



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 78.256 - ES (2016/0293015-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE : RICARDO ALMOKDICE LOPES
RECORRENTE : JUSSARA FERREIRA LOPES
ADVOGADO : LEONARDO NUNES MARQUES E OUTRO(S) - ES009579
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECOLHIMENTO DE ICMS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. GUERRA FISCAL ENTRE ESTADOS FEDERADOS. LANÇAMENTO DE VALORES INEXATOS. GERAÇÃO DE CRÉDITO. DOLO. INÉPCIA DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP.CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se infere na hipótese dos autos. Precedentes.

2. O reconhecimento da inexistência de justa causa para o exercício da ação penal, dada a suposta ausência de elementos de informação a demonstrarem a materialidade e a autoria delitivas, exige profundo exame do contexto probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do *writ*. Precedentes.

3. No caso, consta da peça inicial que os sócios, agindo com evidente dolo, suprimiram tributo e fraudaram a fiscalização tributária, creditando-se, indevidamente, de ICMS lançado na coluna "outros créditos" do Livro Registro de Apuração de ICMS, por ter sido apropriado em valor superior ao percentual de 11% sobre as operações interestaduais, ao "fabricarem" crédito do imposto para compensá-lo com o valor devido mensalmente, manipulando deliberadamente a escrituração fiscal (informando valor de crédito maior do que o real), de forma a obter mais crédito do que o permitido por lei e, assim, pagar a menos o valor do tributo (art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990: itens 2.1 e 2.4).

4. Segundo a denúncia, os sócio-administradores, com evidente dolo, suprimiram tributo e fraudaram a fiscalização tributária deixando de recolher ICMS nas prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal ao emitirem "conhecimentos de transporte" com destaque de imposto, omitindo-o, contudo, do valor de imposto no registro efetuado no Livro de Saída de Mercadorias. Para tanto, as notas fiscais relativas às operações foram anotadas na coluna "isentas e não tributadas" (sem débito de imposto), de modo que tal fraude gerou créditos para as empresas contratantes de serviços de transportes das mercadorias comercializadas pela empresa (art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990: item 2.2).

5. Relata, ainda, que os administradores, como ordenadores dos documentos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fiscais e contábeis da sociedade e sujeitos passivos, agindo com evidente dolo, suprimiram tributo e fraudaram a fiscalização tributária, creditando-se indevidamente de ICMS na entrada de bens destinados ao ativo permanente do estabelecimento, em desconformidade com os ditames da lei de regência do referido imposto, ao fazê-lo em apenas uma parcela, quando deveria realizar em 48 vezes quanto ao creditamento feito no Estado do Espírito Santo do ICMS recolhido no estado de origem dos bens (art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990: item 2.3).

6. Destaca a denúncia que os administradores, agindo com evidente dolo, suprimiram tributo e fraudaram a fiscalização tributária ao deixarem de fornecer nota fiscal de saída, ou seja, relativa à venda de mercadorias, fatos constatados por meio das diferenças tributárias verificadas nos: (1) levantamentos de conta-mercadoria referentes a determinados exercícios (art. 1º, II e V, da Lei n. 8.137/1990: item 2.5); (2) acompanhamento físico da circulação de uma determinada mercadoria (produto), dentro de um determinado período prefixado, evidenciada a irregularidade do lançamento tributário (art. 1º, II e V, da Lei n. 8.137/1990: item 2.6).

7. Hipótese em que os administradores, agindo com evidente dolo, suprimiram tributo e fraudaram a fiscalização tributária ao deixarem de recolher ICMS, na forma e nos prazos regulamentares, devido em razão de operações por eles próprios declaradas no Documento de Informações Econômico Fiscais- DIEF (art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990: item 2.7).

8. Para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Provas conclusivas da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual, deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*. De igual modo, não se pode admitir que o julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o *jus accusationis* do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

9. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o contraditório pelo réu. Precedentes.

10. 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, 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" (RHC 47.193/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 17/5/2017).

11. Esta Corte Superior já decidiu que "a guerra fiscal entre os Estados não pode dar causa a persecução penal sem justa causa" (HC 4.307/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, DJ de 26/5/1997).

12. A Quinta Turma desta Corte Superior entendeu que "não se pode imputar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática de crime tributário ao contribuinte que recolhe o tributo em obediência ao princípio constitucional da não-cumulatividade, bem como mantém a fidelidade escritural dentro das normas (em princípio) válidas no âmbito dos respectivos entes da Federação" (EDcl no HC 196.262/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014).

