



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 40.555 - SP (2013/0293316-2)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : LUIZ CARLOS PELISSARI
RECORRENTE : LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI
ADVOGADO : VINÍCIUS MONTE SERRAT TREVISAN E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/1990). PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO PARCIAL DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPUTAÇÃO DAS CONDUTAS A AMBOS OS RECORRENTES. CORRÉ QUE NÃO FIGURA COMO SÓCIA-ADMINISTRADORA DA PESSOA JURÍDICA NO CONTRATO SOCIAL. AUSÊNCIA DE PODERES DE GESTÃO. DESCRIÇÃO DO MODO PELO QUAL A RECORRENTE PRATICOU A CONDUTA. INEXISTÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL APENAS EM RELAÇÃO A ELA. INÉPCIA QUE NÃO SE MOSTRA LATENTE EM RELAÇÃO AO DENUNCIADO, O QUAL FIGURA COMO ÚNICO ADMINISTRADOR DA EMPRESA, OSTENTANDO DEVERES PERANTE O FISCO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO EM RELAÇÃO A UMA DAS IMPUTAÇÕES CRIMINOSAS. CREDITAMENTO DO ICMS, EM RAZÃO DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTA ENTRE OS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. OPERAÇÃO QUE, POR SI SÓ, É INCAPAZ DE CONFIGURAR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO ÂMBITO DO STF (AI N. 768.491 RG/RS). CONFIGURAÇÃO DE, NO MÁXIMO, DÉBITO TRIBUTÁRIO NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DESCRIÇÃO DE CONDUTA DESTINADA A OMITIR OPERAÇÕES DO FISCO, COM O FIM DE FRAUDAR A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. VERIFICAÇÃO DE UMA OPERAÇÃO EM QUE O RECORRENTE INFORMOU TEREM SIDO OS PRODUTOS ADQUIRIDOS COM A ALÍQUOTA DE 17%, QUANDO, NA VERDADE, FOI DE 12%. PRÁTICA QUE SE SUBSUME À CONDUTA DE INSERIR ELEMENTOS INEXATOS, COM O FIM DE BURLAR A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. DEMAIS CONDUTAS QUE SE LIMITARAM A PROCEDER À OPERAÇÃO DE CREDITAMENTO DO ICMS, COM A DEVIDA ANOTAÇÃO NO LIVRO FISCAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO (VENCIDO O RELATOR NESTE PONTO).

1. Buscam os recorrentes o trancamento da ação penal que lhes imputa a prática de crime contra a ordem tributária (art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990), ao argumento de inépcia da denúncia e de atipicidade da conduta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento de ação penal pela via do *habeas corpus* é cabível apenas quando demonstrada a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria (HC n. 69.718/TO, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 11/4/2012; RHC n. 26.168/MG, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 21/11/2011).
3. Verificado que a denúncia imputa os fatos delituosos a ambos os recorrentes, sem individualizar a conduta da acusada, que não possui poderes de gestão dentro da empresa, deve ser trancada a ação penal em relação a ela, por configurar nítida hipótese de responsabilidade penal objetiva, uma vez que as condutas foram atribuídas com fundamento, apenas, no fato de ela figurar como sócia da pessoa jurídica em questão.
4. Deve ser mantida a ação penal em relação ao acusado que figura no contrato social como o único sócio-administrador da empresa, tendo em vista que a ele cabem as obrigações perante o Fisco.
5. As operações supostamente realizadas pelo recorrente, consistentes no creditamento do ICMS em razão da diferença da alíquota entre os estados da Federação, não são capazes, por si sós, de configurarem a prática de crime contra a ordem tributária, uma vez que, além de não se amoldarem à infração penal prevista no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, inexistente previsão legal de crime contra a ordem tributária que abranja a operação em questão, configurando, no máximo, a ocorrência de um débito tributário. Tal matéria encontra-se com repercussão geral reconhecida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no AI n. 768.491 RG/RS (vencido o Relator neste ponto).
6. Recurso parcialmente provido, apenas para determinar a anulação a ação penal em relação à recorrente, em razão da inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra seja proferida, sanando-se os vícios apontados. Recurso improvido em relação ao pleito de trancamento da ação penal por atipicidade da conduta, nos termos do voto divergente, que integrará o acórdão (vencido o Relator neste ponto).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz dando parcial provimento ao recurso em *habeas corpus* em relação à recorrente Lucilene Marcelina de Santana Pelissari, no que foi acompanhado pelas Sras. Ministras Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura, e a retificação de voto do Sr. Ministro Relator, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso em *habeas corpus* em relação à recorrente Lucilene Marcelina de Santana Pelissari, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator e, em relação ao recorrente Luiz Carlos Pelissari, por maioria,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

negar provimento ao recurso em *habeas corpus*, vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que lhe davam parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Assusete Magalhães. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz (voto-vista), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator quanto à recorrente Lucilene Marcelina de Santana Pelissari.

Os Srs. Ministros Rogério Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Assusete Magalhães quanto ao improvimento do recurso de Luiz Carlos Pelissari.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 19 de agosto de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 40.555 - SP (2013/0293316-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por **Luiz Carlos Pelissari** e **Lucilene Marcelina de Santana Pelissari** contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo assim ementado (fls. 82/87):

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA ENVOLVENDO ICMS. IMPOSSIBILIDADE NESTA VIA. ORDEM DENEGADA.

Narram os autos que o Ministério Público estadual denunciou os recorrentes como incurso no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990 (por duas vezes), na forma do art. 71 do Código Penal (fls. 44/46). Por conseguinte, o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Rancharia/SP recebeu a inicial acusatória oferecida pelo *Parquet* estadual e determinou a citação dos acusados para responderem à acusação (fl. 47).

Apresentadas as defesas preliminares pelos acusados, o Juízo de primeiro grau as rejeitou e manteve o regular prosseguimento da ação penal (fl. 74).

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* na colenda Corte de origem, que denegou a ordem (fls. 82/87 – *Habeas Corpus* n. 0037027-66.2013.8.26.0000).

Daí o presente recurso, em que se alega constrangimento ilegal consistente na instauração de ação penal contra os acusados, imputando-se-lhes a prática de crime contra a ordem tributária.

Sustentam os recorrentes que o Fisco informou equivocadamente ao Ministério Público a conduta deles como crime, interpretando equivocadamente a norma tributária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Argumentam que inexistente crime contra a ordem tributária, uma vez que não inseriram elementos inexatos ou fraudulentos na escrita fiscal ou contábil e não omitiram as obrigações escriturárias.

Aduzem terem eles, por meio da pessoa jurídica de que são gerentes-administradores, creditado ICMS – Imposto sobre a Comercialização de Mercadorias e Serviços – decorrente da diferença de alíquota, em razão da seletividade do produto, operação que foi integral e devidamente demonstrada ao Fisco.

Alegam que a denúncia não logrou individualizar a conduta de cada um deles de forma pormenorizada, e o Fisco procedeu a uma *simples presunção geral de crimes contra a ordem tributária e num procedimento padrão, formalizou representação ao MP* (fl. 98).

Acrescentam que a inépcia da denúncia configura ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como ao da dignidade da pessoa humana.

Informam, por fim, que *nem sequer há crime praticado pelos Pacientes uma vez que os mesmos, simplesmente interpretaram a norma tributária de forma mais favorável, utilizando-se do crédito do ICMS sob o fundamento da seletividade da alíquota em razão da essencialidade do produto da cesta básica, matéria esta inclusive sob apreciação pelo STF nos autos do RE nº 768.491* (fl. 106).

Postulam, então, o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja trancada a ação penal proposta contra eles.

Apresentadas contrarrazões (fls. 109/111) e admitido o recurso na origem (fl. 113), o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do apelo (fls. 120/123):

PENAL - PROCESSUAL PENAL - *HABEAS CORPUS* - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DECISÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA - INÉPCIA DA INICIAL - DENÚNCIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FATO TÍPICO, PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA.

- PARECER PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 40.555 - SP (2013/0293316-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Buscam os recorrentes o trancamento da ação penal que lhes imputa a prática de crime contra a ordem tributária (art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990), ao argumento de inépcia da denúncia e de atipicidade da conduta.

Ressalte-se, de início, que esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento de ação penal pela via do *habeas corpus* é cabível apenas quando demonstrada a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria (HC n. 69.718/TO, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 11/4/2012; RHC n. 26.168/MG, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 21/11/2011).

O Ministério Público estadual denunciou os recorrentes nos seguintes termos (fls. 44/46):

[...]

O representante do Ministério Público que esta subscreve, no exercício de suas atribuições legais vem pela presente oferecer denúncia por crimes cometidos contra a ordem tributária nos seguintes termos:

Consta do incluso inquérito policial que no dia 3 de março de 2008, no estabelecimento comercial denominado "Derco Comércio e Representação de Produtos Alimentícios LTDA", situado à Rua Portugal, nº 131, Vila Industrial, nesta cidade e Comarca de Rancharia, LUIZ CARLOS PELISSARI e LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI, qualificado (sic) as fls. 4, inseriram elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal, quando creditaram indevidamente o pagamento do tributo ICMS (Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços) no valor R\$ 2.467,80 (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos), acabando por fraudar a fiscalização tributária.

Consta ainda, que no período compreendido entre o dia 21 de março de 2008 a 31 de dezembro de 2008, no estabelecimento comercial denominado "Derco Comércio e Representação de Produtos Alimentícios LTDA", situado à Rua Portugal, nº 131, Via Industrial, nesta cidade e Comarca de Rancharia, LUIZ CARLOS PELISSARI e LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI, qualificado as fls. 4, agindo com o mesmo *modus operandi*,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

novamente inseriram elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal, quando creditaram, reiterada e indevidamente, o pagamento do tributo ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços) no valor de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos), fraudando, pois, a fiscalização tributária.

Apurou-se pelo AIIM nº 3.129.772-9, Item I-2, que os denunciados, no dia 3 de março de 2008, creditaram indevidamente do ICMS a quantia de R\$ 2.467,80 (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos), em decorrência da escrituração no livro de entradas de crédito do imposto a maior, destacados, nas notas fiscais emitidas pela empresa Cardume Industria e Comércio de Peixes.

Também é dos autos o AIIM nº 3.129.772-9, Item I-1, que atesta o período compreendido entre 21 de março de 2008 a 31 de dezembro de 2008, oportunidade em que os denunciados, de forma continuada, adquiriram produtos (charque, linguiça, mortadela e salsicha) de fornecedores de outros Estados utilizando alíquota de 12% e revenderam-nas dentro do Estado de São Paulo com alíquota de 7%. Assim, creditaram no tributo ICMS, indevidamente, a diferença de alíquota correspondente a 5%, que atingiu o montante de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos).

Os agentes fiscais que realizaram a vistoria e posterior auto de infração (fls. 12/15), onde constatarem os crimes descritos praticados pelos denunciados.

O ofício emitido pelo Delegado Regional Tributário Substituto da conta de que o denunciado apresentou defesa administrativa com relação ao delito evidenciado no Item I-1 do AIIM, deixando transcorrer *in albis* o prazo para contestar delito previsto no item I-2 (fls. 28).

Atualmente as duas infrações constituídas pelo lançamento tributário de ofício transitaram em julgado, tendo sido encaminhadas para inscrição na dívida ativa.

[...]

O Tribunal de origem denegou a ordem mediante a seguinte fundamentação (fls. 85/87):

[...]

A presente ordem deve ser denegada.

Segundo os termos da Denúncia copiada a fls. 20/22, o PACIENTE responde, em tese, por violação da norma do artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90.

Alega o IMPETRANTE, em síntese, que não há justa causa para o prosseguimento da Ação Penal, em especial porque todas as operações de compra e venda foram devidamente demonstradas ao fisco.

