



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.206 - SP (2011/0309497-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : VALDENEI FIGUEIREDO ÓRFÃO
ADVOGADO : VALDENEI FIGUEIREDO ÓRFÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JORGE LUIZ BRUSA

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O trancamento de inquérito policial ou de ação penal é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. Na hipótese em apreço, para se concluir que o paciente não teve a intenção dolosa de sonegar impostos, já que deixou de recolher o ICMS por não ser este devido, conforme pretendido na impetração, seria necessário promover o revolvimento da matéria fático-probatória, providência vedada em sede de *habeas corpus*. INDICIAMENTO. DETERMINAÇÃO PARA QUE SEJA REALIZADO APÓS O TÉRMINO DAS INVESTIGAÇÕES, CASO EXSURJA INDÍCIOS DE AUTORIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. O mero indiciamento em inquérito policial, desde que não abusivo e posterior ao recebimento da denúncia, não configura constrangimento ilegal sanável na via estreita do *mandamus*.

2. Na hipótese em análise, há que se destacar que a Corte *a quo* determinou que o indiciamento só poderá se dar ao término das investigações policiais, caso estas apontem para uma eventual responsabilidade penal, circunstância que afasta a ilegalidade apontada na impetração.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 12 de junho de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.206 - SP (2011/0309497-4)

IMPETRANTE : VALDENEI FIGUEIREDO ÓRFÃO
ADVOGADO : VALDENEI FIGUEIREDO ÓRFÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JORGE LUIZ BRUSA

RELATÓRIO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JORGE LUIZ BRUSA, apontando como autoridade coatora a 9.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem pleiteada no HC n.º 0098459-57.2011.8.26.0000.

Narra a impetração que o paciente era representante legal da empresa Comercial Brusa Ltda. - atualmente denominada Comergen Comércio de Gemas Importação e Exportação Ltda. -, que tem por objeto social o comércio, importação e exportação de pedras preciosas, semi-preciosas, sintéticas, pérolas e serviços de mão de obra, sendo habitual a participação em feiras e exposições.

Informa que em maio de 2008 a citada empresa recebeu o Auto de Infração e Imposição de Multa n.º 3.087.155, por supostamente ter deixado de recolher ICMS, em relação a 18 (dezoito) notas fiscais por ela emitidas.

Na esfera administrativa, a empresa apresentou impugnação, que foi provida para reconhecer a ausência de obrigação de recolhimento do mencionado tributo. No entanto, em sede de recurso de ofício, tal decisão foi cassada, mantida a autuação.

Ante a suposta ocorrência de crime contra a ordem tributária, o Ministério Público requisitou a instauração de inquérito policial.

Inconformado, o paciente impetrou prévio *writ*, buscando o trancamento do inquérito policial, cuja ordem foi parcialmente concedida, para sustar o indiciamento do paciente até o recebimento da denúncia e inverter a ordem de sua oitiva na fase policial.

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante sustenta que não houve circulação econômica de mercadoria a justificar a incidência e o pagamento de ICMS. Isto porque as dezoito notas fiscais que deram origem ao citado auto de infração foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

emitidas para a própria empresa emitente, destinando-se a simples exposição das mercadorias nelas discriminadas, tendo estas retornado à empresa, com a emissão das respectivas notas fiscais de retorno dentro do mesmo mês de apuração.

Defende que a mera saída física de mercadorias do estabelecimento comercial, sem transferência de propriedade, não gera direito à cobrança do ICMS.

Invoca o enunciado n.º 166 da Súmula desta Corte.

Alega que, ainda que tenha havido emissão das dezoito notas fiscais de forma incorreta – como operações de “simples remessa” –, foram emitidas as respectivas notas fiscais de entrada no mesmo mês de apuração, não havendo imposto a pagar, caracterizando, pois, a ausência de justa causa para o inquérito policial.

Afirma que a instauração de inquérito policial antes do início de qualquer procedimento visando à cobrança do tributo, sem que tenha havido pronunciamento judicial sobre a questão, configura “terrorismo fiscal”, uma vez que busca, por vias oblíquas, o seu pagamento antecipado (fl. 6).

Ressalta que o paciente não teve a intenção dolosa de sonegar impostos, já que deixou de recolher o ICMS por estar isento de tal pagamento, sendo evidente a ausência de fato considerado criminoso.

