

23/11/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 99.740 SÃO PAULO

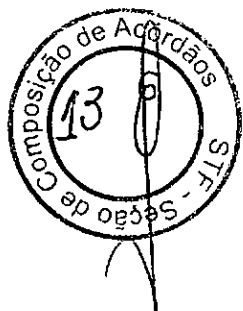
RELATOR : MIN. AYRES BRITTO
PACTE.(S) : HÉLIO BENETTI PEDREIRA
IMPTE.(S) : PAULO JOSÉ IÁSZ DE MORAIS
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. DESCAMINHO. IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS DE INFORMÁTICA E DE TELECOMUNICAÇÕES. SIMULAÇÃO DE OPERAÇÕES COMERCIAIS. MERCADORIAS IMPORTADAS DE FORMA IRREGULAR. DESNECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme em considerar excepcional o trancamento da ação penal pela via processualmente acanhada do *habeas corpus* (HC 86.786, da minha relatoria; HC 84.841, da relatoria do ministro Marco Aurélio). *Habeas corpus* que se revela como trilha de verdadeiro atalho, somente admitida quando de logo avulta o desatendimento das coordenadas objetivas dos arts. 41 e 395 do CPP.

2. Quanto aos delitos tributários materiais, esta nossa Corte dá pela necessidade do lançamento definitivo do tributo devido, como condição de caracterização do crime. Tal direção interpretativa está assentada na idéia-força de que, para a consumação dos crimes tributários descritos nos cinco incisos do art. 1º da Lei 8.137/1990, é imprescindível a ocorrência do resultado **supressão** ou **redução** de tributo. Resultado aferido, tão-somente, após a constituição definitiva do crédito tributário. (Súmula Vinculante 24)

3. Por outra volta, a consumação do delito de descaminho e a posterior abertura de processo-crime não estão a depender da constituição administrativa do débito fiscal. Primeiro, porque o delito de descaminho é rigorosamente formal, de modo a prescindir da ocorrência do resultado naturalístico. Segundo, porque a conduta materializadora desse crime é "iludir" o Estado quanto ao pagamento do imposto devido



HC 99.740 / SP

pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. E iludir não significa outra coisa senão fraudar, burlar, escamotear. Conduas, essas, minuciosamente narradas na inicial acusatória.

4. Acresce que, na concreta situação dos autos, o paciente se acha denunciado pelo descaminho, na forma da alínea "c" do § 1º do art. 334 do Código Penal. Delito que tem como elementos nucleares as seguintes condutas: vender, expor à venda, manter em depósito e utilizar mercadoria estrangeira introduzida clandestinamente no País ou importada fraudulentamente. Pelo que não há necessidade de uma definitiva constituição administrativa do imposto devido para, e só então, ter-se por consumado o delito.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em indeferir a ordem, o que fazem nos termos do voto do Relator e por unanimidade de votos, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas.

Brasília, 23 de novembro de 2010.

AYRES BRITTO

-

RELATOR

23/11/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 99.740 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO
PACTE.(S) : HÉLIO BENETTI PEDREIRA
IMPTE.(S) : PAULO JOSÉ IÁSZ DE MORAIS
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)**

Trata-se de *habeas corpus*, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão que exhibe a seguinte ementa:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE DESCAMINHO. DESNECESSIDADE DE EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA.

O encerramento do procedimento fiscal, na via administrativa, não pode ser encarado como condição objetiva de punibilidade do delito tipificado no art. 334, § 1.º, alínea 'c', do Código Penal, tal como ocorre com os crimes contra a ordem tributária, pois este crime se consuma com a simples conduta do agente de vender, expor à venda, manter em depósito ou, de qualquer forma, utilizar em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no país ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem, sendo, portanto, desnecessário aguardar a definição, na esfera administrativa, a respeito de ser ou não devido algum tributo em decorrência dessas condutas (**Precedente da Quinta Turma desta Corte**).