Mas sem razão.

Para o trancamento da Ação Penal por falta de justa causa, mister é a demonstração clara, de imediato, inequívoca de que os PACIENTES nada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

têm com o procedimento judicial instaurado para a apuração de responsabilidades penais, fato este que não foi apresentado nesta ORDEM, impossibilitando, por intermédio dos dados aqui colacionados, aferir-se, de pronto, a ausência de justa causa alegada e não bem caracterizada na Inicial.

O trancamento da Ação Penal só deve ocorrer em casos muito especiais, onde é flagrante a inexistência dos elementos processuais próprios para a sua existência jurídica.

No caso em pauta, tangenciando as provas constantes nesta ORDEM, como deve ocorrer nesta estreita via constitucional, a justa causa encontra-se, em tese, presente.

Sobre tal tema, dominante a jurisprudência de nossos Tribunais no sentido de que *"o trancamento de ação penal por falta de justa causa, postulado na via estreita do habeas corpus, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos na denúncia, se constata que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente."* (in RSTJ., 94/353).

Por fim, não se verifica a alegada inépcia da Denúncia por vício na descrição dos fatos.

Em crimes da espécie não há necessidade de minuciosa individualização da atuação de cada um dos agentes do delito, em atenuação aos rigores do artigo 41, do Código de Processo Penal, bastando que haja a descrição do fato criminoso e de suas circunstâncias de forma suficiente a proporcionar aos réus o exercício da ampla defesa, tal como nos presentes autos se verificou.

[...]

O art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990 possui a seguinte redação:

[...]

Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

[...]

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

[...]

Da atenta análise da inicial acusatória, observa-se que:

a) o membro do Ministério Público fez referência ao contido no inquérito policial, imputando aos acusados, em conjunto, a prática da conduta praticada, em tese, no dia 3/3/2008, consistente em creditar indevidamente o pagamento do ICMS no valor de R\$ 2.467,80 (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais, e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oitenta centavos), *acabando por fraudar a fiscalização tributária*.

b) em seguida, o membro do *Parquet* imputou a ambos os acusados a conduta cometida no período de 21/3/2008 a 31/12/2008, consistente em creditar, reiterada e indevidamente, o pagamento do ICMS no valor de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos), *fraudando, pois, a fiscalização tributária*;

c) ato contínuo, fez-se menção ao modo como as condutas delituosas foram, em tese, praticadas;

d) por fim, fez-se referência à constatação das condutas pelos agentes fiscais, bem como ao fato de que os pacientes só apresentaram defesa administrativa em relação à segunda conduta delituosa;

e) terminou o *Parquet* estadual por imputar a ambos os pacientes a conduta prevista no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, na forma do art. 71 do Código Penal.

Ao imputar aos acusados, de forma conjunta, as condutas delituosas descritas na denúncia, o Ministério Público procedeu do seguinte modo (grifo nosso):

[...]

Consta do incluso inquérito policial que no dia 3 de março de 2008, no estabelecimento comercial denominado "Derco Comércio e Representação de Produtos Alimentícios LTDA", situado à Rua Portugal, nº 131, Vila Industrial, nesta cidade e Comarca de Rancharia, LUIZ CARLOS PELISSARI e LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI, qualificado (*sic*) as fls. 4, **inseriram elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal, quando creditaram indevidamente o pagamento do tributo ICMS** (Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços) no valor R\$ 2.467,80 (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos), **acabando por fraudar a fiscalização tributária**.

Consta ainda, que no período compreendido entre o dia 21 de março de 2008 a 31 de dezembro de 2008, no estabelecimento comercial denominado "Derco Comércio e Representação de Produtos Alimentícios LTDA", situado à Rua Portugal, nº 131, Via Industrial, nesta cidade e Comarca de Rancharia, **LUIZ CARLOS PELISSARI e LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI, qualificados as fls. 4, agindo com o mesmo *modus***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

operandi, novamente inseriram elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal, quando creditaram, reiterada e indevidamente, o pagamento do tributo ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços) no valor de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos), fraudando, pois, a fiscalização tributária.

Apurou-se pelo AIIM nº 3.129.772-9, Item I-2, que **os denunciados, no dia 3 de março de 2008, creditaram indevidamente do ICMS a quantia de R\$ 2.467,80** (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos), em decorrência da escrituração no livro de entradas de crédito do imposto a maior, destacados, nas notas fiscais emitidas pela empresa Cardume Industria e Comércio de Peixes.

Também é dos autos o AIIM nº 3.129.772-9, Item I-1, que atesta o período compreendido entre 21 de março de 2008 a 31 de dezembro de 2008, oportunidade em que **os denunciados, de forma continuada, adquiriram produtos** (charque, linguiça, mortadela e salsicha) de fornecedores de outros Estados utilizando alíquota de 12% e revenderam-nas dentro do Estado de São Paulo com alíquota de 7%. Assim, **creditaram no tributo ICMS, indevidamente, a diferença de alíquota correspondente a 5%**, que atingiu o montante de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos).

[...]

Da detida leitura do apenso 1, verifica-se, no contrato social da pessoa jurídica, que os denunciados são sócios e que somente o acusado Luiz Carlos Pelissari é o responsável pela administração da empresa, aparecendo a corré, Lucilene Marcelina de Santana Pelissari, apenas como sócia minoritária.

Confirmam-se, no que interessa, trechos das cláusulas que comprovam o afirmado (fl. 141 – apenso 1):

[...]

CLÁUSULA 5ª - A responsabilidade de cada sócio é restritiva ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

CLÁUSULA 6ª - A administração da sociedade cabe ao sócio Luiz Carlos Pelissari, isoladamente, com os poderes e atribuições de representá-la perante órgãos públicos, instituições financeiras e comerciais, autorizado o uso do nome empresarial, vedado, no entanto, em atividades estranhas ao interesse social ou assumir obrigações seja em favor de qualquer dos quotistas ou de terceiros, bem como onerar ou alienar imóveis da sociedade, sem autorização do outro sócio.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, em relação à recorrente Lucilene Marcelina de Santana Pelissari, a denúncia se apresenta inepta, configurando nítida hipótese de responsabilidade penal objetiva, uma vez que as condutas foram imputadas com fundamento, apenas, no fato de ela figurar como sócia da pessoa jurídica em questão.

Confira-se, a propósito, apenas para corroborar a informação, trecho do depoimento do corréu perante a autoridade policial (fl. 55 – apenso 1):

[...]

Inquirido (a) pela Autoridade Policial, respondeu: Que é sócio-proprietário da empresa Derco Comércio e Representação de Produtos Alimentícios, da qual também é sócia-proprietária a sua esposa, Lucilene Marcelina de Santana Pelissari; entretanto, somente o declarante é o responsável pela administração da empresa; confirma que houve fiscalização em sua empresa, por parte da Fazenda Estadual Paulista, na qual foi constatada irregularidade, tratando-se de notas fiscais extraviadas, sendo lavrado Auto de Infração e aplicada multa à sua empresa;

[...]

Evidenciado que o membro do Ministério Público deixou de demonstrar o indispensável nexos causal entre a conduta da recorrente Lucilene Marcelina de Santana Pelissari e o resultado, bem como o modo pelo qual a acusada praticou a imputação, tal situação conduz ao trancamento da ação penal em relação a ela.

Nesse sentido:

CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME SOCIETÁRIO. IMPUTAÇÃO BASEADA NA CONDIÇÃO DE SÓCIO DA EMPRESA. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA CONDUTA DO ACUSADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. COTISTA MINORITÁRIO E SEM PODERES DE ADMINISTRAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA NÃO ADMITIDA. ANULAÇÃO DO FEITO DETERMINADA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E DE PROVAS DA PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE NA CONDUTA DELITUOSA. ARGUMENTOS PREJUDICADOS. ORDEM CONCEDIDA.

I. Nos crimes societários, a denúncia é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as condutas individuais dos acusados, demonstra um liame entre o agir dos pacientes e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa.

II. Hipótese em que a peça acusatória limitou-se a correlacionar os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sócios da empresa e a eles imputar a suposta prática criminosa, sem que o *Parquet* tenha estabelecido qualquer vínculo entre os denunciados e a empreitada criminosa a eles imputada.

III. Paciente que é sócio minoritário da empresa e não ostenta poderes de gestão.

IV. A mera alusão ao fato de ser o paciente sócio da empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a condição de cotista, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva.

V. Deve ser declarada a inépcia da denúncia e determinada a anulação da ação penal instaurada em relação ao paciente, restando prejudicados os argumentos relativos à ausência de provas de autoria do delito, bem como de carência de justa causa para persecução penal.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC n. 143.508/MG, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 22/11/2010 – grifo nosso)

O mesmo não se pode afirmar em relação ao recorrente Luiz Carlos Pelissari, que figura no contrato social como o único administrador da empresa, a quem cabem as obrigações perante o Fisco, donde se infere que não se mostra, em relação a ele, a manifesta inépcia da denúncia, suficiente a autorizar o trancamento prematuro da ação penal.

Importante consignar que, nos crimes societários, de autoria coletiva, a doutrina e a jurisprudência têm abrandado o rigor do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, dada a natureza dessas infrações, uma vez que nem sempre é possível, na fase de formulação da peça acusatória, realizar uma descrição detalhada da atuação de cada um dos indiciados, de forma que se tem admitido um relato mais generalizado do comportamento tido como delituoso.

Assim sendo, a descrição fática em relação ao recorrente Luiz Carlos Pelissari, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prosseguimento da ação penal contra ele deflagrada.

Conforme já decidiu este Superior Tribunal, *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, caracterizado pela condição de sócios ou administradores da empresa, 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* (HC n. 220.164/MT, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 20/6/2012).

De mais a mais, cumpre realçar que não há como se exigir que toda denúncia narre minuciosamente todos os detalhes do delito supostamente cometido, tendo em vista que inúmeras outras questões importantes somente serão elucidadas durante a fase instrutória e eventualmente até em favor do próprio acusado.

Resta, portanto, a análise da alegação de atipicidade da conduta apenas em relação ao recorrente Luiz Carlos Pelissari.

O cerne da questão consiste em verificar se a conduta imputada ao recorrente configuraria o crime acima descrito.

Antes, será necessária uma breve digressão a respeito da operação realizada pelo recorrente, a fim de verificar se as condutas a ele imputadas são capazes de se subsumir ao tipo penal em análise.

Da atenta análise dos autos, observa-se que a ação penal em questão cuida da suposta redução do Imposto sobre a Comercialização de Mercadorias e Serviços – ICMS, por meio de fraude à fiscalização tributária.

Ao que se tem, o recorrente, por duas vezes e sob o mesmo *modus operandi*, adquiriu *produtos (charque, linguiça, mortadela e salsicha)* de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fornecedores de outros Estados utilizando alíquota de 12% e revenderam-nas dentro do Estado de São Paulo com alíquota de 7%. Assim, creditaram no tributo ICMS, indevidamente, a diferença de alíquota correspondente a 5% (fl. 45).

Tendo em vista o princípio da não cumulatividade do ICMS, previsto no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal, a doutrina tem admitido o aproveitamento do crédito resultante de operações interestaduais feitas comumente por supermercados e outras empresas de ramos semelhantes, decorrente da disparidade da alíquota de determinados produtos e serviços nos estados da Federação.

Vale dizer, a título de exemplo, um supermercado de São Paulo recebe mercadorias decorrentes de outro estado, em que a alíquota do ICMS para os produtos da cesta básica é de 12%, maior que no Estado de São Paulo (7%), em que há redução para os referidos produtos. Nessa hipótese, adquirindo produtos com alíquota maior que 7%, ocorrerá perda, por parte do contribuinte comprador, no percentual de 5%, fração que não poderá ser repassada ao consumidor final da mercadoria, real sujeito passivo, responsável pelo adimplemento do imposto.