13. Hipótese em que a inicial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve detalhadamente os elementos essenciais das condutas dos réus, ora recorrentes, indicando tanto o inadimplemento do crédito tributário, como a fraude, para caracterizar a sonegação fiscal, nos termos dos arts. 1º, II e V, da Lei n. 8.137/1990, por diversas vezes, e 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, na forma do art. 69 do Código Penal, permitindo-lhes rechaçar os fundamentos acusatórios.

14. Recurso em *habeas corpus* não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

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

Brasília (DF), 22 de agosto de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 78.256 - ES (2016/0293015-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : RICARDO ALMOKDICE LOPES
RECORRENTE : JUSSARA FERREIRA LOPES
ADVOGADO : LEONARDO NUNES MARQUES E OUTRO(S) - ES009579
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por **RICARDO ALMOKDICE LOPES** e **JUSSARA FERREIRA LOPES** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

No processo de origem, constata-se o oferecimento de denúncia em desfavor dos recorrentes pela prática dos crimes descritos nos arts. 1º, II e V, da Lei n. 8.137/1990, por diversas vezes, e 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, na forma do art. 69 do Código Penal.

Impetrado *habeas corpus*, em que se buscava o trancamento da ação penal por ausência de justa causa e inépcia da denúncia, o TJES denegou a ordem, cuja ementa registra:

"*HABEAS CORPUS* - CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTARIA - ART. 1º, II E V, ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990 - DENÚNCIA GENÉRICA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - ORDEM DENEGADA. 1. Nos crimes societários não é possível, de início, a descrição minuciosa das condutas dos acusados, devendo a apuração da responsabilidade ser realizada no curso da instrução processual.

No caso em tela, entendo que, quando o órgão de acusação imputou aos pacientes, indistintamente, o mesmo fato delituoso, deixando de especificar as atividades empresariais exercidas por cada um deles na empresa, não restou caracterizada a inépcia da inicial, eis que os fatos a eles atribuídos restaram certos e indubitáveis. Ademais, considerando que os postulantes são sócios administradores da empresa, é inquestionável que os mesmos são ordenadores dos documentos fiscais e contábeis da sociedade, bem como são pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poder ou infração da lei, nos termos do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Ordem denegada" (e-STJ, fl. 216).

A defesa reitera os motivos da impetração originária quanto à ausência de justa causa e à inépcia da denúncia.

Assevera carecer a peça inicial dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, dada a ausência de individualização da conduta imputada aos recorrentes, sendo ela genérica.

Entende, ainda, extinta a punibilidade pelo implemento da prescrição da pretensão punitiva pelo escoamento de prazo superior entre a data dos fatos e do recebimento da denúncia. No ponto, destaca que: "O delito previsto no art. 10, inciso V, da Lei n. 8.137/1990, por sua vez, possui pena máxima de cinco anos, ocorrendo a prescrição 12 anos após a consumação. (...) No que tange às notificações de débito n. 271766, 341605, 272041, 364408, 368126, entre a consumação dos delitos e o recebimento da denúncia transcorreu tempo superior a quatro anos. Da mesma forma, no que tange aos autos de infração 4417655, 4417699, 4189955, 4417666 e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4417633, entre a consumação e o recebimento da denúncia se passaram 12 anos" (e-STJ, fl. 240).

Pleiteia, assim, o provimento do recurso para que seja trancada a ação penal.

Informações prestadas (e-STJ, fls. 357-374).

