que determinou a quebra do sigilo fiscal, não cabe a este Superior Tribunal o conhecimento originário dos temas, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Não prospera a afirmação de nulidade da ação penal em razão da instauração de inquérito policial antes da constituição definitiva do crédito tributário, quando evidenciado que antes da ação penal o procedimento administrativo fiscal foi encerrado com o lançamento definitivo do tributo. Tal mácula não é capaz de contaminar a ação penal, uma vez que a condição objetiva de punibilidade se encontra cumprida.

3. O trancamento de ação penal pela via eleita é cabível apenas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

4. Evidenciado que a inicial narra que o recorrente figurava no contrato social como o único administrador da empresa, a quem cabiam as obrigações perante o Fisco, no período de 8/1/1999 a 20/11/2001, infere-se que não se mostra inepta a denúncia, suficiente a autorizar o trancamento da ação penal.

5. A descrição fática, nessas condições, com uma narrativa congruente dos fatos, atende aos requisitos exigidos na lei, uma vez que nela estão reunidos todos os elementos necessários à caracterização do tipo penal de crime contra a ordem tributária, de forma suficiente não só para propiciar ao recorrente o escorreito exercício do contraditório e da ampla defesa, mas também para determinar o regular prosseguimento da ação penal contra ele deflagrada.

6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. RHC 28.621/CE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 08/03/2016).

Destarte, havendo indícios de fraude fiscal, pela adulteração da base de cálculo do ICMS, com descrição fática regular das condutas na denúncia, a permitir aos acusados o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, deve a ação penal prosseguir.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso ordinário.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0144254-0

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 33.346 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 126498020128260000 270.01.2011.001797-9 2700120110017979 RI0015C9K0000

EM MESA

JULGADO: 06/04/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SÔNIA MARIA CARNEIRO MARINHO CAVANI

RECORRENTE : FABRICIO MARINHO CAVANI

ADVOGADO : RODRIGO DE PAULA BLEY E OUTRO(S) - SP154134

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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