Daí a possibilidade de o contribuinte lançar em sua escrita fiscal os créditos de ICMS apurados nas operações ou prestações anteriormente realizadas, para, em momento oportuno, utilizá-los como crédito desse tributo.

Segundo ensina Roque Antonio Carraza:

III - Recordamos que em diversas oportunidades o Pretório Excelso já se pronunciou no sentido de que o princípio da não cumulatividade do ICMS, longe de encerrar mera recomendação, que o legislador ou o administrador fazendário seguirão, por boa, ou rejeitarão, por inconsistente, veicula norma cogente, vale dizer, de obediência obrigatória.

Também pontificou que essa norma, que se hospeda nas dobras do art. 155, § 2º, I, da CF, é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, independendo, por via de consequência, da edição de preceitos inferiores para irradiar todos os seus efeitos.

Destas decisões, que encerram profundas lições doutrinárias, decorre que em cada operação ou prestação é assegurada ao contribuinte um dedução correspondente aos montantes de ICMS relativos às operações ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prestações anteriores, independentemente de ter havido, ou não, o efetivo recolhimento do tributo, salvo se presentes situações de isenção ou não incidência (cf. art. 155, § 2º, II, da CF).

Daí porque se tornou assente ter o contribuinte o direito de lançar em sua escrita fiscal os créditos de ICMS apurados nas operações ou prestações anteriormente realizadas, para, no momento oportuno, utilizá-los como "moeda de pagamento" deste tributo.

[...]

VIII - O Texto Supremo introduziu, em seu art. 155, § 2º, I, uma compensação obrigatória.

Temos, aqui, hipótese idêntica à contemplada no art. 153, § 3º, II, da CF, que determina que o IPI "será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores".

Deveras, em ambos os casos estão presentes direitos de abatimento, que não podem navegar ao sabor de critérios legais ou fazendários. Pelo contrário, neles, o contribuinte recebeu da Constituição, o direito de solver, por compensação, dívidas tributárias (de IPI e de ICMS).

Retornando ao ponto central, **o regime de compensação de créditos da não cumulatividade do ICMS não se encontra subordinado à higidez jurídica dos benefícios fiscais ou financeiros que alcançam os fornecedores de mercadorias adquiridas.**

De fato, na "dedução" (*detrazione*) do tributo não cumulativo - no caso do ICMS - calcula-se o montante devido em operações (ou prestações) anteriores, e os créditos acumulados são apresentados como moeda escritural, na conta-corrente fiscal, com o fito de determinar-se a base de cálculo do tributo devido. E isso independentemente de, nas operações (ou prestações) anteriores, existirem benefícios fiscais ou financeiros respaldados em convênios interestaduais.

(CARRAZA, Roque Antonio. *ICMS*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, págs. 388 e 391 – grifo nosso)

A questão é objeto, inclusive, de repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal, nos autos do AI n. 768.491/RS, tendo o Ministro Relator, Gilmar Mendes, consignado que (grifo nosso):

[...]

A questão constitucional posta nestes autos diz respeito à possibilidade de aproveitamento integral dos créditos relativos ao ICMS pago na operação antecedente, nas hipóteses em que a operação subsequente é beneficiada pela redução da base de cálculo.

No entender da Primeira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a decisão recorrida estaria em conformidade com a jurisprudência dominante neste Supremo Tribunal Federal, que, desde o julgamento do Recurso Extraordinário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nº 174.478, Rel. Marco Aurélio, Redator p/acórdão Min. Cezar Peluso, DJ 30.9.2005, teria fixado o entendimento segundo o qual seria vedado o aproveitamento integral do crédito relativo ao ICMS incidente sobre os produtos que se beneficiam com a base de cálculo reduzida.

A agravante afirma que o referido precedente não retrataria o entendimento dominante na Corte, haja vista a existência de manifestações em sentido contrário, tanto anteriores quanto posteriores à sua prolação. Por conseguinte, seria inaplicável o disposto no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

No recurso extraordinário, alega violação ao art. 155, § 2º, II, b, da Constituição.

Observados os demais requisitos de admissibilidade, passo à análise da existência de repercussão geral.

O Plenário deste Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Agravo de Instrumento nº 715.423-QO, Rel. Ellen Gracie, firmou entendimento, posteriormente confirmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 540.510-QO, Rel. Cezar Peluso, no sentido de que também se aplica o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil aos recursos interpostos contra acórdãos publicados antes de 3 de maio de 2007 que veiculem tema cuja a repercussão geral foi reconhecida.

Dessa forma, submeto ao Plenário Virtual para que sejam aplicados os efeitos legais da repercussão geral.

Verifico que a questão atinente à possibilidade de aproveitamento integral dos créditos relativos ao ICMS nas hipóteses de redução parcial da base de cálculo como, por exemplo, o caso da cesta básica e da venda subsidiada de aparelhos telefônicos - ultrapassa o interesse subjetivo das partes. É que o tema alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria.

Revela-se, portanto, questão que alcança relevância econômica, política, social e jurídica, e que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

Ressalte-se a repetição do tema em vários processos.

Por fim, verifica-se que, não obstante o aresto proferido no RE nº 174.478, Rel. Marco Aurélio, Redator p/acórdão Min. Cezar Peluso, DJ 30.9.2005, segundo o qual seria vedado o aproveitamento integral do crédito nas hipóteses de redução da base de cálculo, a questão ainda não se encontra pacificada no âmbito desta Corte, haja vista a existência de decisões posteriores em sentido oposto àquele entendimento (cf. RE 239.632, Rel. Eros Grau, DJ 3.2.2006).

[...]

Assim, as operações supostamente realizadas não são capazes, por si sós, de configurar a prática de crime contra a ordem tributária, uma vez que, além de não se amoldarem à infração penal prevista no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, inexistente previsão legal de crime contra a ordem tributária que abranja a operação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em questão, configurando, no máximo, a ocorrência de um débito tributário. Não houve na denúncia, quanto a essa questão em particular, nenhuma referência específica à inserção de elementos inexatos, ou omissão de operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal.

Novamente nos socorre Roque Antonio Carraza, para quem:

Em nosso ordenamento constitucional não há crime por dívida tributária. De fato, o Direito brasileiro não pune nem as dívidas pecuniárias, nem aquilo que algumas legislações estrangeiras chamam de delitos de risco [...]

Não queremos, em absoluto, sustentar que o contribuinte do ICMS não pode cometer crimes contra a ordem tributária. **Sem dúvida que os cometerá, pelo menos em tese, se ocultar da autoridade fiscal fato relevante para o surgimento da obrigação de pagar tal tributo. Isto ocorrerá quando omitir declaração que tinha o dever legal de fazer à autoridade fiscal (v.g., quando vender mercadoria "a descoberto de nota fiscal").** Também, em princípio, cometerá esta modalidade de delito quando dolosamente deturpar fatos em prejuízo da Fazenda Pública, isto é, alterar situações que devem ser do conhecimento do Fisco, fornecendo-lhe documentos falsos (v.g., produzindo o derramamento de "notas frias"), adulterando a escrita contábil, constituindo "empresas fantasmas" etc. **Nenhum crime cometerá, porém, apenas quando deixar de recolher o ICMS após ter feito corretamente todas as anotações de estilo.**

Em suma, falta tipicidade na conduta do contribuinte que declara e não paga seu débito de ICMS.

(CARRAZA, Roque Antonio. *Op. cit.*, pág. 698 – grifo nosso)

Conclui-se, dos trechos transcritos, que não é a operação em si que configura a prática do crime previsto no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas a conduta destinada a ocultar fato relevante do Fisco, a fim de suprimir ou reduzir o pagamento do tributo.

Realizadas as devidas digressões a respeito das operações realizadas, resta, para finalizar a análise da tipicidade da conduta, verificar se o membro o Ministério Público descreve alguma prática no sentido de ocultar ou dissimular tais procedimentos do Fisco.

Segundo consta da denúncia, o recorrente, por duas vezes, uma em 3/3/2008 e outra no período de 21/3/2008 a 31/12/2008, inseriu *elementos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inexatos em livro exigido pela lei fiscal, quando creditaram, reiterada e indevidamente, o pagamento do tributo ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços) [...] fraudando, pois, a fiscalização tributária.

Assim, cabe verificar em que consiste a inserção de "elementos *inexatos*" no livro exigido pela lei fiscal, a fim de verificar se as condutas delituosas imputadas se subsumem ao tipo penal em questão.

Ao que se tem dos autos, foi instaurado o Auto de Infração e Imposição de Multa n. 3.129.772-9, no qual se apurou a prática de condutas que foram separadas em dois itens.

No item I-1, constam as operações realizadas no período de 21/3/2008 a 31/12/2008, que creditaram indevidamente ICMS no valor de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos), por meio da aquisição de produtos de cesta básica, de outro estado da Federação, tributados com alíquota de 12%, e revenda, dentro do Estado, com a alíquota de 7%.

Confira-se (fl. 145 – apenso 3):

[...]

Com referência ao item 1 do AIM, o contribuinte adquiriu em 2008 de fornecedores de outros estados, e revendeu dentro do Estado as seguintes mercadorias: charque, linguiça, mortadela e salsicha, creditando em seu livro de registro de entrada um crédito correspondente a alíquota de 12%, conforme demonstrativo anexo, de fls. 09 a 16.

[...]

Evidenciado nos autos que o recorrente, em relação à operação em questão, limitou-se a inserir no livro fiscal pertinente apenas a informação a respeito da operação efetivamente realizada, não se mostra típica a conduta imputada pelo *Parquet* estadual, uma vez que não se vislumbra conduta destinada a fraudar, neste ponto, a fiscalização tributária, podendo existir, no máximo, conforme afirmado, um débito tributário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O presente *habeas corpus* não está suficientemente instruído com cópias dos documentos relacionados à operação realizada em 3/3/2008, inserida no "Item I-2" do AIIM, visto que, como o recorrente não apresentou defesa perante a autoridade Fiscal em relação a este item, os autos do procedimento administrativo foram desmembrados, constando apenas os documentos referentes às operações realizadas no período de 21/3/2008 a 31/12/2008.

No entanto, da atenta análise da denúncia e dos documentos constantes dos três apensos, constata-se que o Item I-2 se refere à operação realizada no dia 3/3/2008, que resultou no creditamento do ICMS no valor de R\$ 2.467,80 (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos), mas com a peculiaridade de que, no livro exigido pela lei fiscal, foi inserida a informação de que os produtos foram adquiridos com a alíquota de 17%, quando, na verdade, teriam sido recebidos com a mesma alíquota de 12%.

Confira-se, no que interessa, trecho do depoimento prestado pelo agente fiscal de rendas perante a autoridade policial (fl. 65 – apenso 1 – grifo nosso):

[...] com referência ao item 02, o contribuinte adquiriu mercadorias de fornecedor de outro estado - Cardume Ind. e Comercio de Peixes Ltda - do Estado de Santa Catarina, sendo destacado em seus documentos, alíquota de 17%, sendo que o correto seria 12%, ficando constatado o creditamento a maior; que pelas irregularidades constatadas, foi lavrado o devido Auto de Infração e Imposição de Multa [...]

Do trecho transcrito observa-se a existência de indícios de que, em ao menos uma operação realizada, o recorrente, em tese, inseriu elementos inexatos, ludibriando a fiscalização tributária, razão pela qual se mostra inviável o trancamento, neste ponto, da ação penal de que cuidam estes autos, pois tal situação revela que, ao fazer referência à "*inserção de elementos inexatos*", o Ministério Público referiu-se, também, a esses dados.