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso (e-STJ, fls. 380-387).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 78.256 - ES (2016/0293015-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE : RICARDO ALMOKDICE LOPES
RECORRENTE : JUSSARA FERREIRA LOPES
ADVOGADO : LEONARDO NUNES MARQUES E OUTRO(S) - ES009579
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECOLHIMENTO DE ICMS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. GUERRA FISCAL ENTRE ESTADOS FEDERADOS. LANÇAMENTO DE VALORES INEXATOS. GERAÇÃO DE CRÉDITO. DOLO. INÉPCIA DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP.CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se infere na hipótese dos autos. Precedentes.
2. O reconhecimento da inexistência de justa causa para o exercício da ação penal, dada a suposta ausência de elementos de informação a demonstrarem a materialidade e a autoria delitivas, exige profundo exame do contexto probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do *writ*. Precedentes.
3. No caso, consta da peça inicial que os sócios, agindo com evidente dolo, suprimiram tributo e fraudaram a fiscalização tributária, creditando-se, indevidamente, de ICMS lançado na coluna "outros créditos" do Livro Registro de Apuração de ICMS, por ter sido apropriado em valor superior ao percentual de 11% sobre as operações interestaduais, ao "fabricarem" crédito do imposto para compensá-lo com o valor devido mensalmente, manipulando deliberadamente a escrituração fiscal (informando valor de crédito maior do que o real), de forma a obter mais crédito do que o permitido por lei e, assim, pagar a menos o valor do tributo (art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990: itens 2.1 e 2.4).
4. Segundo a denúncia, os sócio-administradores, com evidente dolo, suprimiram tributo e fraudaram a fiscalização tributária deixando de recolher ICMS nas prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal ao emitirem "conhecimentos de transporte" com destaque de imposto, omitindo-o, contudo, do valor de imposto no registro efetuado no Livro de Saída de Mercadorias. Para tanto, as notas fiscais relativas às operações foram anotadas na coluna "isentas e não tributadas" (sem débito de imposto), de modo que tal fraude gerou créditos para as empresas contratantes de serviços de transportes das mercadorias comercializadas pela empresa (art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990: item 2.2).
5. Relata, ainda, que os administradores, como ordenadores dos documentos fiscais e contábeis da sociedade e sujeitos passivos, agindo com evidente dolo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suprimiram tributo e fraudaram a fiscalização tributária, creditando-se indevidamente de ICMS na entrada de bens destinados ao ativo permanente do estabelecimento, em desconformidade com os ditames da lei de regência do referido imposto, ao fazê-lo em apenas uma parcela, quando deveria realizar em 48 vezes quanto ao creditamento feito no Estado do Espírito Santo do ICMS recolhido no estado de origem dos bens (art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990: item 2.3).

6. Destaca a denúncia que os administradores, agindo com evidente dolo, suprimiram tributo e fraudaram a fiscalização tributária ao deixarem de fornecer nota fiscal de saída, ou seja, relativa à venda de mercadorias, fatos constatados por meio das diferenças tributárias verificadas nos: (1) levantamentos de conta-mercadoria referentes a determinados exercícios (art. 1º, II e V, da Lei n. 8.137/1990: item 2.5); (2) acompanhamento físico da circulação de uma determinada mercadoria (produto), dentro de um determinado período prefixado, evidenciada a irregularidade do lançamento tributário (art. 1º, II e V, da Lei n. 8.137/1990: item 2.6).

7. Hipótese em que os administradores, agindo com evidente dolo, suprimiram tributo e fraudaram a fiscalização tributária ao deixarem de recolher ICMS, na forma e nos prazos regulamentares, devido em razão de operações por eles próprios declaradas no Documento de Informações Econômico Fiscais- DIEF (art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990: item 2.7).

8. Para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Provas conclusivas da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual, deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*. De igual modo, não se pode admitir que o julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o *jus accusationis* do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

9. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o contraditório pelo réu. Precedentes.

10. 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, 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" (RHC 47.193/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 17/5/2017).

11. Esta Corte Superior já decidiu que "a guerra fiscal entre os Estados não pode dar causa a persecução penal sem justa causa" (HC 4.307/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, DJ de 26/5/1997).

12. A Quinta Turma desta Corte Superior entendeu que "não se pode imputar a prática de crime tributário ao contribuinte que recolhe o tributo em obediência ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípio constitucional da não-cumulatividade, bem como mantém a fidelidade escritural dentro das normas (em princípio) válidas no âmbito dos respectivos entes da Federação" (EDcl no HC 196.262/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014).

13. Hipótese em que a inicial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve detalhadamente os elementos essenciais das condutas dos réus, ora recorrentes, indicando tanto o inadimplemento do crédito tributário, como a fraude, para caracterizar a sonegação fiscal, nos termos dos arts. 1º, II e V, da Lei n. 8.137/1990, por diversas vezes, e 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, na forma do art. 69 do Código Penal, permitindo-lhes rechaçar os fundamentos acusatórios.

14. Recurso em *habeas corpus* não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

A ausência de justa causa e a inépcia da denúncia são objetos da impetração originária presente neste recurso, cuja ordem foi denegada pelo Tribunal de origem nos seguintes termos:

"Conforme relatado, cuida-se de *Habeas Corpus* impetrado pelo advogado Leonardo Nunes Marques em benefício de JUSSARA FERREIRA LOPES e RICARDO ALMOKDICE LOPES, apontando como autoridade coatora a MM. Juiz de Direito da 3 Vara Criminal de Viana, sob a alegação de que o paciente está sendo vítima de constrangimento ilegal em sua liberdade.