Destaca que a ausência de dolo na conduta do paciente afasta por completo a ocorrência do crime.

Requer a concessão da ordem, *in limine*, para que seja impedido o indiciamento do paciente e trancado o Inquérito Policial n.º 305/11, com o arquivamento dos autos.

Distribuído o *writ* no período de recesso forense, a liminar foi indeferida pelo Ministro Ari Pargendler, Presidente desta Corte, à fl. 310.

A autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 318/320.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.206 - SP (2011/0309497-4)

VOTO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Colhe-se dos autos que foi instaurado inquérito policial, a requerimento do Ministério Público, para apurar a suposta prática de delito contra a ordem tributária pela empresa Comergem Comércio de Gemas Imp. Exp. Ltda. A conduta restou assim narrada no auto de infração e imposição de multa (fl. 20):

I – INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO:

1. Deixou de pagar o ICMS no montante de R\$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil, seiscentos e cinquenta e cinco reais e vinte e seis centavos), no período de 01.01.2004 até 31.12.2005, por emissão de documentos fiscais de SAÍDA (...), relacionados no Demonstrativo n.º 1, anexo ao presente e parte integrante deste auto de infração, referentes a operações tributadas, emitidas como isentas, nos termos do artigo 33 (trinta e três) do Anexo I do RICMS/SP, conforme se comprova pelas cópias dos documentos juntados.

O Contribuinte em epígrafe emitiu as citadas Notas Fiscais – Fatura, para destinatários diversos e desconhecidos, utilizando como “NATUREZA DA OPERAÇÃO”: “Simples Remessa”; como Código Fiscal de Operações CFOP: “5.914”, código este de “Remessa de mercadoria ou bem para exposição ou feira”.

Devidamente notificado através de Notificação Mod. 4 específica, o Contribuinte informou as feiras e exposições das quais participou no período de 01.01.2004 até 31.12.2005, conforme documentos anexados ao presente, sendo que as demais 18 (dezoito) notas fiscais de saída, com CFOP 5.914, emitidas fora dos períodos mencionados, ou seja, para feiras e/ou exposições SEM COMPROVAÇÃO, foram incluídas no citado Demonstrativo n.º 1 do presente auto de infração.

Buscando o trancamento do inquérito policial, foi impetrado prévio writ, cuja ordem foi parcialmente concedida, *in verbis* (fls. 302/304):

*Segundo demonstrado nos autos, o **PACIENTE** está*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo investigado por intermédio do Inquérito Policial nº 305/11, por violação, em tese, das normas dos artigos 58, 215, § 3º, inciso 4, e 87, do Regulamento do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS, pois teria circulado mercadorias sem a devida emissão de nota fiscal. O **PACIENTE** dedica-se ao comércio, importação e exportação de pedras preciosas, semi-preciosas, sintéticas, pérolas e serviços de mão-de-obra, denominando-se o seu estabelecimento comercial “Comergem Comércio de Gemas Importação e Exportação Ltda.”.

A argumentação do **PACIENTE**, no sentido de que nada deve ao fisco posto que não promoveu a circulação de mercadorias, mas somente as transferiu para feiras, exposições de possíveis compradores, sem a incidência de imposto, nesta via estreita da **ORDEM DE HABEAS-CORPUS**, não pode ser valorada, posto que demandaria tanto a produção de provas quanto a apreciação das mesmas, como, aliás, bem enunciado pela Douta **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA** no seu Parecer, inclusive com posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Desta sorte, as investigações policiais devem prosseguir para a perfeita apuração daquilo que realmente ocorreu, sendo presente ou não a incidência do imposto nas condutas confessadas pelo **PACIENTE**, para, então, apreciar-se a existência ou não de justa causa para a Ação Penal e tipicidade ou atipicidade do seu procedimento comercial.

Nesta fase embrionária das investigações policiais é por demais prematuro qualquer posicionamento sobre estes argumentos propostos.

Por outro lado, o indiciamento do **PACIENTE** só poderá ser possível ao término das investigações policiais, caso apontem as mesmas para uma eventual responsabilidade penal sua, quando, então, tal ato poderá concretizar-se, sendo, neste momento, prematuro. Tal indiciamento ocorrerá, na forma já identificada e se ofertada e recebida a Denúncia.

