

17/11/2009

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 92.959 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. CARLOS BRITTO
PACTE. (S)	: MARIA LUIZA SCARANO ARANTES ROCCO E OUTRO(A/S)
PACTE. (S)	: MARIA HELENA JUNQUEIRA DA VEIGA SERRA
PACTE. (S)	: PAULO FRANCISCO VILELA DE ANDRADE
PACTE. (S)	: LUIS CARLOS GOMES DE SOUTELLO
PACTE. (S)	: JOÃO PAULO MUSA PESSOA
PACTE. (S)	: FRANCISCO ROBERTO DE REZENDE JUNQUEIRA
PACTE. (S)	: PAULO SEBASTIÃO GOMES CARDOSO
PACTE. (S)	: BERNARDO LUIS RODRIGUES DE ANDRADE
IMPTE. (S)	: JOSÉ CARLOS DIAS E OUTRO(A/S)
IMPTE. (S)	: JOSÉ LUÍS DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S) (ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGADA CARÊNCIA DE ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO DELITO DE QUADRILHA OU BANDO. PLURALIDADES DE DENÚNCIAS PELO CRIME DE QUADRILHA. SIMILITUDE FÁTICA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em considerar excepcional o trancamento da ação penal, pela via processualmente acanhada do *habeas corpus*. Via de verdadeiro atalho que somente autoriza o encerramento prematuro do processo-crime quando de logo avulta ilegalidade ou abuso de poder (HCS 86.362 e 86.786, da relatoria do ministro Carlos Ayres Britto; e 84.841 e 84.738, da relatoria do ministro Marco Aurélio).

2. No caso, a denúncia descreveu, suficientemente, os fatos supostamente ilícitos, sendo descabido o nível de detalhamento requerido na impetração. Denúncia que permitiu aos acusados o mais amplo exercício do direito de defesa. Pelo que não é de ser considerada como fruto de um arbitrário exercício do poder-dever de promover a ação penal pública.



HC 92.959 / SP

3. O quadro empírico do feito não permite enxergar a flagrante ausência de justa causa da ação penal quanto ao delito contra a ordem tributária. Isso porque a impetração não demonstrou, minimamente, a pendência de constituição definitiva do crédito tributário objeto da acusação ministerial pública. Além disso, a natureza filantrópica da fundação investigada também não é de molde a afastar, de plano, eventual prática de crime tributário.

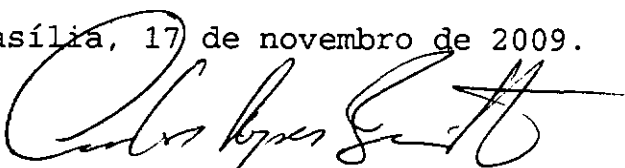
4. Por outro lado, a denúncia objeto deste *habeas corpus*, no tocante ao delito de formação de quadrilha, é mera reiteração de acusação que tramita no Juízo processante da causa, tanto que se trata de simples transcrição literal da inicial previamente ajuizada. A constituir patente situação de "bis in idem", o que autoriza o trancamento da ação penal, no ponto.

5. Ordem parcialmente concedida.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em deferir, em parte, o pedido de **habeas corpus**, o que fazem nos termos do voto do Relator e por unanimidade de votos, em sessão presidida pelo Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas.

Brasília, 17 de novembro de 2009.



CARLOS AYRES BRITTO

- RELATOR

17/11/2009

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 92.959 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CARLOS BRITTO**
PACTE. (S) : MARIA LUIZA SCARANO ARANTES ROCCO E
OUTRO(A/S)
PACTE. (S) : MARIA HELENA JUNQUEIRA DA VEIGA SERRA
PACTE. (S) : PAULO FRANCISCO VILELA DE ANDRADE
PACTE. (S) : LUIS CARLOS GOMES DE SOUTELLO
PACTE. (S) : JOÃO PAULO MUSA PESSOA
PACTE. (S) : FRANCISCO ROBERTO DE REZENDE JUNQUEIRA
PACTE. (S) : PAULO SEBASTIÃO GOMES CARDOSO
PACTE. (S) : BERNARDO LUIS RODRIGUES DE ANDRADE
IMPTE. (S) : JOSÉ CARLOS DIAS E OUTRO(A/S)
IMPTE. (S) : JOSÉ LUÍS DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

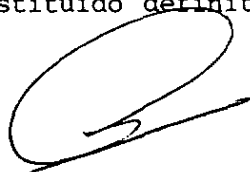
R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)**

Cuida-se de *habeas corpus*, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de trancamento da ação penal a que respondem os pacientes, por crimes contra a ordem tributária e formação de quadrilha ou bando¹.

¹ Esta a ementa do julgado: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. *HABEAS CORPUS*. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO. INOCORRÊNCIA. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PENDÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO OU AÇÃO COM EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO REJEITADO.

1. O recurso de Embargos de Declaração tem por escopo esclarecer, complementar ou perfectibilizar os atos judiciais, quando tais erros possam comprometer sua utilidade ou sua eficácia. Assim, a teor do art. 619 do CPP, são cabíveis quando houver, na decisão judicial, ambigüidade, obscuridade, contradição ou, ainda, for omitido ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado.

2. Não há que se falar em contradição, uma vez que, a despeito do entendimento pacífico nesta Corte ser o de que antes de constituído definitivamente o crédito



HC 92.959 / SP

2. Pois bem, os impetrantes renovam, aqui, o pedido de trancamento da Ação Penal nº 2003.61.02.013009-2, em curso na 8ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP. Ação penal que increpa aos pacientes, na administração da Fundação Assistência Social Sinhá Junqueira, a supressão dos tributos federais listados às fls. 299-320².

3. Tais irregularidades (diz a denúncia) decorrem do fato de que a Fundação Sinhá Junqueira "não vinha efetuando os recolhimentos das referidas contribuições previdenciárias em razão do seu autoenquadramento como entidade filantrópica detentora de imunidade tributária" (fls. 308). O que evidenciou a existência de

tributário, não há justa causa para a instauração de Ação Penal Tributária (art. 1º. da Lei 8.137/90), **no caso em apreço não restou evidenciada, de plano, a existência de procedimentos em curso, dotados de efeito suspensivo, de sorte a ensejar o trancamento ou sobrestamento da persecução penal.**

3. A ação judicial de anulação ou declaratória de nulidade do lançamento somente paralisa a ação penal correspondente quando reúna segura plausibilidade de procedência ou se realizado o depósito integral do valor da exação a que se refere, pois nessa hipótese tem aplicabilidade o disposto no art. 93 do CPP (questão prejudicial); no presente caso, a ação cível foi decidida sem exame de mérito e não se tem notícia de depósito elisivo da exigibilidade do tributo, também inexistindo informação sobre o eventual efeito suspensivo do recurso eventualmente interposto contra aquele *decisum*.