Para tanto, sustenta o nobre advogado impetrante que a denúncia oferecida pelo Ministério Público Estadual é inepta, em razão da ausência de individualização das condutas dos postulantes, apresentando-se de forma genérica.

Diante destes argumentos, pugna pelo deferimento da ordem para que seja trancada a Ação Penal de n. 0005234-86.2015.8.08.0050.

Compulsando os autos, vê-se que os pacientes foram denunciados em 7 de julho de 2015, pela suposta prática dos delitos tipificados no artigo 10, incisos II e V, e no artigo 2º, inciso II, ambos da Lei n. 8.137/1990, por diversas vezes.

O impetrante argumenta que a denúncia não cumpriu as determinações do artigo 41 do Código de Processo Penal, eis apresentou-se de forma genérica ao deixar de individualizar as condutas praticadas pelos requerentes.

Primeiramente, não há que se falar em ausência de justa causa (artigo 395, III do CPP) para o oferecimento da denúncia, tendo em vista que a exordial acusatória não está dissociada de elementos concretos de maneira a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caracterizar absoluta ausência de indícios de autoria.

Como se sabe, é fundamental que a exordial acusatória delimite a correta conduta dos acusados para que viabilize a apuração da extensão da responsabilidade de cada agente, bem como para garantir o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa. Assim, é indiscutível que as denúncias genéricas infringem a previsão do artigo 41 do Código de Processo Penal.

Todavia, nos crimes societários não é possível, de início, a descrição minuciosa das condutas dos acusados, devendo a apuração da responsabilidade ser realizada no curso da instrução processual.

No caso em tela, entendo que, quando o órgão de acusação imputou aos pacientes, indistintamente, o mesmo fato delituoso, deixando de especificar as atividades empresariais exercidas por cada um deles na empresa, não restou caracterizada a inépcia da inicial, eis que os fatos a eles atribuídos restaram certos e indubitáveis.

Ademais, considerando que os postulantes são sócios administradores da empresa, é inquestionável que os mesmos são ordenadores dos documentos fiscais e contábeis da sociedade, bem como são pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poder ou infração da lei, nos termos do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Ressalto ainda que, a presente denúncia apresenta-se como geral, e não genérica, tendo em vista que a inicial acusatória atribui a mesma conduta para os coactos pois é impossível, a delimitação exata das condutas praticadas pelos envolvidos nesta fase processual.

Nesse sentido, colaciono o seguinte entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Dessa forma, não havendo demonstração inequívoca por parte do impetrante de existência de grave violação dos requisitos processuais previstos no artigo 41 do CPP, bem como que não é possível constatar nenhum constrangimento ilegal e nenhuma ilegalidade a ser sanada, o presente remédio constitucional deve ser denegado.

Diante de todo o exposto, e em consonância com a douta Procuradoria de Justiça, DENEGO A ORDEM PRETENDIDA" (e-STJ, fls. 214-222).

Consta da peça inicial que os sócios, agindo com evidente dolo, suprimiram tributo e fraudaram a fiscalização tributária, creditando-se, indevidamente, de ICMS lançado na coluna "outros créditos" do Livro Registro de Apuração de ICMS, por ter sido apropriado em valor superior ao percentual de 11% sobre as operações interestaduais, ao "fabricarem" crédito do imposto para compensá-lo com o valor devido mensalmente, manipulando deliberadamente a escrituração fiscal (informando valor de crédito maior do que o real), de forma a obter mais crédito do que o permitido por lei e, assim, pagar a menos o valor do tributo (art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990: itens 2.1 e 2.4).

Ainda, os sócios-administradores, com evidente dolo, suprimiram tributo e fraudaram a fiscalização tributária deixando de recolher ICMS nas prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal ao emitirem "conhecimentos de transporte" com destaque de imposto, omitindo-o, contudo, do valor de imposto no registro efetuado no Livro de Saída de Mercadorias. Para tanto, as notas fiscais relativas às operações foram anotadas na coluna "isentas e não tributadas" (sem débito de imposto), de modo que tal fraude gerou créditos para as empresas contratantes de serviços de transportes das mercadorias comercializadas pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

empresa (art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990: item 2.2).