De forma idêntica, a sua oitiva naquelas investigações policiais só deverá ocorrer após os esclarecimentos a serem prestados pela Autoridade Fazendária que lavrou o Auto de Infração e Imposição de Multa que gerou ditas investigações, aliás como pleiteado pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** (fls. 10).

Assim, **CONCEDE-SE PARCIALMENTE** a presente **ORDEM DE HABEAS-CORPUS**, para sustar-se o indiciamento do **PACIENTE** na forma preconizada no corpo de acórdão e determinar que a sua oitiva no Inquérito Policial nº 305/11 ocorra após os esclarecimentos do agente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que lavrou o Auto de Infração e Imposição de Multa que o originou, sustando-se, ainda, os efeitos divergentes da liminar de fls. 261/263.

Inconformada, impetra a defesa do paciente o presente *habeas corpus*, pretendendo o trancamento do Inquérito Policial n.º 305/11, impedindo-se, ainda, o seu indiciamento, ao argumento de que seria atípica a conduta que lhe deu origem.

Em que pese os relevantes argumentos expostos na insurgência, impossível acolher-se a pretensão para, como pretende o impetrante, determinar o trancamento do inquérito policial em razão da alegada atipicidade da conduta, pois, como se sabe, para que tal providência seja ordenada é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação probatória, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade, o que não se verifica na hipótese.

Sobre a aferição de tal circunstância em sede de *habeas corpus*, VICENTE GRECO FILHO assevera:

A expressão legal 'manifestamente nulo' significa que, no habeas corpus, não se deve fazer o exame da prova do processo em tela, o que é cabível através dos meios de defesa de que dispõe o réu no curso da ação. Todavia, aliando-se o inc. VI do art. 648 com o inc. I, que considera ilegal a coação sem justa causa, a jurisprudência e a doutrina têm trancado a ação penal quando não houver base para a acusação, fazendo, assim, análise das provas. O exame, contudo, não é o mesmo que seria feito pelo juiz ao proferir sentença condenatória ou absolutória. Trata-se de um exame de que deve resultar, inequivocadamente, a ausência, em tese, de possibilidade da acusação, de forma que a absoluta inviabilidade de processo signifique constrangimento indevido. Seria o caso, por exemplo, de ação penal por fato atípico ou em que alguém é acusado sem nenhuma prova que sustente a imputação que lhe é feita. (Manual de Processo Penal, 3ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, p. 394.)

Com efeito, embora o impetrante alegue que o paciente não teve a intenção dolosa de sonegar impostos, já que deixou de recolher o ICMS por não ser este devido, a análise de tais questões demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via eleita.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, deste Tribunal Superior:

CRIMINAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARQUIVAMENTO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO PELO JUIZ SINGULAR. ARGUMENTOS NÃO APRECIADOS POR ÓRGÃO COLEGIADO DA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A INVESTIGAÇÃO NÃO-EVIDENCIADA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

(...)

III - O inquérito policial é mera peça informativa, destinada a apurar a prática de crimes, cujo trancamento, na via do habeas corpus, somente seria possível se demonstrada, de forma evidente e sem necessidade de exame aprofundado de provas, a flagrante e inequívoca atipicidade da conduta imputada ao investigado ou impossibilidade deste ser o autor dos fatos.

IV - Recurso conhecido em parte, e, nesta extensão, desprovido. (RHC 29.829/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 24/04/2012.)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE INCURSÃO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. PROVIDÊNCIA VEDADA NA VIA ELEITA.

1. O trancamento de inquérito policial por meio do remédio do habeas corpus (ou do respectivo recurso ordinário) é medida de índole excepcionalíssima, cabível apenas nas hipóteses em que desponte, de plano, a atipicidade da conduta, a inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo de autoria ou da materialidade do delito ou, ainda, causa excludente de punibilidade.

2. No caso presente, mostra-se prematura a providência buscada, pois, ao contrário do alegado nas razões recursais, não há comprovação, nesse juízo preliminar, da ausência de dolo do ora recorrente.