Assim, conclui-se ser atípica a conduta imputada ao recorrente apenas em relação ao Item I-1, que se refere à operação realizada no período de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

21/3/2008 a 31/12/2008, que resultou no creditamento do ICMS no valor de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos), pois tal operação foi devidamente lançada no livro fiscal pertinente, estando patente nos autos a inexistência de conduta destinada a fraudar a fiscalização tributária.

Neste particular, porém, fiquei vencido, nos termos do voto da Ministra Assusete Magalhães, acompanhada pelos Ministros Rogério Schietti e Marilza Maynardi (Desembargadora convocada do TJ/SE).

Em face do exposto, dou **parcial provimento** ao recurso para anular a ação penal em relação à recorrente Lucilene Marcelina de Santana Pelissari, em razão da inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra seja proferida, sanando-se os vícios apontados. Uma vez que fiquei vencido no tocante ao trancamento da ação penal por atipicidade da conduta em relação ao recorrente Luiz Carlos Pelissari, relativa à operação realizada no período de 21/3/2008 a 31/12/2008, a qual resultou no creditamento do ICMS no valor de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos), voto-vista parcialmente divergente integrará este acórdão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0293316-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 40.555 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00370276620138260000 20130000328232 370276620138260000 4910120100039727

EM MESA

JULGADO: 12/12/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ CARLOS PELISSARI
RECORRENTE : LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI
ADVOGADO : VINÍCIUS MONTE SERRAT TREVISAN E OUTRO(S)
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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator dando parcial provimento ao recurso, pediu vista a Sra. Ministra Assusete Magalhães. Aguardam os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 40.555 - SP (2013/0293316-2)

VOTO-VISTA

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Recurso Ordinário em **Habeas corpus**, interposto por LUIZ CARLOS PELISSARI e LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI, com fundamento no art. 105, II, **a**, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem, no julgamento do HC 0037027-66.2013.8.26.0000, no qual se postulava o trancamento da Ação Penal 491.01.2010.003972-7, por falta de justa causa e inépcia da denúncia.

O acórdão impugnado traz a seguinte ementa:

"HABEAS-CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA ENVOLVENDO ICMS. IMPOSSIBILIDADE NESTA VIA. ORDEM DENEGADA" (fl. 84e).

Consta dos autos que foi oferecida denúncia (fls. 44/46e) contra os recorrentes, sendo-lhes imputada a prática, por duas vezes, do delito previsto no art. 1º, II, da Lei 8.137/90, na forma do art. 71 do Código Penal.

Neste recurso, reiteram os recorrentes os fundamentos já apresentados ao Tribunal **a quo**, sustentando, em síntese, haver constrangimento ilegal, em razão do recebimento da denúncia, que sustentam ser inepta, porque teria deixado de lhes imputar condutas delituosas específicas e individualizadas, havendo, na hipótese, afronta ao disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, bem como aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Argumentam, ainda, que não haveria crime contra a ordem tributária, porque não houve, em momento algum, a inserção de elementos inexatos ou fraudulentos na escrita fiscal ou contábil, tampouco a omissão de escrituração obrigatória, mas tão somente a interpretação da norma tributária de forma mais favorável à empresa, em desconformidade com o entendimento do Fisco. Salientam, nesse contexto, que os recorrentes apenas se utilizaram do crédito de ICMS, "sob o fundamento da seletividade da alíquota em razão da essencialidade do produto da cesta básica, matéria esta inclusive sob apreciação pelo STF nos autos do RE nº 768.491" (fl. 106e).

Sustentam, **in verbis**:

"O CRIME contra ordem tributária ocorreria se o contribuinte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Pacientes) inserissem elementos inexatos ou fraudulentos na escrita fiscal ou contábil ou omitissem as obrigatórias escriturações, **situação esta que não ocorreu**. Diante disto onde está o crime? Não há crime contra ordem tributária neste caso concreto.

O MP denunciou de forma genérica os pacientes, tudo em desconformidade ao artigo 41 do CPP e as jurisprudência do STJ e STF à respeito do tema.

O cerne da questão é que a pessoa jurídica dos Pacientes creditou o ICMS decorrente da diferença de alíquota em razão da seletividade do produto (produtos da cesta básica).

A Receita Estadual Paulista entende que não tratar-se-ia deste instituto, ou seja, deveria haver o estorno do crédito por se tratar de redução de base de cálculo.

O crime, por exemplo, estaria configurado, se algumas destas notas fiscais representativas da aquisição de mercadorias que geram direito ao crédito fossem fraudulentas. Pois bem. Não é isto que ocorre no caso concreto.

O fato é que independentemente das interpretações da empresa dos Pacientes diversa do Fisco, não houve qualquer prática de crime contra ordem tributária, uma vez que toda a operação foi devidamente demonstrada ao fisco, seja o débito, seja o crédito e a documentação que os materializam. (inclusive segundo as normas da ciência da contabilidade)

Os pacientes apresentaram HC perante o E. e.r. TJSP, alegando em síntese:

- a) Não houve qualquer sonegação de documentos de natureza fiscal e muito menos contábil pelos Pacientes. Todos os documentos contábeis e fiscais com registro das operações foram entregues ao fisco; (fls. 512/513 e 514)
- b) Não houve qualquer sonegação de quaisquer operações de compra e venda (registro de saída e entrada) realizada pela empresa dos Pacientes; (doc. nº 502 e 503)
- c) O crédito de ICMS utilizado pela empresa dos Pacientes é legítimo até mesmo porque a matéria ganhou repercussão geral no STF nos autos do RE nº 768.491/RS.
- d) A pessoa jurídica dos Pacientes propôs ação anulatória do débito objeto de auto de infração em função do estorno indevido dos créditos (doc. nº 627 à 649)
- e) Os próprios fiscais da Receita Estadual declaram às fls. 62 e 64 da Ação Penal, que todos os documentos fiscais foram analisados, inclusive de todas as compras e vendas.
- f) Enquanto o Fisco entende ser estornado o crédito de ICMS em função de redução de base de cálculo, o contribuinte entende que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se trata desse instituto e sim do instituto do diferencial de alíquota em razão da seletividade do produto (cesta básica).

(...)

Não obstante sequer há crime praticado pelos Pacientes uma vez que os mesmos, **simplesmente interpretaram a norma tributária de forma mais favorável, utilizando-se do crédito de ICMS sob o fundamento da seletividade da alíquota em razão da essencialidade do produto da cesta básica matéria esta inclusive sob apreciação pelo STF nos autos do RE nº 768.491"** (fls. 95/106e).

Requerem, assim, o provimento do recurso, concedendo-se a ordem de **habeas corpus**, a fim de determinar o trancamento da Ação Penal que ora se questiona, em trâmite na 1ª Vara Criminal da Comarca de Rancharia/SP.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 120/123e)

Em 12/12/2013, o Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Relator, apresentou o feito em mesa, para julgamento, dando parcial provimento ao recurso, para, quanto ao paciente Luiz Carlos Pelissari, "a) trancar a ação penal em relação ao fato delituoso praticado em 3/3/2008, que resultou no creditamento do ICMS no valor de R\$ 2.467,80 (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos); e b) trancar a ação penal em relação à recorrente Lucilene Marcelina de Santana Pelissari".

Na ocasião, ressaltou o Relator, ao analisar a tese de atipicidade das condutas, que "as operações supostamente realizadas pelos recorrentes não são capazes, por si sós, de configurarem a prática de crime contra a ordem tributária, uma vez que além de não se amoldarem à infração penal prevista no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, inexistente previsão legal de crime contra a ordem tributária que abranja a operação em questão, configurando, no máximo, a ocorrência de um débito tributário. Não houve na denúncia, quanto a esta questão em particular, nenhuma referência específica à inserção de elementos inexatos, ou omissão de operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal".

Acrescentou, ainda, que, em relação às "operações realizadas no período de 21/3/2008 a 31/12/2008, que creditaram indevidamente ICMS no valor de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos), por meio da aquisição de produtos de cesta básica, de outro Estado da Federação, tributados com alíquota de 12%, e revenda, dentro do Estado, com a alíquota de 7%", os recorrentes "limitaram-se a inserir no livro fiscal pertinente apenas a informação a respeito da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

operação efetivamente realizada, [pelo que] não se mostra típica a conduta imputada pelo *parquet* estadual, uma vez que não se vislumbra conduta destinada a fraudar, neste ponto, a fiscalização tributária, podendo existir, no máximo, conforme afirmado, um débito tributário".

No tocante à operação realizada em 03/03/2008, que resultou no creditamento de ICMS no valor de R\$ 2.467,80 (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos), concluiu o Relator pela "existência de indícios de que em ao menos uma operação realizada, os recorrentes, em tese, inseriram elementos inexatos, ludibriando a fiscalização tributária, razão pela qual se mostra inviável o trancamento, neste ponto, da ação penal de que se cuida".

Por fim, salientou que, "em relação à recorrente Lucilene Marcelina de Santana Pelissari, a denúncia se apresenta inepta, configurando nítida hipótese de responsabilidade penal objetiva, uma vez que as condutas foram imputadas com fundamento, apenas, no fato de ela figurar como sócia da pessoa jurídica em questão", concluindo que "o membro do Ministério Público deixou de demonstrar o indispensável nexos causal entre a conduta da recorrente e o resultado, bem como o modo pelo qual a acusado praticou a imputação, tal situação conduz ao trancamento da ação penal em relação a ela".

Para melhor análise das questões abordadas no presente recurso, pedi vista dos autos.

Como destacado, o eminente Relator entendeu ser "atípica a conduta imputada aos pacientes apenas em relação ao Item I-1, que se refere à operação realizada no período de 21/03/2008 a 31/12/2008, que resultou no creditamento do ICMS no valor de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos), pois tal operação foi devidamente lançada no livro fiscal pertinente, estando patente nos autos a inexistência de conduta destinada a fraudar a fiscalização tributária".

Entendeu, ainda, típica a outra conduta, relativa à operação realizada no dia 03/03/2008 e que resultou no creditamento do ICMS, no valor de R\$ 2.467,80 (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos), **in verbis**:

" O presente *habeas corpus* não está suficientemente instruído com cópias dos documentos relacionados à operação realizada em 3/3/2008, inserida no 'Item I-2' do AIIM, uma vez que como os recorrentes não apresentaram defesa perante a autoridade Fiscal em relação a este item, os autos do procedimento administrativo foram desmembrados, constando apenas os documentos referentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

às operações realizadas no período de 21/3/2008 a 31/12/2008.

No entanto, da atenta análise da denúncia e dos documentos constantes dos três apensos, constata-se que o Item I-2 se refere à operação realizada no dia 3/3/2008, que resultou no creditamento do ICMS no valor de R\$ 2.467,80 (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos), mas com a peculiaridade de que no livro exigido pela lei fiscal, foi inserida a informação de que os produtos foram adquiridos com a alíquota de 17%, quando na verdade teriam sido recebidos com a mesma alíquota de 12%.

Confira-se, no que interessa, trecho do depoimento prestado pelo agente fiscal de rendas, perante a autoridade policial (fl. 65 do Apenso I):

[...] com referência ao item 02, o contribuinte adquiriu mercadorias de fornecedor de outro estado - Cardume Ind. e Comercio de Peixes Ltda - do Estado de Santa Catarina, sendo destacado em seus documentos, alíquota de 17%, sendo que o correto seria 12%, ficando constatado o creditamento a maior, que pelas irregularidades constatadas, foi lavrado o devido Auto de Infração e Imposição de Multa [...] (grifo nosso).

Do trecho transcrito, observa-se a existência de indícios de que em ao menos uma operação realizada, os recorrentes, em tese, inseriram elementos inexatos, ludibriando a fiscalização tributária, razão pela qual se mostra inviável o trancamento, neste ponto, da ação penal de que se cuida, pois tal situação revela que ao fazer referência à '*inserção de elementos inexatos*', o Ministério Público se referiu, também, a estes dados.

