

23/03/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 97.118 SÃO PAULO

RELATOR. : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE. (S) : CAETANO SCHINCARIOL FILHO
PACTE. (S) : FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL
IMPTE. (S) : MAURO HENRIQUE ALVES PEREIRA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S) (ES) : RELATOR DO HABEAS CORPUS Nº 116.621 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: PROCESSO PENAL E PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DELITO DE NATUREZA MATERIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 1º DA LEI 8.137/90. IMPOSSIBILIDADE DE PROCEDER-SE A QUALQUER ATO DE CUNHO PERSECUTÓRIO PENAL ANTES DA FORMAÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INTELIGÊNCIA DA DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1.571, REL. MIN. GILMAR MENDES. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STF. ENTENDIMENTO JÁ VIGENTE À ÉPOCA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. E HOJE CONSOLIDADO NA SÚMULA VINCULANTE 24. ORDEM CONCEDIDA.

I - Os delitos previstos no art. 1º da Lei 8.137/90 são de natureza material, exigindo, para a sua tipificação, a constituição definitiva do crédito tributário para o desencadeamento da ação penal.

II - Carece de justa causa qualquer ato investigatório ou persecutório judicial antes do pronunciamento definitivo da administração fazendária no tocante ao débito fiscal de responsabilidade do contribuinte.

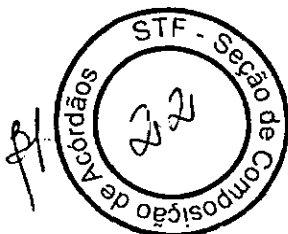
III - O entendimento fixado na ADI 1.571 reafirmou a jurisprudência do STF no sentido de que a constituição definitiva do crédito tributário configura condição necessária para o início da *persecutio criminis*, sendo equivocada a interpretação do julgado em questão pelo primeiro e segundo graus de jurisdição.

IV - Entendimento já pacificado por ocasião do recebimento da denúncia e, hoje, consolidado na Súmula Vinculante 24.

V - Ordem concedida.

A C Ó R D ã O

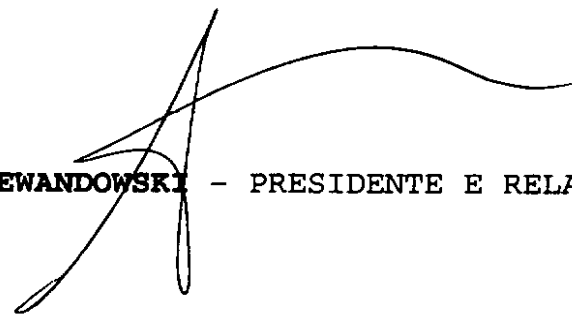
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a



HC 97.118 / SP

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 23 de março de 2010.



RICARDO LEWANDOWSKI - PRESIDENTE E RELATOR

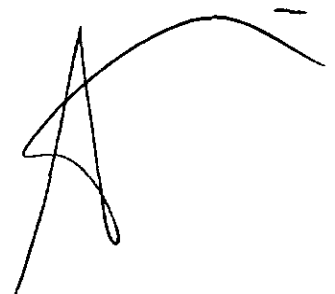
23/03/2010**PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 97.118 SÃO PAULO**

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE. (S) : **CAETANO SCHINCARIOL FILHO**
PACTE. (S) : **FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL**
IMPTE. (S) : **MAURO HENRIQUE ALVES PEREIRA E OUTRO(A/S)**
COATOR(A/S) (ES) : **RELATOR DO HABEAS CORPUS Nº 116.621 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Mauro Henrique Alves Pereira e Gilberto Magalhães em favor de CAETANO SCHINCARIOL FILHO e FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL, contra decisão do Ministro Og Fernandes, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a liminar no HC 116.621/SP impetrado naquela Corte.

Narram os impetrantes que o *habeas corpus* ajuizado no STJ, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, volta-se contra ato praticado nos autos da Ação Penal 1999.61.16.0029177. Naquele processo, os pacientes são acusados da prática do delito capitulado no art. 1º, III, da Lei 8.137/90.



