



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 394.746 - SP (2017/0075325-7)

RELATOR	: MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE	: ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO
ADVOGADO	: ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(S) - SP065371
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RUBENS OMETTO SILVEIRA MELLO
PACIENTE	: RODOLFO NORIVALDO GERALDI
PACIENTE	: PEDRO ISAMU MIZUTANI
PACIENTE	: PAULO SERGIO DE OLIVEIRA DINIZ
PACIENTE	: JOSE VITORIO TARARAM
PACIENTE	: MARCOS MARINHO LUTZ
PACIENTE	: ARMANDO VIEIRA VIOTTI

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITO FISCAL GARANTIDO POR MEIO DE CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA. CONSTITUIÇÃO DO CREDITO TRIBUTÁRIO INALTERADA. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS CÍVEL, CRIMINAL E ADMINISTRATIVA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Em sede de *habeas corpus* e de recurso ordinário em *habeas corpus* somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a manifesta ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta.

2. Conquanto o débito fiscal tenha sido garantido na origem, o certo é que não se equipara ao pagamento do tributo, razão pela qual não enseja, imediata e obrigatoriamente, o trancamento da ação penal, como almejado. Precedentes.

3. A sentença proferida nos embargos à execução fiscal em nada afetou a constituição do crédito tributário, que permanece hígida, o que reforça a impossibilidade de interrupção prematura do processo criminal, ante a independência entre as esferas cível, administrativa e penal.

4. A pedido do Ministério Público, a autoridade impetrada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinou, nos termos do artigo 93 do Código de Processo Penal, a suspensão do processo criminal por 180 (cento e oitenta) dias, o que reforça a inexistência de coação ilegal a ser reparada por este Sodalício.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. ALBERTO ZACHARIAS TORON (P/PACTES) e MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Brasília (DF), 17 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 394.746 - SP (2017/0075325-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO
ADVOGADO : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(S) - SP065371
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RUBENS OMETTO SILVEIRA MELLO
PACIENTE : RODOLFO NORIVALDO GERALDI
PACIENTE : PEDRO ISAMU MIZUTANI
PACIENTE : PAULO SERGIO DE OLIVEIRA DINIZ
PACIENTE : JOSE VITORIO TARARAM
PACIENTE : MARCOS MARINHO LUTZ
PACIENTE : ARMANDO VIEIRA VIOTTI

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de RUBENS OMETTO SILVEIRA MELLO, RODOLFO NORIVALDO GERALDI, PEDRO ISAMU MIZUTANI, PAULO SERGIO DE OLIVEIRA DINIZ, JOSE VITORIO TARARAM, MARCOS MARINHO LUTZ e ARMANDO VIEIRA VIOTTI, apontando como autoridade coatora a 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0002098-21.2014.8.26.0372/50001.

Noticiam os autos que os pacientes foram denunciados como incursos no artigo 1º, inciso II, combinado com o artigo 11, ambos da Lei 8.137/1990, na forma do artigo 71 do Código Penal, tendo o magistrado singular rejeitado a peça vestibular.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, que foi provido, por maioria, para acolher a inicial, suspendendo, por 180 (cento e oitenta) dias o processo penal.

Contra tal decisão, foram opostos embargos infringentes, que foram rejeitados.

Sustentam os impetrantes que não haveria justa causa para a perseguição criminal, pois o débito fiscal objeto de apuração estaria amplamente garantido na execução fiscal, por meio de apólice de seguro no valor de R\$ 26.654.521,58 (vinte e seis milhões, seiscentos e cinquenta e quatro mil, quinhentos e vinte e um reais e cinquenta e oito centavos).

Alegam que o fato de a referida garantia haver sido aceita pelo Poder



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Judiciário, que conferiu efeito suspensivo aos embargos à execução opostos, demonstraria que o crédito tributário será necessariamente extinto.

Aduzem que, caso os embargos da executada sejam providos, não haverá mais débito fiscal a ser apurado, e, no caso do seu improvimento, o valor será integralmente revertido em favor da Fazenda Estadual, extinguindo-se, em ambos os casos, o crédito tributário.

Argumentam que a Lei de Execução Fiscal equipararia a fiança bancária ao depósito em dinheiro, justificando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e a aplicação, na esfera penal, dos efeitos do pagamento do tributo.

