

Supremo Tribunal Federal
COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 26.08.2005
EMENTÁRIO Nº 2 2 0 2 - 3

09/08/2005

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 86.120-2 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE**
PACIENTE(S) : ANTONIO ARY MARTORELLI
PACIENTE(S) : OTTO HUGO AUGUSTIN
IMPETRANTE(S) : ALEXANDRE GAIOFATO DE SOUZA
ADVOGADO(A/S) : RODRIGO CARDOSO TAFFI E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: I. Habeas corpus: admissibilidade: trancamento de inquérito policial.

Se se trata de processo penal ou mesmo de inquérito policial, a jurisprudência do STF admite o **Habeas corpus**, dado que de um ou outro possa advir condenação à pena privativa de liberdade, ainda que não iminente, cuja aplicação poderia ser viciada pela ilegalidade contra a qual se volta a impetração da ordem.

II. Crime material contra a ordem tributária (L. 8.137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo: precedente (HC 81.611, Pleno, 10.12.2003, Pertence, Inf.STF 333).

A C Ó R D ã O

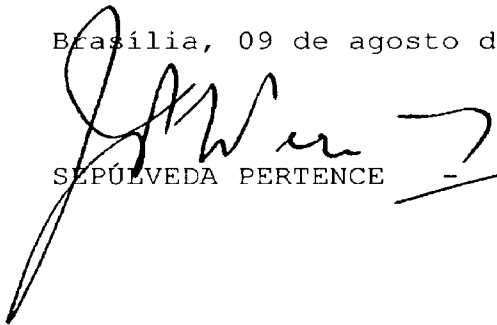
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de



HC 86.120 / SP *Supremo Tribunal Federal*

votos, em deferir o pedido de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 09 de agosto de 2005.


SEPÚLVEDA PERTENCE - RELATOR

efs.

Supremo Tribunal Federal

09/08/2005

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 86.120-2 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
 PACIENTE(S) : ANTONIO ARY MARTORELLI
 PACIENTE(S) : OTTO HUGO AUGUSTIN
 IMPETRANTE(S) : ALEXANDRE GAIOFATO DE SOUZA
 ADVOGADO(A/S) : RODRIGO CARDOSO TAFFI E OUTRO(A/S)
 COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Trata-se de **habeas corpus** - substitutivo de recurso ordinário -, contra acórdão do STJ, que expôs o caso e decidiu nestes termos (f. 78/84):

"Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de ANTÔNIO ARY MARTORELLI e OTTO HUGO AUGUSTIN, visando ao trancamento do inquérito policial contra eles instaurado, com o fim de apurar a ocorrência, em tese, de crime contra a ordem tributária [L. 8.137/90, art. 1º - f. 81].

Em razões, sustenta-se, em síntese, que o início das investigações policiais contraria o disposto no art. 83 da Lei 9.430/96, eis que a questão não teria sido decidida na esfera administrativa, pois a referida empresa teria apresentado defesa administrativa à Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda Estadual contra o auto de infração, que estaria pendente de julgamento.

Não merece prosperar a irresignação.

É insubsistente a alegação de que, na pendência do processo administrativo em andamento para apurar eventual sonegação de imposto, não poderia ser instaurado o inquérito policial para investigar a prática de algum delito.

A jurisprudência desta Turma tem entendido que o esgotamento da instância administrativa se faz necessário para o início da ação penal, tão-somente quando



a defesa ou recurso do contribuinte se referir ao **quantum** devido ou à própria exigibilidade do crédito tributário.

Tal entendimento, contudo, não se aplica à hipótese dos autos, em que o impetrante pretende obstar o andamento do inquérito policial, sustentando que a via administrativa não se encontra esgotada.

Deve-se atentar para o fato de que 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 inequívoca 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.

No caso dos autos, foi instaurado inquérito policial, por requisição do Ministério Público, com amparo em expediente remetido pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, onde se constatou possível cometimento de crime contra a ordem tributária atribuído aos responsáveis pela empresa MARBOR MÁQUINAS DE BORDAR LTDA, relativos ao não-pagamento de ICMS (fls. 291/202).

Além disso, o posicionamento firmado nesta Corte é no sentido de que o simples indiciamento em inquérito policial não caracteriza constrangimento ilegal reparável através de **habeas corpus**.

(...)

Evidenciada, portanto, a existência de crime, em tese, assim como indícios de autoria, não restando demonstrado eventual divórcio entre a imputação fática e os elementos nos quais ela se apóia, não há que se falar em trancamento de inquérito policial.

Diante do exposto, denego a ordem."