4. Ante a inexistência de prova concludente do direito dos ora pacientes, inadequada a via estreita do *Habeas Corpus* para análise do constrangimento ilegal invocado, uma vez que este reclama a existência de ofensa ou ameaça ao direito de locomoção decorrente de uma ilegalidade ou abuso de poder, não admitindo, como regra, qualquer dilação probatória.

5. Embargos declaratórios rejeitados."

² I - Contribuições Sociais, no período de 01/99 a 12/01 (NFLD nº 35.136.030-1); II - Contribuições Previdenciárias, no período de 07/97 a 12/98 (NFLD nº 35.136.035-2); III - Contribuições Previdenciárias, no período de 03/00 a 09/00 (NFLD nº 35.136.036-0); IV - Contribuições Previdenciárias, no período de 07/00 a



HC 92.959 / SP

um verdadeiro esquema criminoso, que se valia da natureza jurídica da referida entidade para iludir a fiscalização tributária e desrespeitar as normas regentes das Fundações.

4. Prossigo neste relato da causa para, em apertada síntese, apresentar o desenrolar dos fatos postos em julgamento. Leia-se:

I - os pacientes foram denunciados pelo delito de formação de quadrilha e por crimes contra a ordem tributária. Inconformada com o recebimento da inicial acusatória pelo Juízo da 8ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal da 3ª Região;

II - o TRF da 3ª Região concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus*. Ao fazê-lo, determinou o trancamento da ação penal **tão somente** quanto à imputação contida na NFLD nº 35.136.036-0. Isso porque o lançamento tributário respectivo foi anulado mediante processo administrativo fiscal;

III - irresignada, a defesa ajuizou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça (HC 49.194). O que fez para insistir no trancamento integral da ação penal sob exame (2003.61.02.013009-2), ou seja, tanto com relação aos crimes tributários (demais NFLDs) quanto ao delito de quadrilha. Mas o fato é que, no julgamento de mérito do HC, a Corte Superior de Justiça recusou qualquer

12/01 (NFLD nº 35.136.037-9); V - Contribuições Previdenciárias, no período de 08/94 a 01/97 (NFLD nº 32.436.286-2) (fls. 299/320).



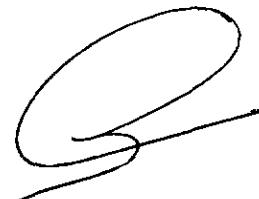
HC 92.959 / SP

ilegalidade no curso da ação penal. Entendimento que foi mantido em sede de embargos declaratórios.

5. É contra esta última decisão colegiada que se insurgem os impetrantes. Isto sob o fundamento de inépcia da inicial acusatória "e a falta de justa causa da ação penal, tanto pelos crimes contra a ordem tributária, quanto para a formação de quadrilha". Argumentam que a denúncia foi oferecida antes do término dos procedimentos administrativo-fiscais e não descreve, suficientemente, a suposta conduta criminosa.

6. Prosseguem os impetrantes para anotar que os fatos narrados na inicial acusatória nem mesmo em tese configuram ilícito penal. Isso porque a Fundação Sinhá Junqueira é entidade filantrópica atípica, cuja fonte de recursos "sempre foi uma usina de açúcar e álcool que historicamente desempenhou atividades produtivas em setor, como se sabe, altamente competitivo e que sofreu sucessivas crises econômicas ao longo dos últimos anos" (fls. 06).

7. Avançam os impetrantes para acentuar que o Conselho Nacional de Assistência Social indeferiu a renovação do certificado de entidade beneficente da Fundação Sinhá Junqueira, porém tal reconhecimento é objeto de agravo de instrumento provido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região para conceder efeito suspensivo à apelação interposta pela Fundação. Pelo que a Fundação



HC 92.959 / SP

permanece fazendo jus à imunidade tributária reconhecida pela decisão liminar do mandado de segurança. Consideram que a atuação profissional dos pacientes no âmbito de empresa coligada (Fazenda Santa Cristina Ltda.) não configura quadrilha ou bando, sendo certo que a entidade filantrópica investigada já obteve mais de uma decisão judicial reconhecendo a legalidade de sua administração.

8. Já no tocante à inépcia da denúncia, os acionantes alegam que a suposta supressão de contribuições sociais se apoia em 5 (cinco) Notificações Fiscais de Lançamento de Débito (NFLD), porém não houve a devida descrição dos fatos. O que inviabiliza o exercício do direito de defesa, dado que o Procurador da República "limita-se, a cada capítulo da sua denúncia, a repetir a mesma frase sem substância técnica, sem tentar especificar quais seriam os 'elementos inexatos' e quais seriam as 'omissões de operações'" (fls. 10). Imprecisão que fica nítida, ante a decisão do Juízo processante que indeferiu o pedido de prisão preventiva dos acusados, formulado pelo órgão ministerial público.

9. Por outra volta, aduzem os acionantes que a inicial acusatória foi apresentada antes de encerrados os procedimentos administrativos. Prova disso (diz a defesa) é que a NFLD nº 35.136.036-0 foi julgada improcedente pelo próprio INSS, após impugnação da Fundação investigada. Tanto é verdade que o TRF da 3ª Região corrigiu tal excesso acusatório, ao conceder o habeas corpus



HC 92.959 / SP

ali ajuizado e determinar o trancamento da ação penal no ponto específico.

10. Não bastasse, a impetração renova o argumento de que a Fundação Sinhá Junqueira é, e continua sendo, entidade filantrópica. Pelo que desfruta de imunidade tributária, assegurada pela Constituição Federal. Afirma que o Conselho Superior do Ministério Público homologou conclusão da Promotoria de Fundações para atestar a "inexistência de irregularidades na gestão da Fundação Sinhá Junqueira".

11. À derradeira, os impetrantes argumentam que a acusação de quadrilha, objeto da ação penal questionada nestes autos (2003.61.02.013009-2), reproduziu-se nas Ações Penais n.ºs 2003.61.02.012981-8 e 2003.61.02.013009-2. O que, segundo eles, esbarra na própria tipificação do delito de quadrilha, que pressupõe o cometimento reiterado de crimes. Cometimento que não é de ensejar, então, denúncias diversas.