Assim, conclui-se ser atípica a conduta imputada aos pacientes apenas em relação ao Item I-1, que se refere à operação realizada no período de 21/3/2008 a 31/12/2008, que resultou no creditamento do ICMS no valor de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos), pois tal operação foi devidamente lançada no livro fiscal pertinente, estando patente nos autos a inexistência de conduta destinada a fraudar a fiscalização tributária".

Concluiu o Relator, ainda, que a denúncia era apta, quanto a Luiz Carlos Pelissari, mas inepta, relativamente a Lucilene Marcelina de Santana Pelissari, pelo que, quanto a ela, trancou, integralmente, a Ação Penal.

Há, porém, erro material, na conclusão do voto do eminente Relator, porquanto, embora entenda, no corpo do voto, que típica a conduta relativa à operação realizada em 03/03/2008 e que resultou no creditamento do ICMS, no valor de R\$



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.467,80 (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos), acaba por trancar a Ação Penal, com relação a ela:

"Em face do exposto, dou **parcial provimento** ao recurso para:

a) trancar a ação penal em relação ao fato delituoso praticado em 3/3/2008, que resultou no creditamento do ICMS no valor de R\$ 2.467,80 (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos); b) trancar a ação penal em relação à recorrente Lucilene Marcelina de Santana Pelissari."

Assim, o eminente Relator trancou a Ação Penal, quanto ao paciente Luiz Carlos Pelissari, por atipicidade da conduta, quanto a uma das operações de creditamento do ICMS, e trancou-a integralmente, por inépcia da denúncia, relativamente à paciente Lucilene Marcelina de Santana Pelissari.

Feitos tais registros, esclareço que, no caso dos autos, buscam os recorrentes o trancamento da Ação Penal, na qual lhes foi imputada a prática, por duas vezes, do delito previsto no art. 1º, II, da Lei 8.137/90, na forma do art. 71 do Código Penal, por falta de justa causa, alegando inépcia da denúncia, porquanto genérica, bem como porque atípica a conduta, imputada aos recorrentes, na exordial acusatória.

Conforme expressa previsão do art. 41 do Código de Processo Penal, a denúncia deverá conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, bem como a classificação do crime, sob pena de ser considerada inepta, com o trancamento da Ação Penal, por impedir a peça acusatória o exercício da ampla defesa do réu.

De outro lado, está consagrada, na jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a diretriz no sentido de que, na via estreita do **habeas corpus**, o trancamento da ação penal, por inépcia da denúncia, é medida excepcional, apenas admissível quando se evidenciar, nos autos, **sem que seja necessário o exame do conjunto probatório**, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, a indicação, na denúncia, de fato evidentemente atípico ou, ainda, a inexistência de elementos indiciários suficientes da autoria e da materialidade do crime.

Especificamente no que se refere aos crimes societários, em razão da natureza dos delitos e do esquema sofisticado por meio do qual são usualmente praticados, a jurisprudência firmou-se no sentido de que não se exige, na denúncia, a narrativa individualizada da conduta de cada acusado, na ação delitiva, sendo suficiente a descrição do fato delituoso e a indicação da suposta participação do acusado, para que se possibilite o exercício do direito de ampla defesa e o prosseguimento da ação penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, vale destacar os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO PARA O JULGAMENTO DO WRIT ORIGINÁRIO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA.

(...)

3. Não há falar em inépcia da denúncia, quando esta descreve, de forma satisfatória e objetiva, os elementos necessários à instauração da ação penal, em atenção ao que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal.

4. Nos crimes societários é dispensável a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, bastando, para tanto, que ela narre a conduta delituosa de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa. Precedentes.

5. Se as condutas imputada à Paciente tem adequação típica no art. 1.º, incisos I e II, da Lei n.º 8.137/1990, não é possível o trancamento da ação penal que objetiva exatamente a apuração dos fatos.

6. Ordem denegada" (STJ, HC 70.617/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 17/03/2008).

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EVASÃO DE DIVISAS. ART. 22 DA LEI N. 7.492/1986. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. INDÍCIOS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE.

1. O trancamento da ação penal pela via expedita do habeas corpus é medida excepcional, cabível somente quando se verificar, desde logo, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria ou materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. No caso, da narrativa exposta na denúncia, é possível depreender-se quando e de que maneira o paciente teria praticado a conduta que lhe foi atribuída, quais as operações de câmbio que teriam sido realizadas por ele com o propósito de, irregularmente, remeter ao exterior altos valores. Além disso, pelo que consta dos autos, a remessa de moeda feita pelo representante da empresa para fora do Brasil não foi administrativamente reconhecida como regular pelo Banco Central do Brasil, o que, em tese, indica a configuração de crime contra o sistema financeiro nacional.

3. Ordem denegada" (STJ, HC 129.417/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 05/09/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. EVASÃO DE DIVISAS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. TRANCAMENTO EM SEDE DE **HABEAS CORPUS**. EXCEPCIONALIDADE. INOCÊNCIA, ATIPICIDADE OU EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. REPRESENTANTES LEGAIS DA EMPRESA. CRIMES SOCIETÁRIOS. DISPENSABILIDADE DE DESCRIÇÃO MINUCIOSA E INDIVIDUALIZADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA OITIVA PRÉVIA DOS INDICIADOS À PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. **O trancamento da ação penal apenas se mostra admissível pela via estreita e unilateral do writ quando, de pronto, sem necessidade de aprofundado exame de provas não submetidas ao crivo do contraditório, se puder constatar a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.**

2. **Não há falar em inépcia quando a conduta narrada na denúncia subsume-se perfeitamente ao tipo penal imputado aos pacientes.**

3. **Conforme se verifica do contrato social, os pacientes são os únicos representantes legais da empresa e exerciam poderes de gerência à época dos fatos (16/10/97 a 22/6/98), não havendo alegar insuficiência probatória a indicar a autoria, em tese, do delito.**

4. **"Nos crimes societários é dispensável a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, bastando, para tanto, que ela narre a conduta delituosa de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa" (HC 70.617/PR).**

5. **Não há exigência legal da prévia oitiva dos indiciados, sendo possível o oferecimento da denúncia tão logo o Ministério Público constate a existência de indícios suficientes de autoria.**

6. **Na hipótese dos autos, após verificar que a conduta dos representantes legais da empresa poderia caracterizar, em tese, os tipos penais previstos nos § únicos dos arts. 21 e 22 da Lei 7.492/86, o Banco Central formulou comunicação ao Ministério Público e à Receita Federal para se averiguar possível ocorrência de irregularidades fiscais.**

7. **Ordem denegada" (STJ, HC 100.673/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe de 02/08/2010).**

No caso dos autos, pertinente a transcrição da narrativa exposta na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denúncia, a fim de se verificar o cumprimento dos requisitos indicados no art. 41 do Código de Processo Penal, **in verbis**:

"O representante do Ministério Público que esta subscreve, no exercício de suas atribuições legais vem pela presente oferecer denúncia por crimes cometidos contra a ordem tributária nos seguintes termos:

Consta do incluso inquérito policial que, **no dia 3 de março de 2008**, no estabelecimento comercial denominado 'Derco Comércio e Representação de Produtos Alimentícios LTDA', situado à Rua Portugal, n. 131, Vila Industrial, nesta cidade e Comarca de Rancharia, LUIZ CARLOS PELISSARI e LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI, qualificado as fls. 4, **inseriram elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal, quando creditaram indevidamente o pagamento do tributo ICMS** (Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços) **no valor de R\$ 2.467,80** (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos), **acabando por fraudar a fiscalização tributária.**

Consta ainda, que **no período compreendido entre o dia 21 de março de 2008 e 31 de dezembro de 2008**, no estabelecimento comercial denominado 'Derco Comércio e Representação de Produtos Alimentícios LTDA', situado à Rua Portugal, n. 131, Vila Industrial, nesta cidade e Comarca de Rancharia, LUIZ CARLOS PELISSARI e LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI, qualificado as fls. 4, agindo com o mesmo *modus operandi*, **novamente inseriram elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal, quando creditaram, reiterada e indevidamente, o pagamento do tributo ICMS** (Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços) **no valor de R\$ 102.673,50** (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos), **fraudando, pois, a fiscalização tributária.**

Apurou-se pelo AIIM nº 6.123.772-9, Item I-2, que **os denunciados, no dia 3 de março de 2008, creditaram indevidamente do ICMS a quantia de R\$ 2.467,80** (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos), **em decorrência da escrituração no livro de entradas de crédito do imposto a maior**, destacados nas notas fiscais emitidas pela empresa Cardume Indústria e Comércio de Peixes.

Também é dos autos o AIIM nº 3.129.772-9, Item I-1, que **atesta o período compreendido entre 21 de março de 2008 a 31 de dezembro de 2008**, oportunidade em que os denunciados, de forma continuada, adquiriram produtos (charque, linguiça, mortadela e salsicha) de fornecedores de outros Estados, utilizando alíquota de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12% e revenderam-nas dentro do Estado de São Paulo com alíquota de 7%. Assim, **creditaram no tributo ICMS, indevidamente, a diferença de alíquota correspondente a 5%, que atingiu o montante de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos).**

Os Agentes fiscais que realizaram a vistoria e posterior auto de infração (fls. 12/15) onde constataram os crimes descritos praticados pelos denunciados.

O ofício emitido pelo Delegado Regional Tributário Substituto dá conta de que o denunciado apresentou defesa administrativa com relação ao delito evidenciado no Item I-1 do AIIM, deixando transcorrer *in albis* o prazo para contestar o delito previsto no item I-2 (fls. 28e).

Atualmente as duas infrações constituídas pelo lançamento tributário de ofício transitaram em julgado, tendo sido encaminhadas para inscrição na dívida ativa.

Ante o exposto, **denuncio a Vossa Excelência LUIZ CARLOS PELISSARI e LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI como incurso, por duas vezes, no artigo 1º, inciso II da Lei 8.137/90 na forma do artigo 71 do Código Penal**, e requeiro que recebida e autuada esta, seja instaurado o devido processo legal, com a citação do imputado e suas intimações para que responda à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, prosseguindo-se nos termos do artigo 396 e seguintes do Código de Processo Penal, até final condenação, ouvindo-se, oportunamente, as pessoas abaixo arroladas" (fls. 44/46e).

O acórdão recorrido denegou a ordem, aos seguintes fundamentos:

" A presente **ORDEM** deve ser denegada.

Segundo os termos da Denúncia copiada a fls. 20/22, o **PACIENTE** responde, em tese, por violação da norma do artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90.

Alega o IMPETRANTE, em síntese, que não há justa causa para o prosseguimento da Ação Penal, em especial porque todas as operações de compra e venda foram devidamente demonstradas ao fisco.

Mas sem razão.

Para o trancamento da Ação Penal por falta de justa causa, mister é a demonstração clara, de imediato, inequívoca de que os **PACIENTES** nada têm como procedimento judicial instaurado para a apuração de responsabilidades penais, fato este que não foi apresentado nesta **ORDEM**, impossibilitando, por intermédio dos dados aqui colacionados, aferir-se, de pronto, a ausência da justa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa alegada e não bem caracterizada na Inicial.

O trancamento da Ação Penal só deve ocorrer em casos muito especiais, onde é flagrante a inexistência dos elementos processuais próprios para a sua existência jurídica.

No caso em pauta, tangenciando as provas constantes nesta ORDEM, como deve ocorrer nesta estreita via constitucional, a justa causa encontra-se, em tese, presente.

Sobre tal tema, dominante a jurisprudência de nossos Tribunais no sentido de que 'o trancamento de ação penal por falta de justa causa, postulado na via estreita do *habeas corpus*, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos na denúncia, se constata que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente.' (in RSTJ., 94/353).