Donde a presente impetração, na qual se alega falta de justa causa para a ação penal e violação do art. 5º, LV, da Constituição, sob o argumento de que os pacientes - sócios da empresa autuada - possuem o direito de questionar a validade e o mérito do auto de infração mediante processo administrativo fiscal que, enquanto pendente de decisão definitiva, impossibilita a persecução penal.

HC 86.120 / SP

Supremo Tribunal Federal

Invoca-se, no ponto, precedentes do STF (v.g., HC 81.611, Pleno, 10.12.03, **Pertence**, DJ 13.5.05; RHC 83.717, 1ª T., 16.3.04, **Marco Aurélio**, DJ 30.4.04 - f. 33/42), este último assim ementado:

"CRIME TRIBUTÁRIO - SONEGAÇÃO - PROCESSO ADMINISTRATIVO EM CURSO - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL - INVIABILIDADE. Ante os contornos do processo administrativo fiscal e a natureza do crime perpetrado - sonegação de tributo -, há de aguardar-se o desfecho respectivo, mostrando-se imprópria a precipitação mediante provocação de instauração de inquérito policial. O processo administrativo visa a elucidar a configuração, ou não, em tal campo, da infração tributária".

Requer o impetrante a concessão de liminar para suspender o curso do inquérito policial nº 04/04 - instaurado pela 1ª Delegacia da DISSCF/SP - e, no mérito, o "trancamento" do referido procedimento, "até decisão das defesas administrativas interpostas" (f. 2/19).

Deferida a liminar - para sustar o curso do inquérito -, sobreveio o parecer do Ministério Público Federal, da lavra da Il. Subprocuradora-Geral **Delza Rocha**, que opinou pelo deferimento da ordem (f. 225/230).

Ressalta o parecer que em consulta ao sítio da Secretaria de Fazenda de São Paulo "(www.fazenda.sp.gov.br), consta que o auto de infração nº 3.005.473-4, que teria motivado a instauração do procedimento investigatório, está pendente de apreciação recursal, encontrando-se, ainda, em primeira instância" (f. 231).

É o relatório.



HC 86.120 / SP

*Supremo Tribunal Federal*V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator):

I

A jurisprudência do Tribunal não subscreve o entendimento contido no acórdão impugnado, de "que o simples indiciamento em inquérito policial não caracteriza constrangimento ilegal reparável através de *habeas corpus*" (f. 80).

Assim, dentre outros precedentes semelhantes ao caso dos autos, o HC 84.105, 1ª T., 15.6.04, **Marco Aurélio** (DJ 13.8.04) e o RHC 83.717, 1ª T., 16.3.04, **Marco Aurélio** (DJ 30.4.04), mencionado no relatório.

Trata-se, ademais, conforme acentuei no HC 82.354, 1ª T., 10.8.04, de que fui relator (DJ 2.9.04), de "dar efetividade máxima ao remédio constitucional contra a ameaça ou a coação da liberdade de ir e vir, que não se alcançaria, se limitada a sua admissibilidade às hipóteses da prisão consumada ou iminente."

Conheço do *habeas corpus*.

II

No mérito, estou convencido de que a ordem é de ser concedida, na linha da jurisprudência do Tribunal.

Com efeito, aplica-se ao caso o decidido pelo Plenário, no HC 81.611, 10.12.03, por mim relatado (Inf. STF 333), quando se



HC 86.120 / SP

Supremo Tribunal Federal

asseverou que, "nos crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, configurando-se como elemento essencial à exigibilidade da obrigação tributária, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa" ou, segundo outros votos que também compuseram a maioria, elemento essencial à tipicidade do fato.

Se se entende que, antes do lançamento definitivo, o fato é atípico, patente o constrangimento ilegal na instauração do inquérito.

O mesmo ocorre, se, como sustentei no **leading case**, a hipótese é de carência de **condição objetiva de punibilidade**, pois igualmente ociosa a instauração de inquérito que tenha por objeto a apuração de fato que - malgrado típico, em tese -, já não seja punível ou ainda não o seja.

Este o quadro, **defiro a ordem**, - para determinar o trancamento do inquérito policial 04/04, instaurado pela 1ª Delegacia da DISSCF/SP (f. 123/128), sem curso, no entanto, a prescrição penal: é o meu voto.



Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE Relator

Supremo Tribunal Federal

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 86.120-2

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

PACTE.(S): ANTONIO ARY MARTORELLI

PACTE.(S): OTTO HUGO AUGUSTIN

IMPTE.(S): ALEXANDRE GAIOFATO DE SOUZA

ADV.(A/S): RODRIGO CARDOSO TAFFI E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª. Turma, 09.08.2005.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana Cintra Santos.

Ricardo Dias Duarte
Coordenador