Habeas corpus denegado.”

HC 99.740 / SP

2. Pois bem, os impetrantes insistem na tese de que a conclusão do procedimento administrativo-fiscal constitui condição objetiva de punibilidade do delito de descaminho. Nas palavras da impetração:

“O presente *writ* assenta-se exclusivamente na demonstração de que o crime de descaminho é por essência um crime tributário material, ou seja, como tal, apresenta como condição objetiva de punibilidade a necessidade de constituição, por via administrativa fiscal, do suposto crédito tributário.”

3. Prosseguem os acionantes para sustentar que, no caso, inexistente procedimento fiscal em curso para a constituição do crédito tributário mencionado na inicial acusatória. Pelo que o caso é de trancamento da ação penal a que responde o paciente na 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de São Paulo/SP.

4. Avanço neste relato da causa para anotar que o paciente foi denunciado, na companhia de onze co-réus, pelos delitos de descaminho – na forma da alínea “c” do § 1º do art. 334 –, falsidade ideológica, uso de documento falso e formação de quadrilha ou bando. Esse o quadro fático descrito na denúncia (apenso 1, fls. 99-203/STJ):

“[...]”

Conforme mencionado no item anterior, como resultado das apurações realizadas em conjunto pelo Setor de Inteligência da Receita Federal, Polícia Federal e Ministério Público Federal, delineou-se atuação complexa de um grupo que montou bases em alguns Estados brasileiros e no exterior, cooptou aduaneiros e suas agências e assim, de modo coeso e coordenado, unindo esforços pessoais, conhecimento técnico e dinheiro, mormente com atuação em alguns aeroportos e recintos alfandegados brasileiros, cometeram vários crimes que lesaram o Erário em milhões de reais.

As investigações revelaram que o grupo especializou-se em importação de produtos de informática e telecomunicações

HC 99.740 / SP

utilizando meios ilícitos, tais como, falsificação de documentos, subfaturamento dos preços, ocultação dos reais intervenientes, simulação de operações comerciais e suporte documental a mercadorias importadas de forma irregular.

A importação [...] tinha como ponto de partida a empresa Cisco System Inc., com sede em San José, no Estado Norte-Americano da Califórnia. Tal empresa é uma das grandes multinacionais dedicadas ao oferecimento de soluções para redes e comunicações, seja na fabricação de roteadores e switches, seja na prestação de serviços por meio de subsidiárias como as empresas Linksys, WebEx, IronPort e Scientific Atlanta.

[...]

A função dessa rede de empresas, que importaram, em valores declarados, mais de US\$ 370.000.000,00 (trezentos e setenta milhões de dólares) nos últimos anos, era constituir um esquema de interposição fraudulenta, ocultando os reais importadores e beneficiários dessas operações mediante a prática de diversos ilícitos. Essa rede de empresas era constituída por sócios empregados da própria constelação empresarial formada, parentes desses últimos ou mesmo empresas estrangeiras com sedes em paraísos fiscais como o Panamá.

Além de criar essa miríade de empresas, os arquitetos desse esquema cooptavam despachantes, particulares e agentes públicos, notadamente pertencentes aos quadros da aduana. Essa rede de empresas buscava atuar em todas as fases do processo de aquisição de mercadorias no exterior e na internação dessas mercadorias no Brasil, entregando-as livres e desembaraçadas aos reais adquirentes, enquanto esses permaneciam ocultos durante todas as operações realizadas.

[...]

Além da criação de importador e exportador interpostos, houve o que aqui se denomina de 'dupla blindagem', ou seja, a criação de distribuidores interpostos tanto nos Estados Unidos da América quanto no Brasil. Apesar de representar maiores custos para o grupo, torna mais difícil às autoridades

HC 99.740 / SP

controladoras do comércio exterior a identificação dos reais controladores do grupo, agravado pelo fato de os quadros societários das empresas interpostas, que às vezes chegam a movimentar milhões de reais, serem normalmente compostos de *offshores* (sediadas em paraísos fiscais) e/ou pessoas desprovidas de recursos econômicos, os chamados 'laranjas'.