Por fim, não se verifica a alegada inépcia da Denúncia por vício na descrição dos fatos.

Em crimes da espécie não há necessidade de minuciosa individualização da atuação de cada um dos agentes no delito, em atenuação aos rigores do artigo 41, do Código de Processo Penal, bastando que haja a descrição do fato criminoso e de suas circunstâncias de forma suficiente a proporcionar aos réus o exercício da ampla defesa, tal como nos presentes autos se verificou. Assim, denega-se a presente **ORDEM DE HABEAS-CORPUS**" (fls. 85/87e).

Aos recorrentes foi imputada a conduta descrita no art. 1º, II, da Lei 8.137/90, que assim dispõe:

"Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social ou qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

(...)

II. Fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal".

No que diz respeito ao trancamento da Ação Penal, por atipicidade da conduta, ousado, com a devida vênia, divergir do posicionamento do Relator, o eminente Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, eis que entendo que não há manifesto constrangimento ilegal, passível da concessão da ordem de **habeas corpus**.

Da leitura atenta da peça acusatória exsurge clara a indicação, pelo **Parquet**, da conduta que, em tese, configura o crime previsto no art. 1º, II, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.137/90, com as suas circunstâncias fundamentais, quais sejam, a indicação dos elementos objetivos e subjetivos que compõem o tipo penal imputado.

Narra a denúncia, que, em 03/03/2008, os recorrentes, no estabelecimento comercial denominado Derco Comércio e Representação de Produtos Alimentícios LTDA, inseriram elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal, quando creditaram **indevidamente** o pagamento do tributo ICMS, no valor de R\$ 2.467,80, escriturando, no livro de entradas de crédito, o imposto a maior, destacado nas notas fiscais emitidas pela empresa Cardume Indústria e Comércio de Peixes, acabando por fraudar a fiscalização tributária.

Consta, ainda, da exordial acusatória, que, entre 21/03/2008 e 31/12/2008, no mesmo estabelecimento comercial, os recorrentes, agindo com o mesmo **modus operandi**, novamente inseriram elementos inexatos, em livro exigido pela lei fiscal, quando creditaram, reiterada e **indevidamente**, a diferença de alíquota referente ao pagamento do tributo ICMS, no valor de R\$ 102.673,50, ao adquirirem, de forma continuada, produtos alimentícios de fornecedores de outros Estados, revendendo-os dentro do Estado de São Paulo, fraudando, desta forma, a fiscalização tributária.

Esclarece a denúncia, mais de uma vez, que o crédito de ICMS foi indevido e que os Agentes fiscais, que realizaram a vistoria e lavraram o Auto de Infração, nele constatarem os crimes descritos, praticados pelos denunciados.

Refere, ainda, ao fato de já houve, em relação às infrações, o lançamento definitivo do crédito tributário, com inscrição em dívida ativa.

Houve, portanto, a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, com a indicação dos elementos objetivos e subjetivos que compõem o tipo penal imputado, ao se referir às condutas de os recorrentes inserirem, em momentos distintos, elementos inexatos, em livro fiscal, quanto ao creditamento, a maior e indevido, de valor relativo ao ICMS, com base em Auto de Infração, cujo lançamento tributário já se tornou definitivo, adequando-se tais condutas, em tese, ao delito previsto no art. 1º, II, da Lei 8.137/90.

Nesse contexto, não cabe acatar o argumento, quanto à divergência de interpretação da norma tributária, que, segundo se alega, teria sido desfavorável ao contribuinte-fornecedor, porque tal exame refere-se ao próprio mérito da Ação Penal, sendo imprescindível, para tanto, o extenso exame do conjunto fático-probatório, inclusive com a possível realização de perícia judicial, assunto inviável de ser analisado, em sede de **habeas corpus**, no qual se pretende o trancamento da Ação Penal, por atipicidade da conduta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme salientado, o cabimento do **writ**, no caso de trancamento da Ação Penal, é medida excepcionalíssima, limitando-se a hipóteses restritas, tais como a evidente atipicidade da conduta, aferível de plano, pela simples leitura da exordial acusatória, o que, com a devida vênia, não se evidencia, no presente caso, porquanto, para tanto, seria necessário apreciar profundamente o conjunto fático-probatório dos autos, providência inadmissível, na angusta via do **writ**.

No caso dos autos, não se constata, de plano, a atipicidade da conduta descrita na denúncia, quanto às duas operações de creditamento de ICMS, nela descritas, uma delas considerada atípica, pelo eminente Relator, ou seja, a realizada de 21/03/2008 a 31/12/2008 e que resultou no creditamento de ICMS, no valor de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos).

Afirma a inicial da impetração:

"Os pacientes são sócios da pessoa jurídica de direito privado DERCO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, com sede na cidade de Rancharia, à Rua Portugal, 131, CEP 19-600.000, Vila Industrial, que atua no ramo de distribuição de produtos alimentícios (fls. 19 a 21).

A pessoa jurídica realiza aquisição de mercadorias componentes da cesta básica revendendo-as ao mercado.

Nesta operação a pessoa jurídica credita-se do valor correspondente à 12% de ICMS quando da entrada da mercadoria no estoque da empresa. Quando posteriormente realiza a venda da mercadoria, se debita da alíquota correspondente à 7%.

A fiscalização do Estado de São Paulo autuou a pessoa jurídica entendendo que a empresa deveria estornar o crédito de 5% desta operação. Aplicou ainda multa de 100%.

(...)

A pessoa jurídica da qual os pacientes são sócios interpôs ação anulatória de débito tributário com pedido de tutela antecipada em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo (...)

(...) o que ocorre no caso concreto é que enquanto a fiscalização **interpreta** que deveria haver o estorno de 5% do crédito de ICMS por se tratar de uma redução de base de cálculo na venda da mercadoria, a pessoa jurídica em que os pacientes são sócios, entende e com razão, que deve haver a manutenção integral do crédito de 5% uma vez que a ulterior saída da mercadoria é reconhecida **não como redução de base de cálculo e sim como alíquota seletiva em função da essencialidade do produto, tanto é que a matéria ganhou repercussão geral no STF no**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravo de instrumento nº 768.491/RS" (fls. 4/5e).

Como se vê, a matéria fática, de natureza tributária, é extremamente complexa, de vez que a inicial acusatória afirma que o creditamento do ICMS, nos dois períodos mencionados na denúncia, foi **indevido**, e que os Fiscais que realizaram a vistoria e lavraram os Autos de Infração constataram os crimes descritos, que teriam sido praticados pelos denunciados. Assim sendo, só a instrução criminal poderá deslindar suficientemente a matéria fática.

No entanto, quanto ao trancamento da Ação Penal, por inépcia da denúncia, em face de LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI, de fato, a paciente é referida, na denúncia, apenas por ser uma das sócias da empresa Derco Comércio e Representação de Produtos Alimentícios Ltda., da qual é sócia minoritária, sem poderes de gestão, conforme contrato social, a fl. 141e.

Com razão, pois, o eminente Relator, quando assevera, **in verbis**:

"Ocorre que, **da detida leitura do Apenso 1, identifica-se no contrato social da pessoa jurídica de que os denunciados são sócios, que apenas o acusado Luiz Carlos Pelissari é o responsável pela administração da empresa, aparecendo a corré Lucilene Marcelina de Santana Pelissari apenas como sócia minoritária.**

Confira-se, no que interessa, trechos das cláusulas que comprovam o afirmado (fl. 141 do Apenso 1):

(...)

CLÁUSULA 5ª - A responsabilidade de cada sócio é restritiva ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

CLÁUSULA 6ª - **A administração da sociedade cabe ao sócio Luiz Carlos Pelissari, isoladamente, com os poderes e atribuições de representá-la perante órgãos públicos, instituições financeiras e comerciais, autorizado o uso do nome empresarial, vedado, no entanto, em atividades estranhas ao interesse social ou assumir obrigações seja em favor de qualquer dos quotistas ou de terceiros, bem como onerar ou alienar imóveis da sociedade, sem autorização de outro sócio.**

(...)

Assim, em relação à recorrente Lucilene Marcelina de Santana Pelissari, a denúncia se apresenta inepta, configurando nítida hipótese de responsabilidade penal objetiva, uma vez que as condutas foram imputadas com fundamento, apenas, no fato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de ela figurar como sócia da pessoa jurídica em questão. Confira-se, a propósito, apenas para corroborar a informação, trecho do depoimento do corréu perante a autoridade policial (fl. 55 do Apenso 1):

(...)

Inquerido (a) pela Autoridade Policial, respondeu: **Que é sócio-proprietário da empresa Derco Comércio e Representação de Produtos Alimentícios, da qual também é sócia-proprietária a sua esposa, Lucilene Marcelina de Santana Pelissari; entretanto, somente o declarante é o responsável pela administração da empresa;** confirma que houve fiscalização em sua empresa, por parte da Fazenda Estadual Paulista, na qual foi constatada irregularidade, tratando-se de notas fiscais extraviadas, sendo lavrado Auto de Infração e aplicada multa à sua empresa; (...)

Evidenciado que o membro do Ministério Público deixou de demonstrar o indispensável nexu causal entre a conduta da recorrente e o resultado, bem como o modo pelo qual a acusada praticou a imputação, tal situação conduz ao trancamento da ação penal em relação a ela.

(...)

O mesmo não se pode afirmar em relação ao recorrente Luiz Carlos Pelissari, que figura no contrato social como o único administrador da empresa, a quem cabe as obrigações perante o Fisco, donde se infere que não se mostra, em relação a ele, a manifesta inépcia da denúncia, suficiente a autorizar o trancamento prematuro da ação penal.

Importante consignar que, nos crimes societários, de autoria coletiva, a doutrina e a jurisprudência têm abrandado o rigor do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, dada a natureza dessas infrações, uma vez que nem sempre é possível, na fase de formulação da peça acusatória, realizar uma descrição detalhada da atuação de cada um dos indiciados, de forma que se tem admitido um relato mais generalizado do comportamento tido como delituoso.

Assim sendo, a descrição fática em relação ao recorrente Luiz Carlos Pelissari, 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 a 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.

Como já decidiu este Superior Tribunal, *nos chamados crimes*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, caracterizado pela condição de sócios ou administradores da empresa, 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 (HC n. 220.164/MT, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 20/6/2012).

De mais a mais, cumpre realçar que não há como se exigir que toda denúncia narre minuciosamente todos os detalhes do delito supostamente cometido, tendo em vista que inúmeras outras questões importantes somente serão elucidadas durante a fase instrutória e eventualmente até em favor do próprio acusado".

Com efeito, da peça acusatória não se infere, em face de LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI, o preenchimento dos requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, porquanto a denúncia, ao narrar o apontado fato criminoso, que teria sido cometido pela paciente – sócia minoritária, sem poderes de gestão –, não aponta comportamento específico, que a vincule, com apoio em dados probatórios mínimos, aos eventos delituosos, dificultando, desse modo, o exercício de sua ampla defesa, resvalando, em verdade, para a responsabilização objetiva.

Assim, não evidenciado, na denúncia, o mínimo liame ou nexos causal, em relação à paciente, que, conforme noticiado nos autos, é sócia minoritária, sem poderes de gestão (fl. 141e), exsurge evidente a inépcia da denúncia. Assim, apesar do abrandamento conferido, pela jurisprudência, para a formulação da denúncia, nos crimes societários, no caso dos autos, quanto à aludida paciente, divisa-se que os limites mínimos não foram atendidos, a dificultar o exercício de defesa.