12. Dito isso, averbo que deferi parcialmente a medida liminar requestada. O que fiz por entender que o exame preliminar deste HC sinalizava a pertinência da tese defensiva, ao menos quanto ao delito de formação de quadrilha. Até mesmo porque o cotejo entre a denúncia de fls. 299-320 e as iniciais acusatórias que instruem os HCs 92.497 e 92.499, também da minha relatoria, dá conta de que os pacientes foram denunciados, ao menos nestas três vezes, pelo crime



HC 92.959 / SP

de formação de quadrilha, **considerada a mesma base fática**. Base fática, essa, consistente na suposta associação permanente deles, pacientes, para a prática de crimes tributários, mediante a administração da Fundação Sinhá Junqueira e da Fazenda Cristina. Mais: o exame inaugural da causa já indicava que a ação que se pretende trancar neste processo foi ajuizada tão somente após o início da Ação Penal de nº 2003.61.02.012981-8. Ação em que também se increpa aos pacientes o delito de quadrilha, reafirmo, com esteio no mesmo quadro empírico o qual sustenta a acusação feita na Ação Penal nº 2003.61.02.013009-2. Tanto é assim que as denúncias que inauguraram as Ações Penais nºs 2003.61.02.012981-8 e 2003.61.02.013008-0, no ponto referente ao delito de formação de quadrilha, são idênticas à ajuizada e autuada sob o número 2003.61.02.013009-2.

13. Prestadas as informações solicitadas, abri vista dos autos à Procuradoria-Geral da República. Procuradoria que opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

* * * * *



17/11/2009

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 92.959 SÃO PAULOV O T O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)**

Consoante relatado, dois são os temas centrais a serem enfrentados por esta nossa Primeira Turma, a saber: a) a inépcia da denúncia; b) a falta de justa causa da ação penal.

16. Começo por lembrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme em considerar excepcional o trancamento da ação penal, pela via processualmente acanhada do *habeas corpus*. Via de verdadeiro atalho que somente autoriza o encerramento prematuro do processo-crime quando de logo avulta ilegalidade ou abuso de poder. Isto é, quando os fatos narrados na denúncia evidentemente não consubstanciarem crime, quando ocorrente a prescrição, ou quando se constatar defeito de forma, considerada a peça inicial acusatória (HCs 86.362 e 86.786, da minha relatoria; bem como 84.841 e 84.738, da relatoria do ministro Marco Aurélio).

17. Daqui se seguem dois parâmetros objetivos para o exame da controvérsia: os arts. 41 e 395 do Código de Processo Penal. No art. 41, a lei adjetiva penal indica um necessário conteúdo positivo para a denúncia. É dizer: ela, denúncia, deve conter a exposição do fato em tese criminoso, com todas as suas circunstâncias, de par com a qualificação do acusado, a



HC 92.959 / SP

classificação do crime e o rol de testemunhas (quando necessário). Esclarecimentos que viabilizem a sua defesa, tudo para que o contraditório se estabeleça nos devidos termos. Já no art. 395, o mesmo diploma processual impõe à peça acusatória um conteúdo negativo. Se no primeiro há uma obrigação de fazer por parte do Ministério Público, no art. 395 há uma obrigação de não fazer; ou seja, a peça de denúncia não pode incorrer nas seguintes impropriedades:

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

I - for manifestamente inepta;

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

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

18. Feitas essas rápidas considerações iniciais, adianto que não procede a alegação de inépcia da denúncia. Alegação que se apoia, basicamente, em dois aspectos: falta de individualização da conduta imputada aos acusados e ausência de uma precisa indicação sobre o modo como os denunciados inseriram "elementos inexatos" ou omitiram operações, em documentos e livros exigidos pela legislação fiscal. Para cimentar esse meu ponto de vista, reproduzo trechos da peça de acusação (fls. 299-323):

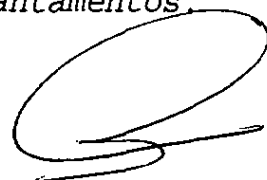


"Segundo foi apurado pelo incluso procedimento administrativo, a FUNDAÇÃO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SINHÁ JUNQUEIRA, também denominada FUNDAÇÃO SINHÁ JUNQUEIRA, não vinha efetuando os recolhimentos das referidas contribuições previdenciárias em razão do seu autoenquadramento como entidade filantrópica detentora de imunidade tributária.

Pois bem, os denunciados na administração da FUNDAÇÃO SINHÁ JUNQUEIRA, em tese, instituição civil de fins caritativos e sociais, criada em 1950, reconhecida como de utilidade pública federal pelo Decreto nº 63.242, de 12 de setembro de 1968, utilizavam-se de tal natureza jurídica com a finalidade exclusiva de fraudar a fiscalização tributária, não recolhendo tributos e desrespeitando as normas que regem as entidades fundacionais.

Para a manutenção dos fins instituídos na fundação, segundo prescreve o artigo 2º do Estatuto (anexo à denúncia), há a obtenção de rendas por meio do desenvolvimento de atividades agro-industriais compreendendo a operação de usina de açúcar, destilaria de álcool, cultivo de cana-de-açúcar e prestação de serviços rurais.

Ocorre que, sem a necessária permissão estatutária, ou seja, além de seus objetivos institucionais, a Fundação participa do capital social de várias outras empresas de fins lucrativos, chamadas de coligadas ou controladas, transferindo, inclusive, a tais pessoas jurídicas recursos financeiros a título de adiantamentos.



Ademais, as chamadas empresas coligadas foram instituídas pelos representantes legais da Fundação, ora denunciados, as quais também possuem como dirigentes os ora denunciados.

[...]

Assim, os denunciados transformaram a FUNDAÇÃO SINHÁ JUNQUEIRA, ao arrepio dos mandamentos legais que regem as entidades sem fins lucrativos, em uma empresa controladora e administradora de outras pessoas jurídicas de cunhos econômicos, pois, **além de possuir a maioria controle acionário destas, quando não a exclusividade, os escritórios coincidiam no mesmo endereço, consoante fls. 12, anexo 01, volume 01.**

[...]

Desse modo, conclui-se que os denunciados na administração da Fundação, destinam os seus recursos para investimentos e adiantamentos às referidas empresas coligadas, dirigidas e administradas pelos próprios denunciados, as quais desenvolvem atividades estranhas ao ramo filantrópico, ferindo frontalmente as normas constantes do artigo 12, § 2º, alínea 'b', da Lei nº 9.523/97, o inciso III, do artigo 2º, do Decreto nº 752/93 e o inciso IV, do artigo 3º, do Decreto nº 2.536/98 (anexo à denúncia)."