O modelo de interposição fraudulenta utilizado pelo grupo (esquema abaixo) permite aos reais intervenientes (real importador e encomendante) atuarem no comércio exterior sem sujeitar-se a qualquer controle exercido pela aduana, na figura da Receita Federal do Brasil – RFB. Todas as nacionalizações são declaradas ao Fisco como importações por conta própria das empresas interpostas, e não como por conta e ordem de terceiros, ou por encomenda, como seria devido. Com isso, real importador e encomendante permanecem ocultos ao Fisco.

[...]

O esquema, assim, busca ocultar o real importador e o encomendante de mercadorias estrangeiras. O encomendante negocia com o fabricante o valor dos produtos a serem fabricados nos Estados Unidos. A negociação ocorre no escritório comercial do fabricante no Brasil, que atua como um escritório de representação, sem participar da cadeia logística. A CISCO DO BRASIL controla todas as vendas dos produtos CISCO no Brasil, possuindo inclusive metas de vendas definidas pela matriz norte-americana.

Em seguida, o encomendante entra com o pedido junto ao real importador. Cabe ressaltar que o encomendante não realiza a importação direta do fabricante pelo fato de ser muito menos oneroso comprar os produtos já nacionalizados do real importador.

Após o recebimento do pedido do encomendante, o real importador envia o pedido ao fabricante para a fabricação dos produtos. O fabricante produz os equipamentos com pleno conhecimento de que após a importação dos produtos, os mesmos serão revendidos ao encomendante.

Os produtos são vendidos ao grupo importador já com

HC 99.740 / SP

descontos que variam entre 40 a 70% do valor. O grupo importador controla todas as empresas interpostas pertencentes à estrutura de importação fraudulenta. Cada empresa tem uma função bem definida na cadeia de importação CISCO.

O grupo importador recebe os produtos através da distribuidora interposta no exterior, e as revende a uma das exportadoras interpostas.

A operação do comércio exterior, então, se processa entre empresas interpostas, controladas pelo grupo. Toda a documentação aduaneira é instruída em nome do importador, que é uma empresa interposta e que recebe em seu nome a mercadoria e adquire a propriedade das mesmas. Para o registro da declaração de importação, momento no qual ocorre o recolhimento dos tributos, e para o fechamento do câmbio, o real importador envia os recursos para a distribuidora interposta, que por sua vez repassa os recursos à importadora interposta.

Posteriormente, em uma operação de compra e venda simulada, a importadora interposta transfere para a distribuidora interposta que, no mesmo dia, simula uma venda para o real importador. Na maioria dos casos, as mercadorias seguem do local de desembarço aduaneiro diretamente para o real importador, ocorrendo [...] apenas troca de notas fiscais. A mercadoria, no caso de importações dita comerciais, embarca no aeroporto de Salvador com destino a São Paulo, sem passar nem sequer por Ilhéus/BA, cidade onde estão localizadas a maioria das importadoras interpostas.

[...]

O grupo, operando simultaneamente em vários pontos do país, e alternando diversas empresas, passa a controlar as etapas da cadeia de importação, para trazer produtos do exterior e entregá-los aos clientes finais, como se fossem operações comerciais de compra e venda realizadas em território nacional. [...]

Vale destacar, que as modalidades de importação por conta e ordem de terceiros, ou de importação por encomenda

HC 99.740 / SP

são lícitas, desde que previamente autorizadas pelas autoridades aduaneiras. Todos os intervenientes devem ser habilitados para operar no comércio exterior (IN SRF nº 650, de 12 de maio de 2006). É descabida a alegação de mero esquecimento de preenchimento da declaração de importação, pois as importadoras são constituídas dolosamente justamente para iludir ao Fisco e ocultar o sujeito passivo. Todas as importações promovidas pelo grupo até 31 de maio de 2007 foram declaradas como sendo por conta própria da importadora interposta quando na verdade os recursos originaram-se do real importador: a empresa MUDE.