Requerem a concessão da ordem para que a ação penal seja trancada.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 1325/1329, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 394.746 - SP (2017/0075325-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, o trancamento da ação penal instaurada contra os pacientes pela suposta prática de crime contra a ordem tributária.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Segundo consta da denúncia, os acusados, na qualidade de administradores da empresa Raizen Energia S/A, então denominada Cosan S/A Indústria e Comércio, com a detenção do domínio do fato e da atividade empresarial, sendo os responsáveis pelo recolhimento dos tributos e pelas informações prestadas ao Fisco, bem como beneficiários do produto da sonegação, agindo por meio da pessoa jurídica e continuamente, suprimiram ICMS que deveriam recolher aos cofres públicos, mediante fraude à fiscalização tributária, inserindo ou fazendo com que terceiro inserisse elementos inexatos em documentos fiscais (e-STJ fls. 16 e 18).

De acordo com o órgão ministerial, os réus, com a inequívoca intenção de sonegar o tributo estadual, não pagaram ICMS nos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008 por emissão e escrituração das notas fiscais de saídas, em operações tributadas como não tributadas, suprimindo a quantia de R\$ 2.743.359,93 (dois milhões, setecentos e quarenta e três mil, trezentos e cinquenta e nove reais e noventa e três centavos), ao passo que nos meses de janeiro a dezembro de 2006, não obstante a escrituração da entrada da mercadoria, em operações tributadas como não tributadas, suprimiram R\$ 1.172.291,32 (um milhão, cento e setenta e dois mil, duzentos e noventa e um reais e trinta e dois centavos) (e-STJ fl. 17).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constatou-se diferença de quantidade de açúcar movimentada pela empresa com saldo de estoque final ao término dos exercícios de 2007 e 2008, escriturado no Livro de Registro de Inventário, em quantidade inferior ao apurado pelo Fisco, creditando-se a empresa de valores provenientes da perda do açúcar após a saída da mercadoria do estabelecimento, quando já concretizada a operação de circulação de mercadoria (e-STJ fl. 17).

Igualmente, verificou-se diferença de quantidade de açúcar movimentada pela empresa com saldo de estoque no final no exercício de 2006, escriturado no Livro de Registro de Inventário, em quantidade superior ao apurado pelo Fisco, deixando a empresa de efetuar o pagamento do tributo devido, não obstante a escrituração de entrada da mercadoria (e-STJ fl. 18).

O auto de infração foi julgado administrativamente, tendo o débito sido inscrito em dívida ativa (e-STJ fl. 18).

Feitos tais esclarecimentos, é imperioso consignar que se sedimentou na doutrina e jurisprudência pátria o entendimento de que, para se acolher o pleito de trancamento da ação penal na via do *habeas corpus* e do recurso ordinário em *habeas corpus*, é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação de provas, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade, consoante, aliás, assevera Vicente Greco Filho:

*"No **habeas corpus**, não se deve fazer o exame da prova de 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. São Paulo: Saraiva, p. 394).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por oportuno, conveniente registrar que toda denúncia é uma proposta de demonstração da ocorrência de fatos típicos e antijurídicos atribuídos a determinado acusado, sujeita, evidentemente, à comprovação e contrariedade, a qual somente deve ser repelida quando não houver prova da existência de crime ou de indícios de sua participação no evento criminoso noticiado, ou, ainda, quando se estiver diante de flagrante causa de exclusão da ilicitude ou da tipicidade, ou se encontrar extinta a punibilidade.

No caso dos autos, houve a constituição definitiva do crédito tributário, sobrevindo o ajuizamento de execução fiscal, na qual foi oferecida e aceita apólice de seguro-garantia para discutir judicialmente a autuação (e-STJ fl. 467).

No entanto, conquanto o débito fiscal tenha sido garantido na origem, o certo é que não se equipara ao pagamento do tributo, razão pela qual não enseja, imediata e obrigatoriamente, o trancamento da ação penal, como almejado na presente impetração.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA FORMAL DA DENÚNCIA E DE FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

5. A garantia do crédito tributário na execução fiscal - procedimento necessário para que o executado possa oferecer embargos - não possui, consoante o Código Tributário Nacional, natureza de pagamento voluntário ou de parcelamento da exação e, portanto, não fulmina a justa causa para a persecução penal, pois não configura hipótese taxativa de extinção da punibilidade ou de suspensão do processo penal.

6. Como alinhavado pela instância ordinária, a legislação penal em matéria de crimes contra a ordem tributária já é benevolente com aqueles que incorrem nestes delitos, pois prevê formas de extinção da punibilidade e de suspensão do processo não proporcionadas aos crimes em geral.