Relata a denúncia que os administradores, ordenadores dos documentos fiscais e contábeis da sociedade e sujeitos passivos, agindo com evidente dolo, suprimiram tributo e fraudaram a fiscalização tributária, creditando-se indevidamente de ICMS na entrada de bens destinados ao ativo permanente do estabelecimento, em desconformidade aos ditames da lei de regência do referido imposto, ao fazê-lo em apenas uma parcela, quando deveria realizar em 48 vezes quanto ao creditamento feito no Estado do Espírito Santo do ICMS, recolhido no estado de origem dos bens (art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990: item 2.3).

Destaca também que os administradores, agindo com evidente dolo, suprimiram tributo e fraudaram a fiscalização tributária ao deixarem de fornecer nota fiscal de saída, ou seja, relativa à venda de mercadorias, fatos constatados por meio das diferenças tributárias verificadas nos: (1) levantamentos de conta-mercadoria referentes a determinados exercícios (art. 1º, II e V, da Lei n. 8.137/1990: item 2.5); (2) acompanhamento físico da circulação de uma determinada mercadoria (produto), dentro de um algum período prefixado, evidenciada a irregularidade do lançamento tributário (art. 1º, II e V, da Lei n. 8.137/1990: item 2.6).

Por fim, afirma que os administradores, agindo com evidente dolo, suprimiram tributo e fraudaram a fiscalização tributária ao deixarem de recolher ICMS, na forma e nos prazos regulamentares, devido em razão de operações por eles próprios declaradas no Documento de Informações Econômico Fiscais- DIEF (art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990: item 2.7).

Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se infere na hipótese dos autos.

Quanto ao tema, confirmam-se os seguintes julgados de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte:

"PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. SONEGAÇÃO FISCAL. CRIME SOCIETÁRIO. AUTORIA COLETIVA. EMPRESA FAMILIAR. RECORRENTES ESPOSAS DE SÓCIOS. DESCRIÇÃO FÁTICA GENÉRICA. SUFICIÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS DE AUTORIA. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nos crimes de autoria coletiva admite-se a descrição genérica dos fatos, se não for possível, como na espécie, esmiuçar e especificar a conduta de cada um dos denunciados.

2. Indícios de autoria demonstrados, tanto mais que se trata de uma empresa familiar, sendo as recorrentes, sócias e gerentes, segundo a própria defesa, esposas de outros sócios do grupo empresarial.

3. Tese de inexistência de liame da sua atuação com os fatos narrados que não se reveste de credibilidade na via eleita. Plausibilidade da acusação.

4. Direito de defesa assegurado, em face do cumprimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

5. O *habeas corpus* não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia em falta justa causa (ausência de suporte probatório mínimo à acusação), não relevada, *primo oculi*. Intento, em tal caso, que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via restrita do *writ*.

6. Recurso não provido." (RHC 66.363/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 10/3/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. FRAUDE À LICITAÇÃO. DESVIOS DE VERBAS PÚBLICAS FEDERAIS. CESSÃO ILEGAL DE CONTRATOS. ACUSADO MERO PROCURADOR DA EMPRESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELO TRIBUNAL A QUO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 7 E 83 DO STJ.

1. Esta Corte de Justiça admite o trancamento de ação penal em sede de *habeas corpus* quando demonstradas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria.

2. É certo que, para o oferecimento da denúncia, não se exige prova conclusiva acerca da autoria delitiva, mas apenas indícios desta. Entretanto, deve haver lastro probatório mínimo para a instauração da *persecutio criminis in judicio* em desfavor do acusado, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

3. No caso, diante do quadro delineado pela instância ordinária, não resta dúvida que a análise da tese de que o recorrido tinha ciência das irregularidades nas licitações, estando configurada a coautoria delitiva e que, dessa forma, haveria justa causa para a propositura da ação penal, demandaria o reexame de matéria fática, inviável em recurso especial, por força da Súmula 7 desta Corte, mormente considerando que o acusado não integrava o quadro societário da empresa, tendo assinado o contrato na qualidade de mero procurador, nos estritos limites dos poderes a ele outorgados.

4. De notar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento do Inquérito n. 2.482/MG, em 15/9/2011, tem firme o posicionamento de que a consumação do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico do agente de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos. Incidência da Súmula 83 deste Tribunal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp 1430842/PB, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 3/8/2015).