Acerca do tema, destaque-se trecho de precedente do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS" – DELITO SOCIETÁRIO – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – LEI Nº 8.137/90 – RESPONSABILIDADE PENAL DOS SÓCIOS QUOTISTAS – DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI, AOS SÓCIOS, COMPORTAMENTO ESPECÍFICO QUE OS VINCULE, COM APOIO EM DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS, AO EVENTO DELITUOSO – INÉPCIA DA DENÚNCIA QUANTO A AMBOS OS SÓCIOS – QUOTISTA MINORITÁRIO (1% DAS QUOTAS SOCIAIS) – INEXISTÊNCIA DE PODER GERENCIAL E DECISÓRIO – IMPOSSIBILIDADE DE INCRIMINAÇÃO DO QUOTISTA MINORITÁRIO SEM QUE LHE SEJA ATRIBUÍDA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDUTA ESPECÍFICA – PEDIDO DEFERIDO.

(...)

SÓCIO QUOTISTA MINORITÁRIO QUE NÃO EXERCE FUNÇÕES GERENCIAIS - NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO DE DETERMINADO COMPORTAMENTO TÍPICO QUE VINCULE O SÓCIO AO RESULTADO CRIMINOSO. - O simples ingresso formal de alguém em determinada sociedade simples ou empresária - que nesta não exerça função gerencial nem tenha participação efetiva na regência das atividades sociais - não basta, só por si, especialmente quando ostentar a condição de quotista minoritário, para fundamentar qualquer juízo de culpabilidade penal.(....)" (STF, HC 84.436-7/SP, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, DJU de 28/03/2008).

No mesmo sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ORDINÁRIO EM "HABEAS CORPUS". PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. ART. 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.176/1991. INÉPCIA DA DENÚNCIA RECONHECIDA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIME SOCIETÁRIO. NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA ATRIBUÍDA AO RÉU. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. RECURSO PROVIDO.

1. O trancamento da ação penal, por ausência de justa causa, pela excepcionalidade que encerra, somente deve ocorrer quando for possível verificar de plano, sem necessidade de valoração do acervo fático ou probatório que a) se trata de imputação de fato penalmente atípico; b) há incidência de causa extintiva da punibilidade; c) inexistência de elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito; e, (d) a denúncia é inepta, o que ocorre no caso em exame.

2. A jurisprudência desta Egrégia Corte Superior embora não exija uma descrição pormenorizada da conduta de cada denunciado nos crimes societários, exige que a acusação estabeleça minimamente a relação entre o denunciado e o crime que lhe é imputado. Precedentes.

3. O simples fato do denunciado ser sócio da sociedade empresarial não autoriza a persecução penal por crime praticado no âmbito da empresa, se não ficou comprovado, ao menos, o vínculo entre a imputação que foi atribuída e sua atuação na qualidade de sócio.

4. A Lei nº 9.847/1999 que dispôs sobre a fiscalização das atividades relacionadas ao abastecimento de combustível de que trata a Lei nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9.478/1997 só estabeleceu sanções administrativas por solidariedade entre fornecedores e transportadores. Não estabeleceu solidariedade penal.

5. Recurso ordinário provido" (STJ, RHC 36.096/GO, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, DJe de 24/03/2014).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. INÉPCIA DA DENÚNCIA. DESCRIÇÃO INSUFICIENTE DOS FATOS. NULIDADE ABSOLUTA. OCORRÊNCIA. PREJUÍZO À AMPLA DEFESA FLAGRANTE. 2. CRIMES SOCIETÁRIOS. MERA QUALIDADE DE SÓCIO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. 3. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não tendo sido expostos os fatos imputados à paciente de forma suficiente, em atendimento aos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, e causando flagrante prejuízo à ampla defesa, é se reconhecer a nulidade absoluta da denúncia.

2. Mesmo em se tratando de crimes societários, é indispensável a indicação de uma conduta que se ligue minimamente ao resultado, não bastando a referência à condição de sócio, sob pena de responsabilização de caráter objetivo.

3. Ordem concedida para anular o processo, desde a denúncia, dando oportunidade para que outra seja proferida, com a adequada exposição do fato" (STJ, HC 50.804/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 01/12/2008).

Ante o exposto, acompanho, em parte, o eminente Relator, e dou parcial provimento ao recurso, em menor extensão, tão somente para declarar a inépcia da denúncia, no que se refere à paciente LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0293316-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 40.555 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00370276620138260000 20130000328232 370276620138260000 4910120100039727

EM MESA

JULGADO: 27/06/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ CARLOS PELISSARI
RECORRENTE : LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI
ADVOGADO : VINÍCIUS MONTE SERRAT TREVISAN E OUTRO(S)
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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Assusete Magalhães dando parcial provimento ao recurso, em menor extensão, pediu vista o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Aguardam as Sras. Ministras Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 40.555 - SP (2013/0293316-2)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I.

Aproveito o relatório apresentado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, relator do presente recurso ordinário, no bojo do qual, inclusive, a denúncia é transcrita.

Destaco que os recorrentes foram denunciados por duas condutas. A primeira delas, praticada em 3.3.2008, consistiu em, supostamente, inserir elementos inexados em livro fiscal, quando creditaram indevidamente o pagamento do ICMS no valor de R\$ 2.467,80 (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos). A segunda conduta, ainda de acordo com a denúncia, consistiu em inserir elementos inexados em livro fiscal, entre os dias 21.3.2008 e 31.12.2008, quando creditaram indevidamente o pagamento do ICMS no valor de R\$ 102.673,50 (cem mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos).

No presente recurso ordinário os recorrentes buscam o trancamento da ação penal por inépcia da denúncia e por atipicidade da conduta, uma vez que não inseriram elementos fraudulentos na escrituração contábil da empresa; simplesmente interpretaram a norma tributária de forma mais favorável, utilizando-se do crédito do ICMS sob o fundamento da seletividade da alíquota, em razão da essencialidade do produto da cesta básica, matéria que teve a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e está sob análise.

II.

Em 12.12.2013, o em. Relator deu parcial provimento ao recurso ordinário para trancar a ação penal em relação ao fato delituoso praticado em 3.3.2008, que resultou no creditamento do ICMS no valor de R\$ 2.467,80. Também **trancou integralmente a ação penal em relação a recorrente Lucilene Marcelina de Santana Pelissari.**

Conclui, em relação à operação em questão, que os recorrentes inseriram no livro fiscal apenas informações a respeito das operações realizadas, motivo pelo qual não vislumbrou conduta destinada a fraudar a fiscalização tributária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à Lucilene, afirmou que "a denúncia se apresenta inepta, configurando nítida hipótese de responsabilidade penal objetiva, uma vez que as condutas foram imputadas com fundamento, apenas, no fato de ela figurar como sócia da pessoa jurídica em questão", com o destaque de que a recorrente que figura no contrato social apenas como sócia minoritária.

Em 27.6.2014, a Ministra Assusete Magalhães, em seu voto-vista, deu parcial provimento ao recurso ordinário, em menor extensão, **somente para declarar a inépcia da denúncia em relação a Lucilene Marcelina de Santana Pelissari.**

Na ocasião, ressaltou a ocorrência de erro material no voto do eminente Relator, pois, "embora entenda, no corpo do voto, que é típica a conduta relativa à operação realizada em 03/03/2008 e que resultou no creditamento do ICMS, no valor de R\$ 2.467,80 (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos), acaba por trancar a ação penal com relação a ela".

Feitos esses registros, passo a analisar o feito.

III.

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o trancamento prematuro da persecução penal pela via estreita do *habeas corpus* é medida excepcional, admissível somente quando emerge dos autos, **de plano e sem a necessidade de apreciação probatória**, a falta de justa causa, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a deficiência da exordial acusatória, de tal monta que a torne imprestável para fins de viabilizar o exercício da pretensão punitiva e outra alternativa não reste que não a de anulá-la.

Tendo em vista que a denúncia é uma peça processual por meio da qual o órgão acusador submete ao Poder Judiciário o exercício do *jus puniendi*, o legislador estabeleceu alguns requisitos essenciais para a formalização da acusação, a fim de que seja assegurado ao acusado o correto exercício do contraditório e da ampla defesa. Na verdade, a própria higidez da denúncia opera como uma garantia do acusado.

Segundo o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, "a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

testemunhas".

Assim, a persecução criminal carece de legitimidade quando, ao cotejar-se o tipo penal incriminador indicado na denúncia com a conduta supostamente atribuível ao denunciado, a acusação não atende às exigências estabelecidas no artigo 41 do Código de Processo Penal, de forma suficiente para a deflagração da ação penal, bem assim para o escoreito exercício do contraditório e da ampla defesa.

Por sua vez, no juízo de admissibilidade da acusação, em grau de cognição superficial e limitado, prevê o artigo 395 do Código de Processo Penal:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Logo, a denúncia deve ser recebida se, atendido seu aspecto formal (artigo 41 c/c 395, I, do CPP) e identificada a presença tanto dos pressupostos de existência e validade da relação processual quanto das condições para o exercício da ação penal (artigo 395, inciso II, do CPP), a peça vem acompanhada de lastro probatório mínimo a amparar a acusação (art. 395, III, do CPP).

IV.

Neste contexto, quanto ao recorrente LUIZ CARLOS PELISSARI, não identifico razões para encerrar prematuramente a ação penal.

A acusação formalizada pelo Ministério Público contém a exposição de fato que, supostamente, se amolda àquele descrito no artigo 1º, II, da Lei 8.137/1990, pois descreveu que, no dia 3.3.2008, no estabelecimento comercial denominado Derco Comércio e Representação de Produtos Alimentícios Ltda., os recorrentes "inseriram elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal, quando creditaram indevidamente o pagamento do tributo ICMS (Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços) no valor de R\$ 2.467,80 (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos), acabando por fraudar a fiscalização tributária" (fl. 44) e, no período compreendido entre os dias 21.3.2008 e 31.12.2008, no mesmo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecimento comercial, inseriram elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal, quando creditaram, "reiterada e indevidamente, o pagamento do tributo ICMS (Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços) no valor de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos), fraudando, pois, a fiscalização tributária" (fl. 45).

Descreveu, ainda, as circunstâncias do fato delituoso, narrativa que possibilita a compreensão da acusação e o exercício da ampla defesa, pois consoante o apurado, em 3.3.2008, os denunciados creditaram o pagamento do ICMS "em decorrência da escrituração no livro de entradas de crédito do imposto a maior, destacados nas notas fiscais emitidas pela empresa Cardume Indústria e Comércio de Peixes" (fl. 45). Quanto ao período compreendido entre 21.3.2008 e 31.12.2008, destacou que os denunciados, de forma continuada, "adquiriram produtos (charque, linguiça, mortadela e salsicha) de fornecedores de outros Estados utilizando alíquota de 12% e revenderam-nas dentro do Estado de São Paulo com alíquota de 7%. Assim, creditaram no tributo ICMS, indevidamente, a diferença de alíquota correspondente a 5%" (fl. 45).

Assim, não há que se falar em inépcia formal da denúncia, porquanto a peça observou, ainda que sucintamente, os requisitos estabelecidos no artigo 41 do CPP.

Para que uma denúncia seja considerada inepta é forçoso lembrar que não basta ser falha ou imperfeita; ela tem que ser de tal monta imprestável para fins de viabilizar o exercício da pretensão punitiva que, de fato, não reste outra alternativa que não a de extirpá-la ou anulá-la, para que outra, se for o caso, se ofereça em seu lugar.

Ademais, não constato, de plano e de forma absoluta, a aventada atipicidade da conduta.

Divirjo do posicionamento do Relator, pois o exame dos livros fiscais e da escrituração contábil, bem como a interpretação da norma tributária, por certo, dizem respeito ao próprio mérito da ação penal, inviável de ser analisado de forma prematura, na estreita via do *habeas corpus*.

Assim, no caso dos autos, tenho que os elementos apontados na denúncia são suficientes para a primeira fase da persecução penal, em que é necessário um mero juízo de probabilidade. De mais a mais, a questão é complexa e deve ser elucidada durante a fase instrutória, sob o crivo do contraditório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V.