Afirmam, mais, que a persecução penal iniciou-se antes mesmo de haver qualquer ato de fiscalização, e que o processo administrativo tendente a constituir o crédito tributário somente se encerrou pouco antes de prolatado o acórdão pelo TRF da 3ª Região, em virtude de decisão do Conselho de Contribuintes, que negou provimento aos recursos interpostos pela Cervejaria Malta Ltda., da qual os pacientes são sócios.

Por tal motivo, alegam que a materialidade do crime não estava configurada por ocasião do recebimento da denúncia e, em consequência, inexistia justa causa apta a autorizar o desencadeamento da ação penal.

Sustentam que, em razão disso, estaria configurada a situação excepcional ensejadora do afastamento da Súmula 691 desta Corte.

Acrescentam, ainda, que a denúncia seria inepta e nulo o seu recebimento, porquanto ela não descreveria adequadamente as condutas de cada um dos denunciados.

As preliminares levantadas pela defesa foram afastadas na sentença que condenou os pacientes como incurso nas sanções do



HC 97.118 / SP


art. 1ª, III, da Lei 8.137/90, com penas acrescidas em 1/6, nos termos do art. 71 do Código Penal.

As penas privativas de liberdade foram substituídas por duas restritivas de direito, consistentes no fornecimento mensal de remédios e cestas básicas no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos réus (fl. 147).

O Ministério Público Federal, depois de interposta a apelação e **antes de proferido o acórdão no TRF/3**, juntou cópia dos recursos administrativos da Cervejaria Malta Ltda. e da decisão do Conselho de Contribuintes que lhes negou provimento, em 18/3/2003, julgando procedente o lançamento.

A apelação interposta no TRF da 3ª Região foi desprovida, sendo manejados embargos declaratórios contra tal decisão, os quais, porém, foram rejeitados. Posteriormente, houve o ajuizamento de recurso especial e extraordinário, que, todavia, não lograram admissão, o que ensejou a interposição de agravos de instrumento.

Em pesquisa junto aos portais eletrônicos do STJ e do STF, verifiquei que os referidos agravos de instrumentos não foram



conhecidos. Tais decisões, contudo, só sobrevieram **após** o ingresso desta impetração.

Os impetrantes, por derradeiro, manifestam o seu inconformismo com a suposta ilegalidade das provas obtidas por meio de mandado de busca e apreensão, bem como com o alegado cerceamento de defesa pelo indeferimento de perícia requerida pela defesa.

Os autos baixaram à vara de origem para execução provisória da condenação, sendo designada para 11/12/2008 a audiência destinada ao estabelecimento do início do cumprimento das penas impostas aos pacientes.

Em 10/12/2008 foi requerida liminar para o sobrestamento da ação penal e a suspensão da execução das penas. Considerando a jurisprudência pacífica desta Suprema Corte que veda o início da persecução penal, em matéria tributária, antes de constituído definitivamente o crédito fiscal, entendi ser o caso de superação da Súmula 691 e deferi a medida.

Vindas as informações de estilo, a Procuradoria Geral da República manifestou-se, em preliminar, pelo não conhecimento do

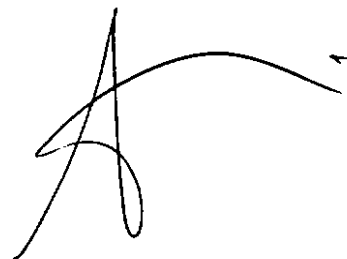


HC 97.118 / SP

writ e, no mérito, pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO VOLTADA CONTRA MEDIDA LIMINAR, REQUERIDA EM WRIT IMPETRADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HIPÓTESE QUE NÃO IMPLICA EXCEPCIONALIDADE QUE JUSTIFIQUE A SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. NÃO CONHECIMENTO DO MANDAMUS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. MÉRITO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, III, DA LEI Nº 8.137/90). REDUÇÃO DE VÁRIOS TRIBUTOS MEDIANTE 'CALÇAMENTO' DE NOTAS FISCAIS. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU, MANTIDA PELO TRF/3ª REGIÃO. WRIT ALEGANDO A NULIDADE DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA COMO CONDIÇÃO À INSTAURAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL. DESCABIMENTO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO NO EXPRESSIVO MONTANTE DE R\$ 173.419.705,93 (CENTO E SETENTA E TRÊS, QUATROCENTOS E DEZENOVE MIL, SETECENTOS E CINCO REAIS E NOVENTA E TRÊS CENTAVOS). PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT E, NO MÉRITO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM" (fls. 347).