O reconhecimento da inexistência de justa causa para o exercício da ação penal, dada a suposta ausência de elementos de informação a demonstrarem a materialidade e a autoria delitivas, exige profundo exame do contexto probatórios dos autos, o que é inviável na via estreita do *writ*.

Nesse sentido, estabelecem os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL E ILEGITIMIDADE PASSIVA. TRIBUNAL A QUO CONCLUIU ESTAR DEMONSTRADO O ENVOLVIMENTO DA RECORRENTE. SUFICIENTE SUPORTE PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que o trancamento da ação penal é medida de exceção na via do *habeas corpus*, sendo admitido somente quando inequívoca a inépcia da denúncia ou a ausência de justa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa.

2. O Tribunal *a quo* concluiu não haver provas cabais da ausência de capacidade decisória da recorrente e, portanto, de seu envolvimento no delito, tendo em vista os depoimentos prestados e os demais elementos dos autos.

3. Sendo pelas instâncias ordinárias fixada a existência de suporte probatório mínimo de autoria, não cabe reavaliação probatória no *habeas corpus*, para reexame da suficiência das provas para fim de justa causa.

4. Recurso em *habeas corpus* improvido." (RHC 51.659/CE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 16/5/2016).

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO. DIREITO AO SILÊNCIO. RECORRENTE OUVIDO NA QUALIDADE DE TESTEMUNHA. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE QUE ESTARIA ENVOLVIDO NO CRIME INVESTIGADO. EIVA INEXISTENTE.

1. Os artigos 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal e 186 do Código de Processo Penal, conferem ao acusado o direito ao silêncio ou à não autoincriminação, permitindo que, por ocasião de seu interrogatório, cale acerca dos fatos criminosos que lhe são imputados, ou ainda, e via de consequência do sistema de garantias constitucionais, negue a autoria delitiva, sem que isso dê ensejo à apenação criminal ou mesmo valoração negativa dessas declarações pelo togado singular, que poderá, no máximo, desconsiderá-las quando do cotejo com os demais elementos probatórios colacionados.

2. No caso dos autos, em nenhuma das oportunidades em que foi ouvido na fase extrajudicial, o recorrente ostentava a qualidade de investigado, tendo sido indiciado apenas ao final do procedimento inquisitorial, ocasião em que, advertido de seus direitos constitucionais, confirmou o teor de seus depoimentos anteriores, negando que tenha participado do desvio de carga, o que afasta a mácula suscitada na irresignação.

INEXISTÊNCIA DE PROVAS EM DESFAVOR DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NO DOCUMENTO QUE TERIA SIDO UTILIZADO NA FRAUDE. FALTA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA.

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

2. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente reclamo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.

3. Recurso desprovido. (RHC 63.480/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 9/3/2016).

Para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Provas conclusivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual, deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o *jus accusationis* do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, de maneira que se individualize a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu (Nesse sentido: RHC 56.111/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1º/10/2015; RHC 58.872/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 1º/10/2015; RHC 28.236/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 1º/10/2015).

É de se destacar que 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, 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." (RHC 47.193/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 17/5/2017).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "a guerra fiscal entre os Estados não pode dar causa à persecução penal sem justa causa" (HC 4.307/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 14/4/1997, DJ de 26/5/1997).

Além disso, esta Quinta Turma firmou entendimento de que "não se pode imputar a prática de crime tributário ao contribuinte que recolhe o tributo em obediência ao princípio constitucional da não-cumulatividade, bem como ao que mantém a fidelidade escritural dentro das normas (em princípio) válidas no âmbito dos respectivos entes da Federação".

Eis a ementa do julgado:

"PENAL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO MODIFICATIVO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DE ICMS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. GUERRA FISCAL ENTRE ESTADOS FEDERADOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. Os embargos de declaração têm ensejo quando há ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado e, por construção pretoriana integrativa, erro material.
2. Constatada a existência de omissão no julgado acerca da atipicidade da conduta, a questão deve ser alvo de enfrentamento.
3. O trancamento de ação penal ou de inquérito policial em sede de *habeas corpus* constitui 'medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito' (HC 281.588/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 5/2/2014).
4. Hipótese em que os embargantes foram denunciados pela prática dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delitos descritos nos artigos 1º, IV, e 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, por duas vezes, porque teriam reduzido o valor a pagar a título de ICMS-ST em operações interestaduais de compra e venda de baterias automotivas.