Quanto ao trancamento da ação penal em relação a Lucilene Marcelina de Santana Pelissari, verifico que meu pares a identificaram como sócia quotista minoritária, sem poderes de administração, conforme atesta o contrato social da empresa, acostado à fl. 141.

Com efeito, consta da cláusula 6ª, que "a administração da sociedade cabe ao sócio Luiz Carlos Pelissari isoladamente, com os poderes e atribuições de representá-la perante órgãos públicos, instituições financeiras e comerciais" (fl. 141).

Assim, mesmo se tratando de crime societário, de difícil individualização da conduta dos acusados, tenho que em relação à recorrente Lucilene houve falha na vestibular acusatória, pois o Ministério Público olvidou de descrever elementos que indiquem a plausibilidade da imputação ou mesmo a relação dessa sócia – que detém apenas 2% das quotas sociais e não possui poderes de gestão – com a prática delitiva.

Como cediço, o resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe der causa, motivo pelo qual revela-se inadmissível a responsabilização penal de uma pessoa pelo simples fato de ser sócia minoritária de uma empresa, sem que haja, ao menos, a descrição dos indícios de ter concorrido para a prática delitiva.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso ordinário apenas para anular, *ab initio*, o processo em relação à recorrente LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI, sem prejuízo de que outra denúncia seja oferecida, desde que cumpridos os requisitos legais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 40.555 - SP (2013/0293316-2)

VOTO-VENCIDO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

O ilustre Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, assim sumariou a controvérsia:

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por **Luiz Carlos Pelissari** e **Lucilene Marcelina de Santana Pelissari** contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo assim ementado (fls. 82/87):

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA ENVOLVENDO ICMS. IMPOSSIBILIDADE NESTA VIA. ORDEM DENEGADA.

Narram os autos que o Ministério Público estadual denunciou os recorrentes como incursos no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990 (por duas vezes), na forma do art. 71 do Código Penal (fls. 44/46). Por conseguinte, o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Rancharia/SP recebeu a inicial acusatória oferecida pelo *Parquet* estadual e determinou a citação dos acusados para responderem à acusação (fl. 47).

Apresentadas as defesas preliminares pelos acusados, o Juízo de primeiro grau as rejeitou e manteve o regular prosseguimento da ação penal (fl. 74).

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* na colenda Corte de origem, que denegou a ordem (fls. 82/87 – *Habeas Corpus* n. 0037027-66.2013.8.26.0000).

Daí o presente recurso, em que se alega constrangimento ilegal consistente na instauração de ação penal contra os acusados, imputando-se-lhes a prática de crime contra a ordem tributária.

Sustentam os recorrentes que o Fisco informou equivocadamente ao Ministério Público a conduta deles como crime, interpretando equivocadamente a norma tributária.

Argumentam que inexistente crime contra a ordem tributária, uma vez que não inseriram elementos inexatos ou fraudulentos na escrita fiscal ou contábil e não omitiram as obrigações escriturárias.

Aduzem terem eles, por meio da pessoa jurídica de que são gerentes-administradores, creditado ICMS – Imposto sobre a Comercialização de Mercadorias e Serviços – decorrente da diferença de alíquota, em razão da seletividade do produto, operação que foi integral e devidamente demonstrada ao Fisco.

Alegam que a denúncia não logrou individualizar a conduta de cada um deles de forma pormenorizada, e o Fisco procedeu a uma *simples presunção geral de crimes contra a ordem tributária e num procedimento padrão, formalizou representação ao MP* (fl. 98).

Acrescentam que a inépcia da denúncia configura ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da dignidade da pessoa humana.

Informam, por fim, que *nem sequer há crime praticado pelos Pacientes uma vez que os mesmos, simplesmente interpretaram a norma tributária de forma mais favorável, utilizando-se do crédito do ICMS sob o fundamento da seletividade da alíquota em razão da essencialidade do produto da cesta básica, matéria esta inclusive sob apreciação pelo STF nos autos do RE nº 768.491 (fl. 106).*

Postulam, então, o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja trancada a ação penal proposta contra eles.

Apresentadas contrarrazões (fls. 109/111) e admitido o recurso na origem (fl. 113), o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do apelo (fls. 120/123):

PENAL - PROCESSUAL PENAL - *HABEAS CORPUS* - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA - INÉPCIA DA INICIAL - DENÚNCIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FATO TÍPICO, PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA.

- PARECER PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.

Sua Excelência concluiu pela inépcia da denúncia em relação à recorrente LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI, no que foi acompanhado por todos os demais integrantes da Sexta Turma e, quanto ao outro recorrente, que tinha poderes de administração da empresa, entendeu o Ministro Sebastião dar parcial provimento ao recurso, no tocante apenas a um dos fatos, porque não teria ficado demonstrada a vontade de iludir o fisco.

Os demais integrantes da Turma divergiram no tocante ao trancamento da ação em relação ao recorrente LUIZ CARLOS PELISSARI, para concluir pela negativa total de provimento ao recurso, neste particular.

Ouso divergir da maioria e acompanhar o Ministro Sebastião Reis Júnior no tocante ao recorrente Luiz Carlos Pelissari, porquanto também entendo que, de fato, houve inserção inexata de dados apenas em uma das operações de creditamento de ICMS, conforme os seguintes fundamentos expendidos por Sua Excelência:

Realizadas as devidas digressões a respeito das operações realizadas, resta, para finalizar a análise da tipicidade da conduta, verificar se o membro o Ministério Público descreve alguma prática no sentido de ocultar ou dissimular tais procedimentos do Fisco.

Segundo consta da denúncia, o recorrente, por duas vezes, uma em 3/3/2008 e outra no período de 21/3/2008 a 31/12/2008, inseriu *elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal, quando creditaram, reiterada e indevidamente, o pagamento do tributo ICMS (Imposto sobre a Circulação*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Mercadorias e Serviços) [...] fraudando, pois, a fiscalização tributária.

Assim, cabe verificar em que consiste a inserção de "elementos inexatos" no livro exigido pela lei fiscal, a fim de verificar se as condutas delituosas imputadas se subsumem ao tipo penal em questão.

Ao que se tem dos autos, foi instaurado o Auto de Infração e Imposição de Multa n. 3.129.772-9, no qual se apurou a prática de condutas que foram separadas em dois itens.

No item I-1, constam as operações realizadas no período de 21/3/2008 a 31/12/2008, que creditaram indevidamente ICMS no valor de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos), por meio da aquisição de produtos de cesta básica, de outro estado da Federação, tributados com alíquota de 12%, e revenda, dentro do Estado, com a alíquota de 7%.

Confira-se (fl. 145 – apenso 3):

[...]

Com referência ao item 1 do AIIM, o contribuinte adquiriu em 2008 de fornecedores de outros estados, e revendeu dentro do Estado as seguintes mercadorias: charque, linguiça, mortadela e salsicha, creditando em seu livro de registro de entrada um crédito correspondente a alíquota de 12%, conforme demonstrativo anexo, de fls. 09 a 16.

[...]

Evidenciado nos autos que o recorrente, em relação à operação em questão, limitou-se a inserir no livro fiscal pertinente apenas a informação a respeito da operação efetivamente realizada, não se mostra típica a conduta imputada pelo *Parquet* estadual, uma vez que não se vislumbra conduta destinada a fraudar, neste ponto, a fiscalização tributária, podendo existir, no máximo, conforme afirmado, um débito tributário.

O presente *habeas corpus* não está suficientemente instruído com cópias dos documentos relacionados à operação realizada em 3/3/2008, inserida no "Item I-2" do AIIM, visto que, como o recorrente não apresentou defesa perante a autoridade Fiscal em relação a este item, os autos do procedimento administrativo foram desmembrados, constando apenas os documentos referentes às operações realizadas no período de 21/3/2008 a 31/12/2008.

No entanto, da atenta análise da denúncia e dos documentos constantes dos três apensos, constata-se que o Item I-2 se refere à operação realizada no dia 3/3/2008, que resultou no creditamento do ICMS no valor de R\$ 2.467,80 (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e oitenta centavos), mas com a peculiaridade de que, no livro exigido pela lei fiscal, foi inserida a informação de que os produtos foram adquiridos com a alíquota de 17%, quando, na verdade, teriam sido recebidos com a mesma alíquota de 12%.

Confira-se, no que interessa, trecho do depoimento prestado pelo agente fiscal de rendas perante a autoridade policial (fl. 65 – apenso 1 – grifo nosso):

[...] com referência ao item 02, o contribuinte adquiriu mercadorias de fornecedor de outro estado - Cardume Ind. e Comercio de Peixes Ltda - do Estado de Santa Catarina, sendo destacado em seus documentos, alíquota de 17%, sendo que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

correto seria 12%, ficando constatado o creditamento a maior; que pelas irregularidades constatadas, foi lavrado o devido Auto de Infração e Imposição de Multa [...]

Do trecho transcrito observa-se a existência de indícios de que, em ao menos uma operação realizada, o recorrente, em tese, inseriu elementos inexatos, ludibriando a fiscalização tributária, razão pela qual se mostra inviável o trancamento, neste ponto, da ação penal de que cuidam estes autos, pois tal situação revela que, ao fazer referência à *"inserção de elementos inexatos"*, o Ministério Público referiu-se, também, a esses dados.

Assim, conclui-se ser atípica a conduta imputada ao recorrente apenas em relação ao Item I-1, que se refere à operação realizada no período de 21/3/2008 a 31/12/2008, que resultou no creditamento do ICMS no valor de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos), pois tal operação foi devidamente lançada no livro fiscal pertinente, estando patente nos autos a inexistência de conduta destinada a fraudar a fiscalização tributária.

Neste particular, porém, fiquei vencido, nos termos do voto da Ministra Assusete Magalhães, acompanhada pelos Ministros Rogério Schietti e Marilza Maynardi (Desembargadora convocada do TJ/SE).

Em face do exposto, dou **parcial provimento** ao recurso para anular a ação penal em relação à recorrente Lucilene Marcelina de Santana Pelissari, em razão da inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra seja proferida, sanando-se os vícios apontados. Uma vez que fiquei vencido no tocante ao trancamento da ação penal por atipicidade da conduta em relação ao recorrente Luiz Carlos Pelissari, relativa à operação realizada no período de 21/3/2008 a 31/12/2008, a qual resultou no creditamento do ICMS no valor de R\$ 102.673,50 (cento e dois mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos), voto-vista parcialmente divergente integrará este acórdão.

Assim, diferentemente do que entendeu a maioria do colegiado, dou parcial provimento ao recurso do recorrente Luiz Carlos Pelissari, nos termos explicitados.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0293316-2

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 40.555 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00370276620138260000 20130000328232 370276620138260000 4910120100039727

EM MESA

JULGADO: 19/08/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ CARLOS PELISSARI

RECORRENTE : LUCILENE MARCELINA DE SANTANA PELISSARI

ADVOGADO : VINÍCIUS MONTE SERRAT TREVISAN E OUTRO(S)

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz dando parcial provimento ao recurso em habeas corpus em relação à recorrente Lucilene Marcelina de Santana Pelissari, no que foi acompanhado pelas Sras. Ministras Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura e a retificação de voto do Sr. Ministro Relator, a Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso em habeas corpus em relação à recorrente Lucilene Marcelina de Santana Pelissari nos termos do voto da Sr. Ministro Relator e, em relação ao recorrente Luiz Carlos Pelissari, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso em habeas corpus, vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que lhe davam parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Assusete Magalhães. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz (voto-vista), Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator quanto à recorrente Lucilene Marcelina de Santana Pelissari.

Os Srs. Ministros Rogério Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Assusete Magalhães quanto ao improvimento do recurso de Luiz Carlos Pelissari.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.