19. Prossigo nesta ampla revista da peça acusatória para acentuar que houve, sim, particularização das condutas ilícitas supostamente cometidas pelos acionantes. A título de amostragem,

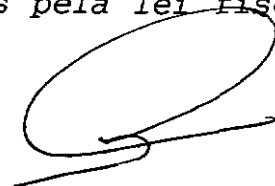


HC 92.959 / SP

transcrevo a seguinte passagem do item I da inicial acusatória (fls. 301/303), referente aos débitos tributários apurados por meio da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) nº 35.136.030-1:

"Consta do presente procedimento administrativo (Anexo 02) que os denunciados, com unidade de desígnios, na administração da FUNDAÇÃO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SINHÁ JUNQUEIRA, situada no Distrito Cel. Quito, no município de Igarapava/SP, inscrita no CNPJ nº 60.891.884/0002-24, suprimiram contribuições previdenciárias patronais, calculadas sobre os totais apurados na contabilidade da fundação e nas folhas de pagamento/planilhas, pelos valores pagos aos segurados autônomos/contribuintes individuais, que prestaram serviços diversos, fraudando a fiscalização tributária **inserindo elementos inexatos e omitindo operações, em documentos e livros exigidos pela lei fiscal, por 36 (trinta e seis) vezes, em concurso material, consistentes nas competências de 01/99 a 12/01.**

Consta também que os denunciados, de comum acordo, na administração da FUNDAÇÃO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SINHÁ JUNQUEIRA, (...) suprimiram contribuições previdenciárias referentes à quota patronal, com base de cálculo incidente sobre o pagamento das férias e décimo terceiro salário, fraudando a fiscalização tributária inserindo elementos inexatos e omitindo operações, em documentos e livros exigidos pela lei fiscal, por 03



HC 92.959 / SP

(três) vezes, em concurso material, consistentes nas competências de 02/00, 06/00 e 08/00.

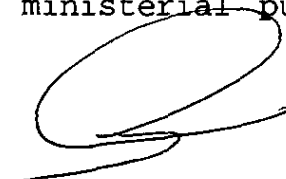
[...]

Apurou-se que as contribuições previdenciárias especificadas na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) nº 35.136.030-1 totalizam o montante de **R\$ 490.361,28 (quatrocentos e noventa mil, trezentos e sessenta e um reais e vinte e oito centavos), conforme consta às fls. 52/95 do Anexo 02 e tabela abaixo.**

[...]”

20. Assim, não é possível reconhecer a inépcia da denúncia. Denúncia que descreve, suficientemente, os fatos supostamente ilícitos, sendo descabido o nível de detalhamento requerido pelos impetrantes. Ao contrário, vê-se dos autos que a denúncia foi apresentada de modo a permitir o mais amplo exercício do direito de defesa dos pacientes. Logo, não a tenho, denúncia, como fruto de um arbitrário exercício do poder-dever de promover a ação penal pública. Inicial acusatória que está embasada em densas peças de informações, inclusive com a delimitação temporal dos valores supostamente suprimidos da fiscalização tributária e respectivos tributos devidos.

21. Com efeito, tenho que a peça acusatória contém os elementos empíricos do suposto envolvimento dos pacientes nas práticas delituosas descritas pelo órgão ministerial público. Pelo



HC 92.959 / SP

que não me convence a tese de imprecisão da denúncia pelo simples fato de que a prisão preventiva dos pacientes foi indeferida pelo Juízo processante. Até porque se trata de uma decisão que foi proferida nos autos de ação penal diversa (2003.61.02.012981-8 - fls. 12).

22. Diga-se mais: das exigências da denúncia quando se trata de crime societário ou de crimes de gabinete, temos aqui nesta nossa Corte uma jurisprudência sólida, muito firme. Jurisprudência que não aceita uma denúncia de todo genérica, mas que admite uma denúncia um tanto ou quanto genérica, dada a evidente dificuldade de individualização de condutas que, o mais das vezes, são concebidas e organizadas a portas fechadas. Individualização que bem pode se dar no curso da ação penal, tendo em vista as dificuldades de se pormenorizar condutas que, de ordinário, decorrem mesmo de decisões intramuros ou *interna corporis*, tomadas pelos administradores (legais, ou de fato) de cada empresa. Decisões que, muitas vezes, não são registradas e, via de regra, não são testemunhadas por outras pessoas que não os referidos dirigentes (HCs 65.369; 73.903; 73.419; 74.813; 77.751). A evitar, então, a impunidade quanto a esses crimes chamados de societários.

23. Avanço para examinar a alegada falta de justa causa para a ação penal. Isso no tocante aos delitos de sonegação fiscal e formação de quadrilha.



HC 92.959 / SP

24. Inicialmente, aprecio a suposta ausência de justa causa quanto à ocorrência de crime contra a ordem tributária. Ausência, essa, que os impetrantes enfrentam por uma dupla via: de um lado, pelo caráter filantrópico da Fundação Sinhá Junqueira, que lhe confere imunidade tributária, garantida pela Constituição Federal de 1988; de outro, pela denúncia, que foi oferecida antes de encerrados os procedimentos administrativos fiscais, instaurados no âmbito do INSS.

25. De saída, averbo que os acionantes não se desincumbiram do seu dever processual de comprovar, nestes autos, a suposta pendência administrativa dos débitos tributários objeto da denúncia. Leia-se, a propósito, trecho do parecer ministerial público (fls. 383):

"Ainda que assim não fosse, não vislumbramos nos autos quaisquer dados ou informações aptos a referendar a alegada ausência de justa causa para a ação penal em virtude da pendência dos processos administrativos-fiscais em curso no âmbito do INSS, tampouco a sustentada ausência de constituição definitiva do crédito tributário, apta a obstar a propositura da ação penal.

Frise-se que constitui ônus da impetrante a instrução adequada do remédio constitucional, com documentos necessários ao exame da pretensão posta em juízo."



HC 92.959 / SP

26. Assim postas as coisas, fica difícil acolher a tese de ausência de constituição definitiva do débito tributário. Isso porque, repito, os impetrantes não trouxeram aos autos nenhum elemento que, ao menos, sinalizasse a existência de processo administrativo questionando os valores cobrados pelo Fisco a partir das 05 (cinco) NFLDs listadas na denúncia. Noutros termos: se o Tribunal Regional Federal da 3ª região determinou o trancamento da ação penal, exclusivamente no tocante à NFLD nº 35.136.136-0, é sinal que, sobre as demais notificações, não houve discussão administrativa a respeito dos débitos tributários. Pelo que não há como acatar a tese de falta de justa causa para a persecução criminal quanto ao delito contra a ordem tributária¹.