5. Situação que retrata a guerra fiscal entre estados federados, consubstanciada na concessão de incentivo fiscal a uma das partes da operação comercial, sem amparo em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, conforme determina a LC n. 24/1975.

6. 'A guerra fiscal não se limita à alocação dos empreendimentos. Mesmo quando definidos os lugares de instalação, os embates continuam quando as unidades começam a funcionar, pois é comum a circulação de mercadorias entre estabelecimentos de Estados distintos, ensejando discussão acerca da validade e do abatimento do crédito relativo à operação anterior (entrada) na operação subsequente (saída), o que, caso não existisse o conflito, deveria ser aceito normalmente, em face do princípio da não-cumulatividade do ICMS (art. 155, § 2º, I, CF/88).' (FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A Extrafiscalidade e a Concretização do Princípio da Redução das Desigualdades Regionais. Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 134).

7. Afasta-se a configuração do delito capitulado no art. 1º, IV, da Lei n. 8.137/1990, se os dados informados na nota fiscal são exatos e correspondem à realidade, refletindo fiel e cabalmente os detalhes da operação de compra e venda de mercadoria, com os lançamentos tributários exigidos por lei e já com pagamento antecipado e tempestivo do ICMS devido.

8. O aproveitamento de crédito de ICMS decorrente de diferenças de alíquotas interestaduais, ainda que possa ser passível de eventual condenação no âmbito fiscal (pagamento de créditos glosados), não caracteriza o delito descrito no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990.

9. Não se pode imputar a prática de crime tributário ao contribuinte que recolhe o tributo em obediência ao princípio constitucional da não-cumulatividade, bem como mantém a fidelidade escritural dentro das normas (em princípio) válidas no âmbito dos respectivos entes da Federação.

10. Embargos acolhidos, para não conhecer do *habeas corpus* e conceder a ordem, de ofício, determinando o trancamento da ação penal por atipicidade da conduta."

(EDcl no HC 196.262/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014).

A inicial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve detalhadamente os elementos essenciais das condutas dos réus, ora recorrentes, indicando tanto o inadimplemento do crédito tributário, como **a fraude**, para caracterizar a sonegação fiscal, nos termos dos arts. 1º, II e V, da Lei n. 8.137/1990, por diversas vezes, e 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, na forma do art. 69 do Código Penal, permitindo-lhes rechaçar os fundamentos acusatórios, em atenção ao consagrado direito à ampla defesa e ao contraditório.

A propósito do tema, colaciono o seguinte julgado:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. 121, § 2º, INCISOS II E IV, DO CÓDIGO PENAL. PEDIDOS DE INUTILIZAÇÃO DAS GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS E DE DESENTRANHAMENTO DE PROVAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DENÚNCIA. INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

I - Os pedidos de inutilização das gravações telefônicas, assim como de desentranhamento dos laudos periciais acostados à ação penal em trâmite na primeira instância e das provas supostamente obtidas de forma ilícita não foram analisadas pelo eg. Tribunal de origem. Dessa forma, fica esta Corte Superior impossibilitada de examinar tais teses, sob pena de indevida supressão de instância (precedentes).

II - A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com o que dispõem os art. 41 do CPP, e o art. 5º, LV, da CF/88. A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito (HC n. 86.000/PE, SEGUNDA TURMA, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJU de 2/2/2007). A inépcia da denúncia caracteriza situação configuradora de desrespeito estatal ao postulado do devido processo legal.

III - Não está caracterizada a inépcia da denúncia quando se constata que houve a individualização dos denunciados, a descrição dos fatos delituosos, a classificação dos crimes e o rol de testemunhas, de acordo com os requisitos exigidos no art. 41 do CPP. IV - Ademais, conforme entendimento desta eg. Corte Superior, não é imprescindível na denúncia a individualização da conduta de forma pormenorizada, nos casos de coautoria (precedentes). Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido." (RHC 65.251/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 10/12/2015).

Desse modo, não há falar, na espécie, em ausência de justa causa para a ação penal apta a justificar a intervenção desta Corte.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso em *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0293015-7

RHC 78.256 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00052348620158080050 00164428620168080000 164428620168080000 201600626312

EM MESA

JULGADO: 22/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: RICARDO ALMOKDICE LOPES
RECORRENTE	: JUSSARA FERREIRA LOPES
ADVOGADO	: LEONARDO NUNES MARQUES E OUTRO(S) - ES009579
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
CORRÉU	: NEY GERALDO MAGELA FERREIRA LOPES

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso."

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