[...]

Tais práticas, que não se constituem numa estratégia comercial, nem tampouco numa modalidade de planejamento tributário, são conhecidas como ocultação do sujeito passivo ou do real adquirente, também denominada interposição fraudulenta, que apesar da aparência normal de legalidade, trata-se de um esquema de simulação de operações comerciais com a finalidade de beneficiar tanto o real importador de mercadorias quanto o encomendante das mesmas.

A ocultação dos reais intervenientes permite a redução de tributos aplicados sobre o comércio exterior e de tributos internos, causando prejuízo ao Estado não apenas no campo tributário, mas também no que tange à defesa da economia contra importações danosas ao mercado nacional. Ao permitir a entrada de cerca de 724 milhões de reais em mercadorias acabadas, como no caso em tela, sem os devidos recolhimentos de tributos aplicados sobre o comércio exterior, a indústria nacional sofre grandes prejuízos e o país perde inúmeros postos de trabalho. Por ironia, o grupo usufrui indevidamente dos benefícios de uma lei, a chamada Lei da Informática, editada justamente para criar e desenvolver um pólo de informática em Ilhéus, cidade por onde a maioria das mercadorias nem sequer chega a passar fisicamente.

[...]

HÉLIO BENETTI, como os denunciados MOACYR ALVES

HC 99.740 / SP

SAMPAIO e CARLOS CARNEVALI, comandam o grupo MUDE e o esquema de interposição desde o seu início, eis que sua parceria remonta à época da parceria CISCO -UNIÃO DIGITAL (antecessora da MUDE), como já referido acima.

Atualmente, HÉLIO é sócio da MUDE, ao lado do condenado FERNANDO GRECCO. Sua qualidade de sócio de direito e de fato da empresa, acrescido das conversas telefônicas interceptadas indicam que o denunciado HÉLIO conhecia plenamente a estrutura de importação fraudulenta.

Como um dos controladores do GRUPO MUDE, HÉLIO conhecia com bem [sic] a estrutura das empresas interpostas montada por KIKO e ERNANI, do grupo K/E, para atender aos interesses da MUDE. Na interceptação da chamada telefônica realizada no dia [...] o denunciado JOSÉ ROBERTO é claro ao afirmar que [...] importa mercadorias por meio de outras empresas, e HÉLIO é enfático ao dizer que se referia ao 'esquema de importação da MUDE'.

Em outro diálogo, [...] nota-se claramente a intenção do denunciado HELIO BENETTI em importar um determinado equipamento, o que demonstra seu comando dentro do grupo.

[...]"

5. A inicial acusatória foi recebida pelo Juízo da 4ª Vara Federal de São Paulo/SP, e o processo-crime está concluso para sentença (desde 08/11/2010). Isso porque, sem embargo das alegações defensivas, as instâncias precedentes assentaram o entendimento de que, em tema de descaminho, é inaplicável a tese quanto à tipificação do crime do art. 1º da Lei 8.137/1990.

6. À derradeira, anoto que a Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

23/11/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 99.740 SÃO PAULO

VOTO**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)**

Ultimado o relatório, passo ao voto. Fazendo-o, anoto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme em considerar excepcional o trancamento da ação penal pela via processualmente acanhada do *habeas corpus* (HC 86.786, da minha relatoria; HC 84.841, da relatoria do ministro Marco Aurélio). Via de verdadeiro atalho, que só é de ser adotada quando de logo avulta ilegalidade ou abuso de poder; isto é, quando a denúncia for manifestamente inepta, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, ou faltar justa causa para o exercício desse tipo de ação (art. 395 do Código de Processo Penal).