¹ Bastando conferir a ementa do acórdão impugnado por meio deste HC: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO. INOCORRÊNCIA. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PENDÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO OU AÇÃO COM EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO REJEITADO.

1. O recurso de Embargos de Declaração tem por escopo esclarecer, complementar ou perfectibilizar os atos judiciais, quando tais erros possam comprometer sua utilidade ou sua eficácia. Assim, a teor do art. 619 do CPP, são cabíveis quando houver, na decisão judicial, ambigüidade, obscuridade, contradição ou, ainda, for omitido ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado.

2. Não há que se falar em contradição, uma vez que, a despeito do entendimento pacífico nesta Corte ser o de que antes de constituído definitivamente o crédito tributário, não há justa causa para a instauração de Ação Penal Tributária (art. 10. da Lei 8.137/90), no caso em apreço não restou evidenciada, de plano, a existência de procedimentos em curso, dotados de efeito suspensivo, de sorte a ensejar o trancamento ou sobrestamento da persecução penal.

3. A ação judicial de anulação ou declaratória de nulidade do lançamento somente paralisa a ação penal correspondente quando reúna segura plausibilidade de procedência ou se realizado o depósito integral do valor da exação a que se refere, pois nessa hipótese tem aplicabilidade o disposto no art. 93 do CPP (questão prejudicial); no presente caso, a ação cível foi decidida sem exame de



HC 92.959 / SP

27. Avanço para acentuar que, ao contrário do que alegam os impetrantes, a denúncia não increpa aos pacientes os crimes de sonegação fiscal e de formação de quadrilha apenas porque eles, pacientes, eram administradores da Fundação Sinhá Junqueira. **A peça acusatória não fez esta conexão meramente formal.** Longe de imputar responsabilidade penal aos pacientes pelo fato exclusivo da administração das pessoas jurídicas envolvidas nos ilícitos tributários retratados nestes autos, a denúncia se baseia numa série de fatos indicativos da presença dos elementos típicos dos referidos crimes. Veja-se, resumidamente:

I - da leitura da inicial acusatória se extrai que: a) a Fundação de Assistência Social Sinhá Junqueira é instituição civil de fins caritativos e sociais, que se utilizava dessa natureza jurídica com a finalidade exclusiva de fraudar a fiscalização tributária; b) para a manutenção dos seus fins, a Fundação auferia rendas por meio de atividades agroindustriais, compreendendo a operação de usina de açúcar, destilaria de álcool, cultivo de cana-de-açúcar e prestação de serviços rurais; c) sem permissão

mérito e não se tem notícia de depósito elisivo da exigibilidade do tributo, também inexistindo informação sobre o eventual efeito suspensivo do recurso eventualmente interposto contra aquele decísium.

4. Ante a inexistência de prova concludente do direito dos ora pacientes, inadequada a via estreita do *Habeas Corpus* para análise do constrangimento ilegal invocado, uma vez que este reclama a existência de ofensa ou ameaça ao direito de locomoção decorrente de uma ilegalidade ou abuso de poder, não admitindo, como regra, qualquer dilação probatória.

5. Embargos declaratórios rejeitados."



HC 92.959 / SP

estatutária, a referida entidade participa do capital social de várias outras empresas de fins lucrativos, transferindo a tais empresas, inclusive, recursos financeiros; d) tais empresas (chamadas de coligadas) foram instituídas pelos representantes legais da Fundação;

II - embasada nesse contexto empírico, a denúncia descreve a intensa relação de dependência econômica e administrativa entre a Fundação Sinhá Junqueira e as demais empresas controladas. Não só isso. A peça de acusação arrola fatos que, para além de extrapolarem os objetivos estatutários da entidade filantrópica "Fundação Sinhá Junqueira", sinalizam a prática de diversas condutas ilícitas. Daí por que a denúncia afirma que:

"[...]

Assim, os denunciados transformaram a FUNDAÇÃO SINHÁ JUNQUEIRA, ao arrepio dos mandamentos legais que regem as entidades sem fins lucrativos, em uma empresa controladora e administradora de outras pessoas jurídicas de cunhos econômicos, pois, **além de possuir a maioria do controle acionário destas, quando não a exclusividade, os escritórios coincidiam no mesmo endereço**, consoante fls. 12, anexo 01, volume 01.

[...]

Desse modo, conclui-se que os denunciados na administração da Fundação, destinam os seus recursos para investimentos e adiantamentos às



referidas empresas coligadas, dirigidas e administradas pelos próprios denunciados, as quais desenvolvem atividades estranhas ao ramo filantrópico, ferindo frontalmente as normas constantes do artigo 12, §2º, alínea 'b', da Lei nº 9.532/97, o inciso III, do artigo 2º, do Decreto nº 752/93 e o inciso IV, do artigo 3º, do Decreto nº 2.536/98 (anexo à denúncia).

[...] verificou-se que a **FUNDAÇÃO SINHÁ JUNQUEIRA** remunera e concede benefícios a seus diretores e conselheiros, ora denunciados, de forma indireta, por meio de suas empresas controladas.

[...] os denunciados percebiam altos salários das referidas empresas coligadas, as quais, por sua vez, foram instituídas e mantidas, pela **FUNDAÇÃO SINHÁ JUNQUEIRA**, que também era administrada pelos denunciados (...).

Com o objetivo, também de remunerar, indiretamente, seus conselheiros e diretores, a **FUNDAÇÃO SINHÁ JUNQUEIRA** alienou 6 (seis) propriedades rurais nos anos de 1999 e 2001 [...]"

28. Tão complexa quanto inusitada ambiência gerencial, amplamente documentada pelo Ministério Público², é constitutiva de indícios suficientes de uma associação criminosa para a prática de crimes tributários. Indícios suficientes, esses, que não se desfazem – quero crer – apenas pela suposta natureza filantrópica da Fundação investigada (natureza filantrópica que é discutida nos autos do

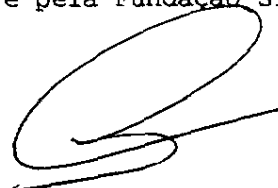


HC 92.959 / SP

Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança, manejado no TRF da 1ª Região); ou mesmo pelo alegado arquivamento de representação examinada pelo Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Representação, aliás, cujo conteúdo não se confunde com a matéria discutida neste processo. É falar: a representação arquivada pela Promotoria de Fundações do Estado de São Paulo teve por objeto exclusivo a "apuração de eventual administração ruinosa" na entidade fundacional investigada (fls. 194); já as acusações ministeriais públicas listadas nesta ação constitucional, como visto, lastreiam-se na consideração de que os pacientes se valiam da administração da Fundação Sinhá Junqueira para o fim de sonegar tributos federais. Tanto que, segundo o Ministério Público, "o débito total da Fundação Sinhá Junqueira com a Receita Federal alcança a importância de **R\$ 58.957.565,24 (cinquenta e oito milhões, novecentos e cinquenta e sete mil, quinhentos e sessenta e cinco reais e vinte e quatro centavos)**, conforme fls. 89/90, e com o Instituto Nacional do Seguro Social o valor de **R\$ 56.544.415,21 (cinquenta e seis milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, quatrocentos e quinze reais e vinte e um centavos)**, de acordo com as fls. 86/88" (fls. 314/315).

29. Continuo neste exame da justa causa da ação penal para averbar que, embora entenda correta a tese de que o crime de

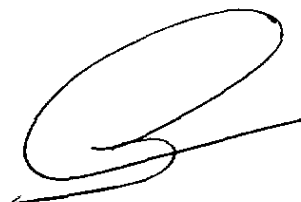
² A denúncia dá conta de que os endereços, funcionários e recursos financeiros eram compartilhados pela Fazenda Santa Cristina Ltda. e pela Fundação Sinhá Junqueira.



HC 92.959 / SP

formação de quadrilha não se configura como decorrência pura e simples do fato de sócios gerenciarem uma pessoa jurídica envolvida em crimes tributários, não é o caso de aplicá-la ao processo penal objeto do presente *habeas corpus*. Isso porque, aqui, há elementos concretos, de natureza indiciária, viabilizando o prosseguimento da ação penal. Noutro falar, o fato em si de reunirem-se pessoas numa sociedade sem fins lucrativos, com o objetivo de praticar atos de gestão lícitos, não configura a formação de uma quadrilha, na eventualidade de prática de crimes contra a ordem tributária. Não menos certo que pode acontecer a associação de pessoas para praticar atos de filantropia (lícitos) e, paralelamente, cometer crimes contra a ordem tributária. Esse, aliás, o núcleo da denúncia, que me parece conforme ao Direito Objetivo, cumprindo examinar, ao longo da instrução criminal, se os indícios até agora existentes se confirmam com maior nitidez.

30. Isso tudo não obstante, e conforme ressaltado no exame prefacial desta ação constitucional, a denúncia autuada sob o número 2003.61.02.013009-2 – ao menos o tocante ao crime de quadrilha – é mera reiteração da denúncia já ajuizada e autuada sob o nº 2003.61.02.012981-8. Tanto que se vale da mesma situação fática – o suposto esquema criminoso arquitetado na operação da Fundação de Assistência Social Sinhá Junqueira – para, mais uma vez, imputar aos pacientes o crime de formação de quadrilha. Mais do que



HC 92.959 / SP

isso, ela, denúncia, no ponto referente ao crime do art. 288 do Código Penal, é simples transcrição literal daquela anteriormente ajuizada. Donde constituir patente *bis in idem* a autorizar o trancamento da ação penal, no ponto.

31. Por tudo quanto posto, concedo parcialmente a ordem. O que faço para determinar o trancamento da Ação Penal nº 2003.61.02.013009-2, em curso na 1ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP, **exclusivamente quanto ao crime de quadrilha ou bando.**

32. É como voto.

* * * * *



17/11/2009

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 92.959 SÃO PAULO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O Ministério Público estava, no caso do 92.497, opinando pela concessão total. É isso? No 92.497, a proposta era de?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Determinar o trancamento da ação penal número tal. Eu apenas estou quanto ao delito de quadrilha.

O SENHOR LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO (ADVOGADO) - Pela ordem, Excelência, posso fazer um esclarecimento? Nesse **habeas corpus** que a Ministra citou, o crime tributário, na verdade, não existiu, porque o tributo foi recolhido anteriormente ao oferecimento da denúncia com o conhecimento do Ministério Público. Então, foi reconhecida a extinção da punibilidade pelo juiz de Ribeirão Preto, por isso ele teria que ser concedido integralmente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Eu deixaria para a instrução criminal apurar, porque há, na acusação do Ministério Público, a sonegação fiscal de várias procedências e de várias naturezas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Teria havido o parcelamento, Presidente?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Deixe-me confirmar essa notícia do parcelamento nos autos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ela consta inclusive do acórdão do STJ. Teria havido parcelamento dos débitos.

HC 92.959 / SP

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O parcelamento, tecnicamente, suspende a pretensão punitiva. Então, se existente o parcelamento, também teríamos que saber a época desse parcelamento, porque, se anterior à oferta da denúncia, ela evidentemente não subsiste. Se posterior à oferta, há a suspensão.

O SENHOR LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO (ADVOGADO) - Posso esclarecer? Neste caso, o tributo foi pago antes do oferecimento da denúncia.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - É que a defesa não comprovou o parcelamento.

O SENHOR LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO (ADVOGADO) - Nesse caso, não há parcelamento, Senhor Presidente. O tributo foi pago e foi reconhecida a extinção da punibilidade, quer dizer, não há mais crime tributário a ser discutido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Já foi declarada a extinção da punibilidade?

O SENHOR LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO (ADVOGADO) - Sim, em relação ao delito tributário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então, não há objeto.

O SENHOR LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO (ADVOGADO) - Manteve-se a quadrilha.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - No HC nº 92.497, o paciente responde apenas por quadrilha.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, por isso é ^o

HC 92.959 / SP

que estou dizendo que neste a concessão seria simples, sem concessão parcial como Vossa Excelência havia apregoadof

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Mas ele está pedindo a concessão total.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, Vossa Excelência falou em cinco notificações. Eu gostaria de saber, talvez do eminente advogado, dessas cinco notificações, quais foram efetivamente pagas, e, se o foram, se foram antes ou depois da denúncia. E se, com relação a alguma dessas cinco, existe o parcelamento antes ou depois da denúncia.

O SENHOR LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO (ADVOGADO) - Deixe-me explicar. São três ações penais distintas. O HC nº 92.497 envolvia originariamente uma acusação de delito tributário referente à fazenda Santa Cristina. Esse tributo já havia sido recolhido antes do oferecimento da denúncia, mas a denúncia foi aceita. Posteriormente, chegou aos autos a comunicação da Receita esclarecendo que o tributo havia sido pago. Diante disso, o juiz de Ribeirão Preto decretou a extinção da punibilidade do delito tributário, mas manteve o crime de quadrilha.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Aliás, estou afirmando. Não estou dizendo que não houve o crime de quadrilha, ao contrário do que postula a impetração, estou dizendo que houve **bis in idem** na formulação da denúncia, só isso.

O SENHOR LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO (ADVOGADO) - Nos três **habeas corpus** há acusação de quadrilha.

HC 92.959 / SP

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O voto engloba os três *habeas*? Talvez, para a nossa compreensão, fosse melhor apreciarmos um a um.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque, com relação a esse, não teria objeto para a concessão parcial, uma vez que o crime tributário já teve extinta a punibilidade por declaração judicial. O que subsistiria seria o crime de quadrilha, que Vossa Excelência está reconhecendo, em face do *bis in idem*, a insubsistência, então, a concessão seria total no 92.4970

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Não estou dizendo que a impetração está certa, que não houve o crime de quadrilha. Estou dizendo que, em dois processos, o Ministério Público incidiu no *bis in idem*, ou seja, para cada suposto crime, quadrilha é a associação de três ou mais pessoas para cometer crimes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Qual é o *habeas* em que Vossa Excelência concede a ordem ante a duplicidade? Vamos partir do mais fácil para o mais difícil.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Vou repetir: eu concedo parcialmente o HC nº 92.959 para determinar o trancamento da ação penal apenas quanto ao crime de quadrilha, dado o evidente *bis in idem*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Persiste quanto à sonegação?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Sonegação fiscal.

HC 92.959 / SP

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Qual é esse?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - É o 92.959.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então, podemos separar? Gostaria de votar separadamente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Vamos separadamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Nesse acompanhamento Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Muito bem. A imputação aqui é crime de sonegação fiscal e de quadrilha na administração da fazenda.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não houve demonstração de parcelamento.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Não houve demonstração de parcelamento. Nem de satisfação do tributo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - No 92.959, a concessão é parcial quanto ao crime de sonegação fiscal, porque não houve comprovação. E, quanto ao crime de quadrilha, incidiria o *bis in idem* como obstativo da continuidade. Então, concessão parcial, também estou acompanhando.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - A minha dúvida é a seguinte: com relação a esse, não houve pagamento, nem parcelamento?

O SENHOR LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO (ADVOGADO) -

HC 92.959 / SP

Não, em relação a esse caso específico, não houve pagamento nem parcelamento, houve o seguinte: no curso do andamento do processo, a própria Administração Pública reconheceu que, em um dos casos, o tributo era indevido. Então, deu procedência à impugnação da fazenda.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Quanto ao HC nº 92.499, o pedido é trancamento da ação penal. Aí, se trata de crime de quadrilha na administração da fazenda Sinhá Junqueira. Só isso, crime de quadrilha. Estou denegando integralmente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas, indago a Vossa Excelência: a imputação da formação de quadrilha é para a prática de determinados crimes?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Seria a sonegação.

Agora, Presidente, se Vossa Excelência me permitir, apenas para expor algumas ideias. Especialmente após a nossa jurisprudência a respeito da eficácia do processo administrativo-fiscal no que afasta a pretensão punitiva, a pendência do processo, vejo com muita reserva mesmo denúncias com essa junção. Qual é a junção em si? A imputação do crime fiscal e a imputação do crime, um crime de perigo, presente o artigo 288 do Código Penal.

Não posso imaginar que alguém constitua uma sociedade, seja qual for a espécie, simplesmente para sonegar, principalmente pessoas que têm ficha ilibada.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Esse processo foi o primeiro deles e aqui não há essa

HC 92.959 / SP

alegação de pendência ou pelo menos não houve comprovação de pendência de processo fiscal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ouvi - presentes o relatório, o voto de Vossa Excelência e a sustentação da tribuna - que tudo ocorreu considerada certa Fundação que teria - não sei se logrou - tentado o reconhecimento da natureza filantrópica. E estaria - ante a participação de certas pessoas, ante também o controle acionário de empresas, ante a localização dessas empresas e da própria fundação - voltada a viabilizar a sonegação.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Perfeito, fundando os mesmos diretores, instituindo empresas e participando da administração de ambas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E o que digo: considerado o bem protegido pelo artigo 288 do Código Penal, de regra, trata-se de envolvimento de delinquentes e não de pessoas jurídicas, formadas - pouco importa a filantropia - com finalidade própria e, portanto, pessoas jurídicas que ganham publicidade.

Evidentemente, quem se reúne para praticar crimes não o faz com transparência revelada pela existência de pessoas jurídicas de Direito Privado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Se Vossa Excelência me permite? Seria até temerário porque a fiscalização das fundações é feita pelo Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Exato. Ainda há esse aspecto. Penso que - perdoe-me o Ministério Público e sou arauto da defesa do Ministério Público - o papel da Instituição é

HC 92.959 / SP

fundamental numa sociedade que se diga minimamente organizada.

Agora, estamos vendo ultimamente que, se a denúncia é pelo crime de sonegação, e a partir da reunião de pessoas num corpo societário, lança-se também a denúncia pelo de quadrilha. O passo, para mim, mostra-se demasiadamente largo.

Como ressaltou o Ministro Ricardo Lewandowski, ainda temos a peculiaridade da fiscalização das Fundações pelo próprio Ministério Público.

Não posso subestimar a inteligência alheia. Não posso presumir que se tenha criado uma fundação, que fica sob o crivo do Ministério Público, para se delinquir no campo fiscal.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Pois que isso se prove no juízo natural.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro, mas essa fundação foi mesmo formada em 1950? *J*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, Ministro. A denúncia teria que contar com indícios que levassem a uma conclusão diversa, porque presumo o que normalmente ocorre, e não o teratológico, o absurdo, o excepcional.

O que se apontou para sinalizar a prática criminosa? Que as pessoas reuniram-se para cometer delitos. O que se mencionou? O controle acionário, e ele, para mim, não é elemento do tipo do artigo 288 do Código Penal. Controle acionário, a localização idêntica para funcionamento, são dados, a meu ver, neutros.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E

RELATOR) - Mas isso é o juízo natural que apura.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vamos admitir que haja realmente uma promiscuidade contábil. Essa promiscuidade contábil não deságua na ilação do crime de quadrilha.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E **RELATOR)** - Não há condenação neste momento, ninguém está condenando ninguém.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro, mas é algo muito sério, e foi o que disse a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E **RELATOR)** - É viabilizar o Ministério Público a apurar o que está alegando.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Agora, ante o fato de ser pacífico que havendo procedimento administrativo fiscal tem-se o afastamento da pretensão punitiva, ante esse fato, o que vem fazendo reiteradamente o Ministério Público? Denuncia pelo crime de sonegação fiscal e denuncia também os cidadãos, considerada a reunião societária.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E **RELATOR)** - Mas não foi isso, Ministro. Não, o Ministério Público deixou claro isto, que não é pelo fato de pertencer a uma administração de uma e de outro que se está fazendo a denúncia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ele não daria um tiro no pé, consignando, com todas as letras, que no caso se cuidaria, simplesmente, da constituição da Fundação. Ele tirou

HC 92.959 / SP

ilação de certos dados que lançou na denúncia e, a meu ver, esses elementos, por si sós, não permitem essa ilação. Anotei aqui quais são os dados: participação acionária, controle das empresas, o mesmo local de funcionamento, os mesmos prestadores de serviços. São dados neutros quanto ao crime de quadrilha. Digo mais: o crime de quadrilha pressupõe procedimento não formalizado.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas trancar por **habeas corpus** a ação penal?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim, Ministro, porque é muito sério também deixar no banco dos réus pessoas que simplesmente constituíram uma sociedade e o fizeram formalmente, atendendo aos requisitos legais. É pouco, muito pouco.

Sendo objetivo da República o desenvolvimento nacional, não podemos chegar a postura que iniba a organização de sociedades visando a esse mesmo desenvolvimento. E, no caso, se está em curso uma ação penal, sem dados concretos quanto ao crime do artigo 288 em comento - que é de perigo -, haveria sempre o receio da glosa.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Nós estamos trabalhando no plano dos indícios. Se há indícios convincentes...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Quais são os indícios?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Todos esses.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas, Ministro, os

HC 92.959 / SP

referidos indícios são para se agir no campo cível, no campo fiscal, mas não no penal, pelo crime de quadrilha.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Neste **habeas corpus** que estou denegando integralmente, nem se discute a questão do débito administrativo pendente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - Senhor Presidente, se formos lá no artigo 5º da Constituição, no inciso XIX:

" Art. 5º.....

"XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial..."

Uma fundação é até mais que uma associação, é uma instituição. Daí até por isso ter a curatela do Ministério Público, que acompanha, porque ela defende, a princípio, o interesse da coletividade. Se no caso concreto houve desvio de finalidade da fundação, competiria ao Ministério Público proceder a uma ação para desconstituir e dissolver essa associação que, na forma da Constituição brasileira, no inciso XIX artigo 5º, só se pode ocorrer após o trânsito em julgado.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas e se não houvesse crime e se isso fosse um desvio de finalidade meramente no plano administrativo, mas quando a fundação envereda - pela prática do que parece ao Ministério Público por indícios por ele descritos, objetivamente -, pelo campo da criminalidade, o que cabe ao Ministério Público é denunciar. E ninguém mais conhece a fundação do que seu curador. O Ministério Público curador, por conhecer a fundação é que denunciou.

HC 92.959 / SP

O SENHOR LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO (ADVOGADO) - Pela Ordem, Excelência. A denúncia foi oferecida pelo Ministério Público Federal. A curadoria do Ministério Público é estadual.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, há mais. O tipo do artigo 288 tem elemento subjetivo próprio: o dolo específico.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Para cometer crimes determinados, inclusive.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Bem, aqui estou denegando integralmente, porque aqui nem se discute a questão da pendência do débito administrativo. O lançamento fiscal inconcluso não se discute aqui. E não se fez a prova, absolutamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - Mas neste **habeas corpus** só se discute a quadrilha?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Sim, é por isso que estou denegando integralmente.

O SENHOR LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO (ADVOGADO) - Sim, porque não há mais ação penal pelo fato. Eu insisto...

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Não cabe contraditório.

O SENHOR LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO (ADVOGADO) - Eu ia fazer um esclarecimento.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Se for esclarecimento quanto à matéria de fato, é evidente que é direito de Vossa Excelência.

HC 92.959 / SP

O SENHOR LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO (ADVOGADO)

Sim, é um esclarecimento de matéria de fato.

Em um dos **habeas corpus** subsiste a acusação por delito tributário em relação ao INSS, não-recolhimento. Nos outros dois, não existe mais a acusação tributária.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - mas aí já é alegação, Excelência.

O SENHOR LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO (ADVOGADO) - Vou esclarecer o porquê. Por quê? Tanto é que nós não pedimos.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Agradeço a Vossa Excelência a sua intervenção.

17/11/2009

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 92.959 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Neste, acompanho
Vossa Excelência.

17/11/2009

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 92.959 SÃO PAULOV O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - No 92.959, a concessão é parcial quanto ao crime de sonegação fiscal, porque não houve comprovação. E, quanto ao crime de quadrilha, incidiria o **bis in idem** como obstativo da continuidade. Então, concessão parcial, também estou acompanhando.

###

PRIMEIRA TURMA**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 92.959**

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO

PACTE.(S) : MARIA LUIZA SCARANO ARANTES ROCCO E OUTRO(A/S)

PACTE.(S) : MARIA HELENA JUNQUEIRA DA VEIGA SERRA

PACTE.(S) : PAULO FRANCISCO VILELA DE ANDRADE

PACTE.(S) : LUIS CARLOS GOMES DE SOUTELLO

PACTE.(S) : JOÃO PAULO MUSA PESSOA

PACTE.(S) : FRANCISCO ROBERTO DE REZENDE JUNQUEIRA

PACTE.(S) : PAULO SEBASTIÃO GOMES CARDOSO

PACTE.(S) : BERNARDO LUIS RODRIGUES DE ANDRADE

IMPTE.(S) : JOSÉ CARLOS DIAS E OUTRO(A/S)

IMPTE.(S) : JOSÉ LUÍS DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(A/S)

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

Decisão: A Turma deferiu, em parte, o pedido de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falaram o Dr. Luís Francisco Carvalho Filho pelos pacientes, e o Dr. Rodrigo Janot, Subprocurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. 1ª Turma, 17.11.2009.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Ricardo Dias Duarte
Coordenador