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized capital letter 'A' with a long horizontal stroke extending to the right.

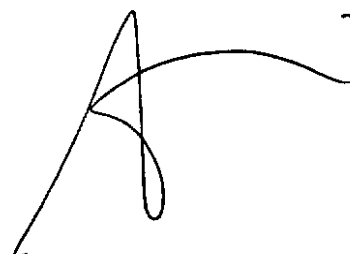
23/03/2010**PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 97.118 SÃO PAULO****V O T O**

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (Relator): Bem analisados os autos, entendo que esta impetração deve ser conhecida e a ordem concedida.

Destaco o seguinte trecho da decisão que indeferiu a liminar no Superior Tribunal de Justiça:

"1. Trata-se de habeas corpus, substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que negou provimento às apelações criminais ali interpostas pelo Ministério Público e pelos ora pacientes, CAETANO SCHINCARIOL FILHO e FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL, cujo acórdão restou assim ementado:

'PENAL - LEI Nº 8.137/90 - ART. 1º, INC. III - REDUÇÃO DE TRIBUTOS MEDIANTE ALTERAÇÃO DE VALORES NAS NOTAS FISCAIS ATRAVÉS DE 'CALÇAMENTO' - INÉPCIA DA DENÚNCIA - AUSÊNCIA DE INQUÉRITO POLICIAL - PERÍCIA TÉCNICA - ILICITUDE DE PROVA - PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO - CERCEAMENTO DE DEFESA - PRELIMINARES AFASTADAS - MATERIALIDADE, AUTORIA DELITIVA E DOLO - COMPROVAÇÃO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - ABSOLVIÇÃO DE CORRÉU QUE NÃO MAIS GERIA A EMPRESA NA DATA DOS FATOS - IMPROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELA JUSTIÇA PÚBLICA E PELOS RÉUS.



1. Denúncia que contém os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, desnecessária a descrição pormenorizada da conduta de cada agente. A inépcia da denúncia somente pode ser atacada enquanto não houver sentença de mérito. Precedentes.

2. Desnecessidade de perícia contábil, diante do arcabouço das provas materiais colhidas.

3. Não prospera a alegação de cerceamento de defesa pelo indeferimento do pedido de diligência meramente protelatória. Documentação mantida à disposição das partes.

4. Dispensabilidade de inquérito policial quando presentes provas preconstituídas. Precedentes.

5. Lançamento julgado procedente pelo Conselho de Contribuintes, não havendo falar-se em necessidade de prévio exaurimento na seara administrativa.

6. Procedimento de degravação considerado como elemento indiciário. Ausência de alegação concreta sobre mácula na prova. Procedimento não acompanhado pela parte voluntariamente, a afastar posterior afirmação de irregularidade.

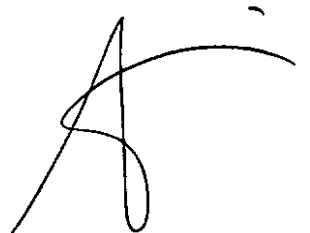
7. Ilicitude de prova que não se afasta. Princípio da liberdade probatória. Preliminares rejeitadas.

8. Comprovação da materialidade do crime pelo Auto de Infração de Imposto de Renda e apurações reflexas, omissão de receitas e verificação de calçamento de notas fiscais figurantes do processo administrativo levado a efeito.

9. Autoria delitiva comprovada pela constituição da sociedade, na qual figuram os réus como sócios responsáveis por operações que desencadearam o lançamento do crédito tributário. Condenação mantida.

10. Responsabilidade que não atinge sócio-fundador, quem não mais praticava atos de gestão à época dos fatos. Absolvição.

11. Improvimento dos recursos' (fls. 196/197).



2. Pretendem os impetrantes o trancamento da ação penal instaurada contra os pacientes, condenados pela prática do delito capitulado no artigo 1º, inciso III da Lei nº 8.137/90, à pena de 3,5 (três anos e meio) de reclusão e ao pagamento de 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa.

Visam, em sede de liminar, à interrupção do curso da Ação Criminal nº 1999.61.16.002917-7 (da 1ª Vara Federal da 16ª Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Comarca de Assis), já baixada à Vara de origem, 'proibindo-se a realização de qualquer ato de execução da condenação imposta, afastando-se, assim, a possibilidade de qualquer ameaça a liberdade dos pacientes' (fl. 21).

No mérito, pugnam pela concessão da ordem, alegando, em síntese, que a ação penal deve ser declarada nula - inclusive a medida cautelar criminal que a antecedeu, bem como as provas então obtidas -, tendo em vista que se originou antes da constituição definitiva do crédito tributário, o que levaria à constatação de atipicidade da conduta imputada aos pacientes e ausência de justa causa.

Decido.

3. Não obstante a argumentação levantada na inicial do writ, não se vislumbra, de plano, ilegalidade no aresto atacado hábil a caracterizar os requisitos da fumaça do bom direito e do perigo da demora, indispensáveis ao atendimento do pleito de urgência, qual seja, o sobrestamento da ação penal instaurada contra os pacientes.

Deve-se ressaltar, ainda, que a concessão da medida liminar importaria na análise da matéria de mérito da impetração.

A questão dos autos é controvertida, motivo pelo qual será examinada por ocasião do julgamento do mérito.

4. Isto posto, indefiro a liminar.

Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora, que deverá prestá-las, se possível, acompanhadas das fornecidas pelo Juízo da causa.

Após, vista ao Ministério Público Federal." (fls. 27-29).



Em seu parecer, a PGR afirma afrontar o texto constitucional o entendimento que permite suplantar, em hipóteses excepcionais, o disposto na Súmula 691 desta Corte.

Esclareço, por oportuno, que assim fundamentei a admissão do presente habeas corpus é a concessão do writ, antes de terminado o julgamento da impetração ajuizada no STJ:

"Em se tratando de habeas corpus impetrado contra medida liminar indeferida em outro HC, a regra é a incidência do teor da Súmula 691 desta Suprema Corte. Contudo, o Supremo Tribunal Federal admite exceções ao referido verbete em casos de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia.

Com efeito, nesse primeiro exame dos autos, verifico estarem presentes os pressupostos viabilizadores para a concessão da medida liminar deduzida.

Isso porque a jurisprudência pacífica do STF é no sentido de não se admitir o início de persecução penal sem o encerramento definitivo do processo administrativo fiscal. Nesse sentido transcrevo a ementa da PET 3.593-QO/SP, Rel. Min. Celso de Mello, in verbis:

'E M E N T A: NOTITIA CRIMINIS -
PREMATURA INSTAURAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO PENAL
POR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA -
IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE TIPICIDADE
PENAL - CRÉDITO TRIBUTÁRIO AINDA NÃO
CONSTITUÍDO DEFINITIVAMENTE - PROCEDIMENTO
ADMINISTRATIVO-FISCAL AINDA EM CURSO -
RECONHECIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA
TÍPICA SOMENTE POSSÍVEL APÓS A DEFINITIVA
CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO -
INVIABILIDADE DA INSTAURAÇÃO DA PERSECUÇÃO
PENAL, MESMO EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL,
ENQUANTO A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO



NÃO SE REVESTIR DE DEFINITIVIDADE - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUTIO CRIMINIS, SE INSTAURADO INQUÉRITO POLICIAL OU AJUIZADA AÇÃO PENAL ANTES DE ENCERRADO, EM CARÁTER DEFINITIVO, O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL - OCORRÊNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO, PORQUE DESTITUÍDA DE TIPICIDADE PENAL A CONDUTA OBJETO DE INVESTIGAÇÃO PELO PODER PÚBLICO - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DOS ATOS PERSECUTÓRIOS - INVALIDAÇÃO, DESDE A ORIGEM, POR AUSÊNCIA DE FATO TÍPICO, DO PROCEDIMENTO DE PERSECUÇÃO PENAL - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE PELA CONCESSÃO, DE OFÍCIO, DE HABEAS CORPUS. - Enquanto o crédito tributário não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90. É que, até então, não havendo sido ainda reconhecida a exigibilidade do crédito tributário (an debeat) e determinado o respectivo valor (quantum debeat), estar-se-á diante de conduta absolutamente desvestida de tipicidade penal. - A instauração de persecução penal, desse modo, nos crimes contra a ordem tributária definidos no art. 1º da Lei nº 8.137/90 somente se legitimará, mesmo em sede de investigação policial, após a definitiva constituição do crédito tributário, pois, antes que tal ocorra, o comportamento do agente será penalmente irrelevante, porque manifestamente atípico. Precedentes. - Consequente impossibilidade de se ordenar o mero sobrestamento dos atos de investigação, para que se aguarde a ulterior e definitiva constituição do crédito tributário. Não acolhimento, no ponto, da proposta formulada pelo Ministério Público Federal. - Se o Ministério Público, no entanto, independentemente da representação fiscal para fins penais a que se refere o art. 83 da Lei nº 9.430/96, dispuser, por outros meios, de elementos que lhe permitam comprovar a



definitividade da constituição do crédito tributário, poderá, então, de modo legítimo, fazer instaurar os pertinentes atos de persecução penal por delitos contra a ordem tributária. - A questão do início da prescrição penal nos delitos contra a ordem tributária. Precedentes'.

Na mesma linha cito: HC 85.038/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, HC 89.794/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, HC 90.957/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, dentre outros.

Na espécie em exame, a própria ementa da apelação julgada pelo TRF da 3ª Região consigna que 'Lançamento julgado procedente pelo Conselho de Contribuintes, não havendo falar-se em necessidade prévio exaurimento na seara administrativa' (fl. 249-250). Verifica-se, assim, o necessário *fumus boni iuris*.

Impende registrar, ainda que não suscitado na impetração, que, o caso em análise, guarda semelhança com medidas liminares deferidas pela Corte nas quais se discute a possibilidade, ou não, de execução de pena quando pendente de julgamento recursos de natureza extraordinária e que, de regra, não possuem efeito suspensivo, encontrando-se afetados ao Plenário o HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, e o RHC 83.810/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

Na mesma linha de raciocínio as decisões, em medida liminar, nos seguintes processos: HC 93.857 MC/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, HC 88.212 MC/AM e HC 87.897 MC/PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, HC 90.194 MC/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, HC 90.012 MC/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

Isso posto, **defiro a liminar** para suspender a Ação Penal 1999.61.16.002917-7, em trâmite na 1ª Vara Federal de Assis/SP, bem como as execuções penais - processos 2008.61.16.0014141 e 2008.61.16.0014130 - em desfavor dos ora pacientes, até o julgamento do mérito do presente habeas corpus" (fls. 322-325).

Na ocasião, evidenciei tais argumentos para demonstrar as razões pelas quais entendi ser possível suplantar o comando do



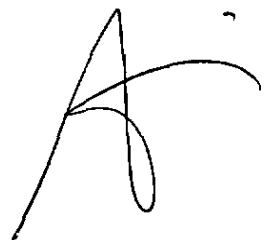
HC 97.118 / SP

mencionado verbete, e que, a meu ver, ainda persistem neste momento processual.

Anoto que a impetração sustenta, em suma, o desrespeito ao postulado da ampla defesa, em face do indeferimento de perícia acerca de extensa documentação constante dos autos, bem como a ausência de tipicidade dos fatos imputados aos pacientes, que geraria a nulidade da denúncia, bem como a de seu recebimento e, inclusive, do acórdão prolatado em sede de apelação.

Todas as decisões judiciais teriam sido proferidas em processo nulo *ab initio*, visto que o crédito tributário, por ocasião do oferecimento da denúncia, que imputava aos pacientes a prática de crime material, ainda não havia sido definitivamente constituído. Tal só ocorreu, como já esclarecido, **após** a sentença condenatória e **depois** da interposição de recurso junto ao TRF/3, quando foi negado provimento aos recursos administrativos interpostos no Conselho de Contribuintes pela empresa da qual os pacientes eram sócios.

O Ministério Público argumenta que os impetrantes fazem confusão entre a noção de crédito tributário e de tributo. Aduz que a supressão ou redução deste último estaria perfeitamente tipificada, tendo o delito irrogado aos pacientes se materializado



HC 97.118 / SP

por ocasião de seu não pagamento, a partir da ocorrência do fato gerador.

Penso, porém, que se equivocaram, *data venia*, as instâncias inferiores ao agasalharem a tese de que seria lícita a atuação do Parquet, independentemente da conclusão de procedimento instaurado na esfera administrativa.

E o fizeram baseando-se em interpretação extravagante do quanto decidido na ADI 1.571, Rel. Min. Gilmar Mendes, cujo acórdão recebeu a ementa abaixo:

"EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 83 da Lei no 9.430, de 27.12.1996. 3. Arguição de violação ao art. 129, I, da Constituição. Notitia criminis condicionada 'à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário'. 4. A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da notitia criminis ao Ministério Público. 5. Decisão que não afeta orientação fixada no HC 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita 'representação tributária', se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo. 6. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 7. Improcedência da ação".

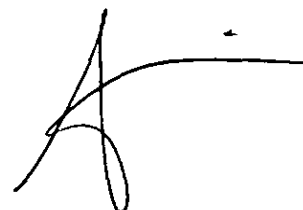


Entretanto, bem interpretada essa decisão, percebe-se a erronia em que incorreram as instâncias inferiores, pois, desde a época do julgamento da mencionada ADI, restou clara a necessidade da existência de lançamento **definitivo** do tributo para que possa o Ministério Público iniciar a persecução criminal.

O lançamento fiscal, como se sabe, configura ato administrativo, sujeito a contestação, em procedimento próprio, garantindo-se ao contribuinte o exercício do contraditório e da ampla defesa. O conhecimento deste ato administrativo, por parte do Ministério Público, desde que ostente caráter definitivo, é que enseja o oferecimento de denúncia pelo cometimento de crimes contra a ordem tributária.

Na ADI 1.571, é certo, admitiu-se a possibilidade de o *Parquet* conhecer por qualquer outra forma a constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, independentemente da chamada "representação criminal", cuja constitucionalidade se discutia.

Ora, não se pode extrair do referido julgado que esta Suprema Corte outorgou ao Ministério Público a faculdade de decidir subjetivamente sobre o que seria, numa visão prospectiva - para não dizer especulativa - "definitivo" em termos de lançamento



HC 97.118 / SP

tributário, autorizando, assim, o oferecimento de denúncia antes de constituído o crédito em favor do Fisco.

Entendimento nesse sentido militaria contra a tese, consagrada na doutrina e na jurisprudência, de que se faz necessário demonstrar, a salvo de qualquer dúvida, a materialidade dos delitos que se imputam a alguém em juízo, admitida a prova meramente indiciária de autoria. É dizer, sufragaria a permissão de que se iniciasse a *persecutio criminis* independentemente de justa causa quanto à comprovação da efetiva materialização do crime no mundo fenomenológico.

O equívoco, *concessa venia*, mostra-se ainda maior quando se insiste em que o crime seria de natureza meramente formal, concretizando-se mediante o simples registro da ocorrência do fato gerador.

A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que o crime de sonegação fiscal tem caráter material e, por isso mesmo, depende de saber-se, com exatidão, o quanto o contribuinte deve efetivamente, segundo a percepção do próprio credor, qual seja, o Estado em seu papel de arrecadador de tributos.

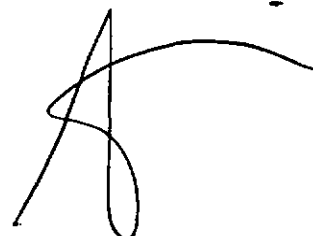


Ora, se o próprio credor permite a discussão administrativa do crédito para que se apure, com exatidão, o *quantum debeatur*, como é possível admitir-se a prática de sonegação fiscal, antes de concluído o procedimento correspondente?

Não se trata, com efeito, de sujeitar a ação do Ministério Público às decisões administrativas. Trata-se, ao revés, de condicionar a sua iniciativa em matéria de sonegação fiscal à materialização do delito, que depende da formação final e definitiva, no âmbito da administração fazendária, do crédito tributário.

O raciocínio pretensamente arrimado na ADI 1.571, à evidência, não se sustenta, pois o oferecimento da denúncia pelo *Parquet*, no caso sob exame, dependia de que este tivesse ciência do lançamento definitivo do tributo, não podendo valer-se, como autor da ação penal, de **seu entendimento subjetivo acerca de um lançamento a ser ainda levado a efeito no futuro.**

Atualmente, a discussão sobre a exigência do lançamento fiscal para a caracterização desse tipo de delito afigura-se despicienda, em face do que dispõe a Súmula Vinculante 24, assim redigida:



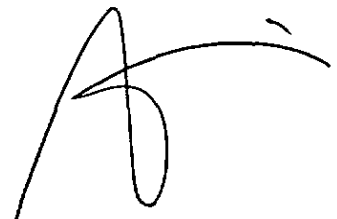
"NÃO SE TIPIFICA CRIME MATERIAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, PREVISTO NO ART. 1º, INCISOS I A IV, DA LEI Nº 8.137/90, ANTES DO LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO".

Então, seja com fundamento na jurisprudência anterior desta Corte, seja em face do mencionado verbete, que a tornou mais explícita e de observância obrigatória, forçoso é concluir que **não havia crime no momento da oferta da denúncia** na hipótese em apreço.

Não é necessário, friso, que se revolvam fatos para se chegar a tal conclusão. Cabível, portanto, a via do *habeas corpus* para o deslinde da questão.

A data de decisão final do Conselho de Contribuintes, como se viu, é posterior à denúncia e sentença, embora anterior ao acórdão do TRF da 3ª Região. Está-se, portanto, diante de evidente ausência de justa causa para o início da ação penal, que acarreta a nulidade de todos os atos processuais subsequentes ao recebimento da exordial acusatória.

Com efeito, apenas após a decisão do Conselho de Contribuintes é que se desenhou a tipicidade do delito irrogado



HC 97.118 / SP

aos pacientes, valendo aquele pronunciamento para fixar termo inicial da prescrição da pretensão punitiva.

Como é sabido, não se convalida o ato que ingressa no mundo jurídico eivado de nulidade absoluta, como é o caso de denúncia destituída de justa causa. Não se trata, aqui, de ato meramente anulável, pois, como visto, inexistia crime à época em que se iniciou a persecução penal.

Pelo exposto, conheço do writ e concedo a ordem para reconhecer a nulidade da ação penal, por falta de justa causa, bem como de todas as suas consequências, em especial a condenação imposta aos pacientes.

Esclareço que não é o caso de determinar-se o trancamento da ação, porque, embora ainda não houvesse trânsito em julgado da condenação quando da impetração deste *habeas corpus*, este sobreveio no curso de sua tramitação.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized capital letter 'A' followed by a long, sweeping horizontal stroke that curves slightly upwards at the end.

23/03/2010**PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 97.118 SÃO PAULO**VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu o acompanho também.

Lembro-me de que na discussão em Plenário, em uma das últimas sessões, ressaltei que o lançamento se faz tão mais necessário quanto previsto na Constituição. Ou seja, no capítulo próprio do sistema tributário, um dos institutos versados pela Constituição é exatamente o do lançamento, que tem dignidade constitucional. Enquanto não houver lançamento, não há débito.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) - Não há débito e nem a quantificação.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu acompanho Vossa Excelência.

* * * * *



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA**HABEAS CORPUS 97.118**

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S): CAETANO SCHINCARIOL FILHO

PACTE.(S): FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL

IMPTE.(S): MAURO HENRIQUE ALVES PEREIRA E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HABEAS CORPUS Nº 116.621 DO
SUPERIOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 23.03.2010.

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

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner
Mathias.


Fabiane Duarte
✓ Coordenadora