3. De se ver que em suas declarações, tomadas no curso da ação penal movida contra a sua ex-funcionária, o recorrente deixa assentado que nunca teria utilizado a conta-corrente da acusada para depositar movimentar valores referentes a seu comércio.

4. Essa versão, no entanto, foi combatida quando veio à baila o extrato bancário, comprovando o depósito de vários cheques nominais à empresa de buffet do recorrente. As cártulas, inclusive, teriam sido endossadas pelo ora peticionário.

5. Assim, devido à necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, providência incompatível com a via estreita do writ.

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RHC 27.186/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 22/02/2012.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao pedido para que se impeça o indiciamento do paciente, melhor sorte não lhe socorre.

O indiciamento é o ato pelo qual a autoridade policial aponta determinada pessoa como a autora do ilícito em apuração.

De acordo com Nucci, *"ser indicado, isto é apontado como autor do crime pelos indícios colhidos no inquérito policial, implica em um constrangimento natural, pois a folha de antecedentes receberá a informação, tornando-se permanente, ainda que o inquérito seja, posteriormente, arquivado"* (Código de Processo Penal. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 92/93).

De fato, o indiciamento desprovido de provas suficientes pode configurar arbitrariedade, já que se estaria imputando a alguém, sem um mínimo respaldo probatório, a prática de um ilícito, dado que constará nos registros policiais.

Por outro lado, é legítimo o indiciamento quando realizado em inquérito no qual existem fundadas suspeitas de participação ou autoria delitiva, tratando-se de ato inserido dentro da esfera de atribuições da autoridade policial.

Nessa esteira é a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, na qual consolidou-se o entendimento no sentido de que o simples indiciamento em inquérito policial não configura constrangimento ilegal reparável na via do *habeas corpus*.

Confira-se:

CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. SUSTAÇÃO DO INDICIAMENTO. PACIENTES QUE SERIAM SÓCIOS DA EMPRESA RESPONSÁVEL PELO ARMAZENAMENTO DO PRODUTO ADULTERADO. MERO INDICIAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

(...)

II. O mero indiciamento em inquérito não caracteriza constrangimento ilegal reparável via *habeas corpus*. Precedentes.

(...)

IV. Ordem denegada. (HC 62314/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2007, DJ 19/03/2007, p. 369.)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. INDICIAMENTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta Corte firmou entendimento de que o mero indiciamento, desde que não seja abusivo e ocorra antes de recebida a denúncia, não constitui constrangimento ilegal sanável pela via do habeas corpus. (Precedentes).

Writ denegado. (HC 55833/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2006, DJ 06/11/2006, p. 350.)

Com idêntica orientação são os julgados do Supremo Tribunal Federal:

DESCAMINHO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. 1. Indiciamento. O simples ato de indiciamento não configura constrangimento ilegal sanável pela via do habeas corpus. Precedentes. 2. Recurso ordinário desprovido. (RHC 86314, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 28-10-2005 PP-00061 EMENT VOL-02211-02 PP-00315 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 437-439.)

HABEAS CORPUS. INDICIAMENTO EM INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Havendo elementos que justifiquem o indiciamento em inquérito policial, não procede a alegação de constrangimento ilegal. Ordem denegada. (HC 85491, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 14/06/2005, DJ 09-09-2005 PP-00045 EMENT VOL-02204-2 PP-00359 RTJ VOL-00194-03 PP-00967.)

Vê-se, portanto, que para que o indiciamento caracterize constrangimento passível de correção na via estreita do *mandamus*, é imprescindível que a sua ilegalidade seja patente, demonstrável de plano, sem a necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória, o que não se verifica no caso em tela.

Imperioso destacar, ainda, que a Corte *a quo* determinou que o indiciamento do paciente só poderá se dar ao término das investigações policiais, caso estas apontem para uma eventual responsabilidade penal, o que significa em uma verdadeira cautela para que o constrangimento ilegal não se configure.

Correta, portanto, a decisão do Tribunal estadual no acórdão objurgado, que não merece qualquer reparo.

Ante o exposto, **denega-se** a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0309497-4

HC 229.206 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 984595720118260000

EM MESA

JULGADO: 12/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VALDENEI FIGUEIREDO ÓRFÃO
ADVOGADO : VALDENEI FIGUEIREDO ÓRFÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JORGE LUIZ BRUSA

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.