7. Assim, não deve ser admitida a ampliação da benesse legal de forma automática, toda vez que o agente garantir a execução fiscal para oferecer embargos, sem que haja prova inequívoca do pagamento ou do parcelamento do tributo, máxime porque o crime pressupõe, além do inadimplemento, a prática de conduta ardilosa para violar a ordem tributária.

8. Recurso ordinário não provido.

(RHC 65.221/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 27/06/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LEI N.º 8.137/90. DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA NÃO É PAGAMENTO INTEGRAL DO CRÉDITO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O oferecimento de carta de fiança bancária como garantia de crédito tributário não autoriza o trancamento da ação penal. Embora seja possível, futuramente, em caso de quitação, extinguir-se a punibilidade, trata-se de mera presunção.

2. "O oferecimento de garantia em embargos à execução fiscal, ainda que potencialmente capaz de saldar, ao final daquele feito, o débito fiscal questionado, não é causa extintiva de punibilidade penal prevista como tal em nosso ordenamento, sendo descabida, por razões óbvias, sua equiparação à quitação integral do débito a que se refere o art. 9.º, § 2.º, da Lei n.º 10.684/2003." (HC 235.164/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2012, DJe 17/12/2012) 3.

Recurso desprovido.

(RHC 67.209/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 29/04/2016)

Ademais, verifica-se que a sentença proferida nos embargos à execução fiscal em nada afetou a constituição do crédito tributário, que permanece hígida, o que reforça a impossibilidade de interrupção prematura do processo criminal, ante a independência entre as esferas cível, administrativa e penal.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIME FORMAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO, RELACIONADO COM OS FATOS EM APURAÇÃO. INTEGRIDADE DO LANÇAMENTO REALIZADO NÃO AFETADA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS.

I - "Desnecessária a constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa para configuração dos crimes de contrabando e descaminho" (HC n. 120.783, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 11/4/2014).

II I - "A existência de ação cível anulatória do crédito tributário não impede a persecução penal dos agentes em juízo, em respeito à independência das esferas cível e criminal. Precedentes. Ainda que obtido êxito no pedido de antecipação de tutela na seara cível, a fim de impedir a inscrição dos agentes em dívida ativa, condição de procedibilidade da execução fiscal, inadmissível o trancamento da ação penal, notadamente quando a decisão a eles



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favorável não afetou diretamente o lançamento do tributo devido, que, até decisão definitiva em contrário, não pode ser considerado nulo ou por qualquer outro modo maculado" (RHC n. 21.929/PR, Quinta Turma, Rel.

Min. Jane Silva - Desembargadora Convocada do TJ/MG -, DJU de 10/12/2007).

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 67.467/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 31/08/2016)

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. SONEGAÇÃO FISCAL. (...) SUSPENSÃO DA AÇÃO NA PENDÊNCIA DE DISCUSSÃO JUDICIAL DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. DESCABIMENTO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

4. Esta Corte de Justiça tem jurisprudência uniforme no sentido de que a pendência de discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário perante o Poder Judiciário não obriga a suspensão da ação penal, dada a independência entre as esferas.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 351.035/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 23/08/2016)

Em arremate, é necessário registrar que, a pedido do Ministério Público, a autoridade impetrada determinou, nos termos do artigo 93 do Código de Processo Penal, a suspensão do processo criminal por 180 (cento e oitenta) dias (e-STJ fls. 540/541), o que reforça a inexistência de coação ilegal a ser reparada por este Sodalício.

Irretocável, por conseguinte, o aresto objurgado, que concluiu que "*fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para os fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN, em concerto com o teor do Enunciado Sumular nº 112 da Corte Superior*", razão pela qual "*a peça incoativa há que ser recebida, uma vez que a discussão erigida na esfera cível acerca do crédito tributário obstaculiza tão somente a satisfação da dívida, não impedindo a inauguração da ação penal*" (e-STJ fl. 607).

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0075325-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 394.746 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00020982120148260372 20150000872007 20160000230125 20170000086828
20982120148260372

EM MESA

JULGADO: 17/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO
ADVOGADO	: ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(S) - SP065371
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RUBENS OMETTO SILVEIRA MELLO
PACIENTE	: RODOLFO NORIVALDO GERALDI
PACIENTE	: PEDRO ISAMU MIZUTANI
PACIENTE	: PAULO SERGIO DE OLIVEIRA DINIZ
PACIENTE	: JOSE VITORIO TARARAM
PACIENTE	: MARCOS MARINHO LUTZ
PACIENTE	: ARMANDO VIEIRA VIOTTI

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. ALBERTO ZACHARIAS TORON (P/PACTES) e
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.