9. Diga-se mais: quando se trata de apreciar alegação de inépcia de denúncia ou de sua esqualidez por qualquer outro motivo, dois são os parâmetros objetivos de tal exame: os arts. 41 e 395 do Código de Processo Penal. O art. 41 indica um necessário conteúdo positivo para a denúncia. Já o art. 395, esse impõe à peça de defesa um conteúdo negativo. Se no primeiro (art. 41) há uma obrigação de fazer por parte do Ministério Público, no segundo (art. 395) há uma obrigação de não fazer; ou seja, a peça de denúncia não pode incorrer nas impropriedades de que trata o art. 395 do diploma penal adjetivo.

10. Nessa contextura, tenho por desatendidos os pressupostos de encerramento prematuro da ação penal a que responde o paciente. É que não vejo como aderir à tese de falta de justa causa para a persecução penal, dada a ausência de procedimento fiscal para a apuração do débito tributário. É dizer: não tenho como encampar a proposição defensiva de que, no delito de descaminho, a constituição definitiva do débito tributário constitui condição de procedibilidade da ação penal.

11. Com efeito, esta nossa Corte tem jurisprudência firme quanto à tipificação dos chamados delitos tributários materiais. Jurisprudência

HC 99.740 / SP

cristalizada na Súmula Vinculante 24 e que dá pela necessidade do lançamento definitivo do tributo devido, como condição de plenificação do crime. Confira-se:

“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.”

(Sem destaques no original.)

12. Tal direção interpretativa está assentada na idéia-força de que, para a consumação dos crimes tributários descritos nos cinco incisos do art. 1º da Lei 8.137/1990, é imprescindível a ocorrência do resultado **supressão** ou **redução** de tributo. Resultado aferido, tão-somente, após a constituição definitiva do crédito tributário.

13. Sem embargo do esforço argumentativo da defesa, tenho que a consumação do delito de descaminho e a posterior abertura de processo-crime não estão a depender da constituição administrativa do débito fiscal. Primeiro, porque o delito de descaminho é rigorosamente formal, de modo a prescindir da ocorrência do resultado naturalístico. Segundo, porque a conduta materializadora desse crime é “*iludir*” o Estado quanto ao pagamento do imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. E *iludir* não significa outra coisa senão fraudar, burlar, escamotear. Condutas, essas, minuciosamente narradas na inicial acusatória.

14. Na concreta situação dos autos, o paciente se acha denunciado pelo crime de descaminho, na forma da alínea “c” do § 1º do art. 334 do Código Penal. Delito que tem como elementos nucleares as seguintes condutas: vender, expor à venda, manter em depósito e utilizar mercadoria estrangeira introduzida clandestinamente no País ou importada fraudulentamente. Pelo que não encontro nada que sinalize a necessidade de constituição definitiva do imposto devido para a consumação do delito.

15. Assim postas as coisas, dou pelo acerto do juízo da autoridade impetrada, *in verbis*:

HC 99.740 / SP

“o encerramento do procedimento fiscal, na via administrativa, não pode ser encarado como condição objetiva de punibilidade do delito tipificado no art. 334, § 1.º, alínea ‘c’, do Código Penal, tal como ocorre com os crimes contra a ordem tributária, pois este crime se consuma com a simples conduta do agente de vender, expor à venda, manter em depósito ou, de qualquer forma, utilizar em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no país ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem, sendo, portanto, desnecessário aguardar a definição, na esfera administrativa, a respeito de ser ou não devido algum tributo em decorrência dessas condutas.”

(Trecho do voto condutor do acórdão.)

16. Nesse mesmo sentido foi que, na sessão de 16 de novembro de 2010, julgamos o HC 104.314, da relatoria da ministra Ellen Gracie. Pelo que denego a ordem.

17. É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 99.740

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

PACTE.(S) : HÉLIO BENETTI PEDREIRA

IMPTE.(S) : PAULO JOSÉ IÁSZ DE MORAIS

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

Decisão: Indeferida a ordem, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie. **2ª Turma**, 23.11.2010.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador