

08/06/2010

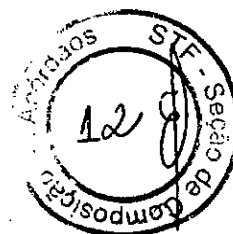
SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 101.754 PERNAMBUCO

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
PACTE.(S) : KLAUS HERMANN BEHRENS
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
IMPTE.(S) : SÉRGIO PINTO E OUTRO(A/S)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CONDUTA SUFICIENTEMENTE INDIVIDUALIZADA. INEXISTÊNCIA. DEPÓSITO EM AÇÃO ANULATÓRIA DO DÉBITO FISCAL. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE QUESTÃO PREJUDICIAL. MATÉRIA NÃO TRATADA NAS INSTÂNCIAS ANTERIORES. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DENEGADA.

1. Esta Suprema Corte tem admitido ser dispensável, nos crimes societários, a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, bastando que a peça acusatória narre, no quanto possível, as condutas delituosas de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa.
2. A conduta do paciente foi suficientemente individualizada, ao menos para o fim de se concluir pelo do juízo positivo de admissibilidade da imputação feita na denúncia.
3. O trancamento de ação penal só se verifica nos casos em que há prova evidente da falta de justa causa, seja pela atipicidade do fato, seja por absoluta carência de indício de autoria, ou por outra circunstância qualquer que conduza, com segurança, à conclusão firme da inviabilidade da ação penal. Precedentes.
4. Para se evitar o *jus puniendi* estatal, o paciente deveria ter promovido o pagamento do tributo devido antes do recebimento da denúncia, conforme estabelece o art. 34 da Lei 9.249/95.
5. A alegação de existência de questão prejudicial externa (art. 93 do CPP) decorrente da propositura de ação anulatória de débito fiscal não foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, o que inviabiliza o seu conhecimento por esta Suprema Corte, sob pena de indevida supressão de instância.
6. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e denegado na parte conhecida.



HC 101.754 / PE**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Eros Grau, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer, em parte, do pedido de *habeas corpus* e, na parte conhecida, indeferi-lo, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 08 de junho de 2010.



Ellen Gracie - Relatora

08/06/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 101.754 PERNAMBUCO

RELATORA	: MIN. ELLEN GRACIE
PACTE.(S)	: KLAUS HERMANN BEHRENS
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
IMPTE.(S)	: SÉRGIO PINTO E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de KLAUS HERMANN BEHRENS contra a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou o HC 53.622/PE, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, ajuizado naquela Corte em favor do ora paciente.

Segundo narra a inicial, o Ministério Público do Estado de Pernambuco ofereceu denúncia contra o paciente como incurso nas sanções do art. 1º, incisos II e V, da Lei 8.137/90 c/c art. 29 do Código Penal, em continuidade delitiva, que gerou o processo crime 222.2002.008038-5, em curso na 3ª Vara Criminal de Jaboatão dos Guararapes/PE.

A defesa do paciente impetrou *habeas corpus* contra o recebimento da denúncia, que foi denegado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Foi interposto ao Superior Tribunal de Justiça recurso ordinário da decisão denegatória (RHC 19.891/PE).

Antes da admissão do RHC, impetrou-se também ao STJ o HC 53.622/PE, que teve seu pedido de liminar deferido. Contudo, no mérito, o *writ* foi denegado, por maioria de votos, nos termos da seguinte ementa (fl. 268 do apenso 5):

“HABEAS CORPUS . CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISOS II E IV, DA LEI N.º 8.137/90. AÇÃO PENAL. CRÉDITO FISCAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO CONCLUÍDO. EXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO. DELITO CONSUMADO.

HC 101.754 / PE**ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA.
IMPROCEDÊNCIA.**

1. Segundo o entendimento desta Corte e do Pretório Excelso, não há justa causa para a persecução penal do crime previsto no art. 1.º, da Lei n.º 8.137/90, quando o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, uma vez que sua inexistência impede a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional.

2. O fato de ter sido ajuizada ação anulatória de débito fiscal, a qual se encontra ainda em curso, não tem o condão de impedir o prosseguimento da ação penal. Isso porque o art. 83 da Lei n.º 9.430/96 somente exige decisão final na esfera administrativa sobre a existência fiscal do crédito tributário, o que já ocorreu na espécie.

3. A pendência de discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário perante o Judiciário constitui óbice, tão-somente, à prática de atos tendentes à cobrança do crédito, não impossibilitando a instauração da ação penal cabível, dada a independência das esferas cível e criminal. *Precedentes.*

4. Não se reputa inepta a denúncia que narra suficientemente os fatos imputados aos Pacientes, consubstanciados na suposta prática de crime contra a ordem tributária, com indícios suficientes da autoria e prova da materialidade. *Precedentes.*

5. Ordem denegada, com a revogação da liminar anteriormente deferida”.

O RHC 19.891/PE não foi conhecido em razão do julgamento do HC 53.622/PE.

2. Os impetrantes alegam a inépcia da inicial acusatória, por ser genérica. Aduz que o paciente não possui relação

HC 101.754 / PE

com os atos que deram ensejo à denúncia, sendo mero sócio da empresa autuada.

Informam que tramita na 5ª Vara da Fazenda Pública do Recife a Ação Anulatória Ordinária 001.2002.039177-4, na qual se busca a anulação do auto de infração fiscal objeto deste *writ*. Realizado o depósito integral dos valores exigidos pela Fazenda Estadual de Pernambuco, a exigibilidade do crédito tributário foi suspensa. Dessa forma, argumenta que a Ação Penal 222.2002.008038-5 deve ser suspensa, por interpretação analógica da Lei 10.684/03 para o caso e por entender que a ação cível anulatória consiste em questão prejudicial externa à ação penal.

Assim, requerem a concessão do presente *habeas corpus* para que seja decretada a nulidade da Ação Penal 222.2002.008038-5, por inépcia da denúncia. Subsidiariamente, a suspensão da referida ação penal pela aplicação de interpretação analógica do art. 9º da Lei 10.684/03 ou pelo reconhecimento da prejudicial externa no caso.

3. A liminar foi indeferida às fls. 88-90.

4. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 94-100).

É o relatório.



HC 101.754 / PE**V O T O**

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. As questões de direito tratadas na presente impetração versam sobre a inépcia da denúncia, a suspensão da ação penal em decorrência do depósito realizado em ação anulatória do débito fiscal e de questão prejudicial externa para o curso da ação penal gerada pela propositura da referida ação anulatória.

2. Compulsando os autos, verifiquei que o Ministério Público do Estado de Pernambuco ofereceu denúncia contra o paciente e outro co-réu por ter sido constatado que, no período de dezembro de 1995 a dezembro de 1996, os denunciados, no desempenho da gerência e administração da empresa COGNIS BRASIL LTDA., omitiram o lançamento de operações de saídas de mercadorias tributáveis no Livro de Registro de Saídas. Tal conduta importou em supressão do pagamento de ICMS no valor de R\$ 101.053.06 (cento e um mil e cinquenta e três reais e seis centavos), já acrescido de multa e correção monetária.

Considero pertinente a transcrição de trechos da peça acusatória oferecida contra o paciente (fls. 02-B e 02-C do apenso 1):

“Consta da peça informativa que os denunciados omitiram as saídas de mercadoria, realizando a chamada “omissão de saídas”. Tal prática resultou em vendas de mercadorias conforme relata o auto de infração OS N 9905.1.0001388 às fls. 27, comercializados sem a emissão do documento fiscal e sem registro correspondente nos livros fiscais próprios, conseqüentemente, sem o recolhimento do ICMS devido, importando tal procedimento em supressão de referido imposto em prejuízo da Fazenda Estadual. Além disto, a empresa deixou de fornecer à Fazenda os documentos fiscais exigidos.

A fraude foi detectada através do levantamento analítico de estoque, o qual foi elaborado a partir das notas fiscais de entradas, de saídas e devoluções do denunciado, considerando-se

HC 101.754 / PE

ainda os estoques, inicial e final, no período relatado.

(...)

Considere-se que a autoria é certa posto que sendo os denunciados, o primeiro, sócio administrador da firma, conforme contrato social (fls. 31 e seguintes) detém o “domínio do fato”, o poder de determinar, de decidir e de fazer com que seus empregados e contratos executem o ato, e o segundo chefe administrativo e contador da empresa (fls. 17), sendo responsável direto pela ocorrência da redução do tributo.

A prática relatada perdurou, em continuidade delitiva, no período de 1995 a 1996, resultando em supressão do pagamento de tributo em detrimento dos cofres estaduais”.

3. Nos chamados crimes multitudinários, é física e humanamente impossível a descrição detalhada de uma ação física específica. Não se poderia exigir do órgão responsável pelas investigações a identificação exata, precisa e cronometrada da atuação particularizada e peculiar de cada um dos executores.

Esta Suprema Corte tem admitido ser dispensável, nos crimes societários, a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, bastando que a peça acusatória narre, no quanto possível, as condutas delituosas de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa. Nesse sentido HC 93.628, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 16.04.2009; HC 80.812, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 05.03.2004; HC 80.549, rel. Min. Nelson Jobim 2ª Turma, DJ 24.08.2001; HC 84.048, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma DJ 21.05.2004, entre outros.

4. Entendo que a conduta do paciente foi suficientemente individualizada, ao menos para o fim de se concluir pelo juízo positivo de admissibilidade da imputação feita na denúncia. Com efeito, ao paciente é imputado o fato de, na qualidade de administrador da firma, ter omitido a saída de mercadorias da empresa para não recolher o imposto devido sobre a circulação.

HC 101.754 / PE

5. É irrelevante a argumentação trazida pelos impetrantes no sentido de que quem cuidava da contabilidade da empresa em Pernambuco era somente Waldir Ribas – co-réu na ação penal – e que o paciente permaneceu em São Paulo.

Ao paciente foram delegadas funções de administração da sociedade, conforme se depreende das cópias dos contratos sociais colacionadas aos autos, sendo que a distância não impede o exercício de seu poder de gerência sobre a empresa. Entender de modo diverso implicaria em aprofundado exame de provas, o que é vedado na via estreita do *habeas corpus*.

6. Houve, pois, atendimento às exigências formais e materiais contidas no art. 41 do Código de Processo Penal, não se podendo atribuir à peça exordial os qualificativos de ser “denúncia genérica” ou “denúncia arbitrária”. Existe perfeita plausibilidade (viabilidade) na ação penal pública ajuizada pelo órgão do *Parquet*.

Diversamente do que sustentam os impetrantes, encontram-se presentes todos os pressupostos e condições de procedibilidade para o ajuizamento e prosseguimento da ação penal contra o paciente, sendo certo que a sua efetiva participação nos delitos deverá ser analisada após a instrução criminal, por ocasião da sentença.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que “*o trancamento de ação penal só se verifica nos casos em que há prova evidente da falta de justa causa, seja pela atipicidade do fato, seja por absoluta carência de indício de autoria, ou por outra circunstância qualquer que conduza, com segurança, à conclusão firme da inviabilidade da ação penal*”, o que não se verifica na presente hipótese (HC 96.268, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ 14.05.2009).

7. Os impetrantes pugnam pela aplicação ao caso em tela do art. 9º da Lei 10.684/03, mediante interpretação analógica. O referido dispositivo possui a seguinte redação:

HC 101.754 / PE

“Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”.

A legislação invocada pelos impetrantes dispõe sobre o regime de parcelamento de tributos. Na espécie, não houve adesão a qualquer programa de parcelamento de tributos.

8. No caso em tela, o débito fiscal da empresa do paciente foi regularmente inscrito na Dívida Ativa, após o término de ação fiscal, em que se observou o devido processo legal, inclusive com interposição de recurso administrativo por parte da empresa ao Tribunal Administrativo-Tributário do Estado de Pernambuco, que foi desprovido, conforme se depreende de documento encartado à folha 507 do apenso 3.

Atualmente a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa em razão do depósito de seu montante integral (art. 151, inciso II, do CTN). Sobre esse ponto, a relatora do *habeas corpus* ajuizado anteriormente no STJ, Ministra Laurita Vaz, assim se manifestou (fl. 251 do apenso 5):

“Cumpre ressaltar que o fato de ter sido ajuizada ação anulatória de débito fiscal, a qual se encontra ainda em curso, não tem o condão de impedir o prosseguimento da ação penal. Isso

HC 101.754 / PE

porque o art. 83 da Lei n.º 9.430/96 somente exige decisão final na esfera administrativa sobre a existência fiscal do crédito tributário, o que, conforme já evidenciado, já ocorreu.

Nessa vertente, impende esclarecer que a pendência de discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário perante o Judiciário constitui óbice, tão-somente, à prática de atos tendentes à cobrança do crédito, não impossibilitando a instauração da ação penal cabível, dada a independência das esferas cível e criminal”.

9. Os impetrantes pretendem, em verdade, aplicar, por analogia, uma hipótese de suspensão da pretensão punitiva do Estado que não se destina ao caso concreto. Acerca da diferença entre interpretação analógica e analogia, Damásio de Jesus assim escreve:

“Às vezes, a própria lei pretende que a ausência de previsão legislativa seja suprida pela analogia, que seus preceitos sejam por ela completados. Em casos tais, cuida-se da interpretação analógica, em que está na vontade da lei a extensão de seu conteúdo aos casos análogos. Na analogia, porém, trata-se de aplicar o conteúdo de uma lei a casos não pretendidos abranger pela sua vontade. A diferença, pois, entre interpretação analógica e analogia, reside na voluntas legis: na primeira, pretende a vontade da norma abranger os casos semelhantes aos por ela regulados; na segunda, ocorre o inverso: não é pretensão da lei aplicar o seu conceito aos casos análogos, tanto que silencia a respeito, mas o intérprete assim o faz, suprimindo lacuna.” (Direito Penal, 1º Volume – Parte Geral, 23ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1999, pg. 46).

Portanto, para a utilização da interpretação analógica, a lei deve possuir uma cláusula genérica que deve ter seu

HC 101.754 / PE

conteúdo estendido a casos análogos; já para se aplicar a analogia, deve existir lacuna no ordenamento jurídico.

10. O art. 9º da Lei 10.684/03 não possui cláusula genérica e não estamos diante de lacuna no ordenamento para ser suprida no caso concreto. Na espécie, para se evitar o *jus puniendi* estatal, o paciente deveria ter promovido o pagamento do tributo devido antes do recebimento da denúncia, conforme estabelece o art. 34 da Lei 9.249/95.

Ademais, destaco que o Ministério Público expediu ofício ao paciente por duas vezes, informando-o dessa prerrogativa (fl. 394 do apenso 2 e fl. 514 do apenso 3).


Uma vez constituído o crédito tributário e não efetuado seu pagamento, há justa causa para a persecução penal, não havendo que se falar em suspensão da pretensão punitiva no caso.

11. Por fim, no tocante à alegação de existência de questão prejudicial externa (art. 93 do CPP) decorrente da propositura de ação anulatória de débito fiscal, verifico que tal matéria não foi enfrentada no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, o que inviabiliza o seu conhecimento por esta Suprema Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Ainda que superado o óbice mencionado, ressalto que o reconhecimento da presença de questão prejudicial facultativa ensejadora de suspensão do curso do processo penal compete ao juízo do feito, que, acreditando dispor de provas suficientes para julgar o caso, pode determinar o prosseguimento da ação penal.

12. Ante o exposto, **conheço parcialmente** do presente *habeas corpus* e, na parte conhecida, **denego a ordem**.

É como voto.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 101.754

PROCED. : PERNAMBUCO

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

PACTE.(S) : KLAUS HERMANN BEHRENS

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

IMPTE.(S) : SÉRGIO PINTO E OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma, à unanimidade, conheceu, em parte, do pedido de *habeas corpus* e, na parte conhecida, indeferiu-o, nos termos do voto da Relatora. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 08.06.2010.

Presidência do Senhor Ministro Eros Grau. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador