

28/06/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 102.477 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : **NEWTON JOSÉ DE OLIVEIRA NEVES**
IMPTE.(S) : **MARCELLUS GLAUCUS GERASSI PARENTE E OUTRO(A/S)**
COATOR(A/S)(ES) : **PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Habeas Corpus. 2. Crime contra a ordem tributária (Lei 8.137/90, art. 1º, I e II). 3. Denúncia oferecida quando o crédito tributário já havia sido devidamente constituído. Ato expedido pelo Secretário da Receita Federal declarando a nulidade das decisões que não tenham admitido o recurso voluntário dos contribuintes por descumprimento do requisito do arrolamento de bens e direitos. 4. Inexistência de lançamento definitivo. 5. Atipicidade da conduta. Trancamento da ação penal. 6. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 28 de junho de 2011.

Ministro **GILMAR MENDES**

Presidente e Relator

Documento assinado digitalmente



28/06/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 102.477 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : **NEWTON JOSÉ DE OLIVEIRA NEVES**
IMPTE.(S) : **MARCELLUS GLAUCUS GERASSI PARENTE E OUTRO(A/S)**
COATOR(A/S)(ES) : **PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado Marcellus Glaucus Gerassi Parente e outro, em favor de Newton José de Oliveira Neves.

Nestes autos, a defesa questiona decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no HC 158.102/SP, que denegou a ordem.

Na espécie, o paciente, juntamente com corréu, foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 1º, I e II, da Lei 8.137/90, pois teria deixado de recolher o Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), a Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), no período compreendido entre janeiro de 1999 e dezembro de 2000. Consta da inicial deste *writ* que a ação penal é oriunda do Processo Administrativo 16327.002125/2003-82.

Consta que a denúncia foi apresentada em 18.3.2005, quando o crédito tributário já havia sido constituído, na medida em que não havia sido conhecido o recurso administrativo do paciente perante o órgão tributário.

Ocorre que, durante o curso da ação penal, o Secretário da Receita Federal editou o Ato Declaratório 16/2007, determinando que as unidades daquela Secretaria declarassem "*a nulidade das decisões que não tenham admitido recurso voluntário de contribuintes, por descumprimento do requisito do arrolamento de bens e direitos, bem como dos demais atos delas decorrentes, realizando um novo juízo de admissibilidade com dispensa do referido requisito*"

HC 102.477 / SP

(fl. 673).

Nesses termos, a própria Receita Federal propôs o cancelamento da inscrição, determinando a remessa dos autos ao Primeiro Conselho de Contribuintes para a apreciação do recurso apresentado. Tem-se às fls. 683 o seguinte: “As inscrições sob os n. 80.2.04.056612-64 – 80.6.04.095182-01 – 80.6.04.09.51.83-92 – 80.7.04.024813-34 foram devidamente canceladas por esta D. Procuradoria, bem como o processo administrativo encaminhado ao Primeiro Conselho dos Contribuintes, como se pode notar nos relatórios anexos”.

Dáí, alegarem os impetrantes que não há justa causa para prosseguimento da ação penal, em razão do superveniente desaparecimento da condição de procedibilidade da ação penal (constituição definitiva do crédito tributário).

Nesses termos, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, tendo a ordem sido denegada.

Irresignada, impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, tendo a ordem sido indeferida.

Neste *writ*, reitera os argumentos expostos perante as instâncias inferiores, quais sejam: a) a exigibilidade do crédito tributário está suspensa em razão do oferecimento de recurso voluntário nos autos da fiscalização tributária, conforme informação da Receita Federal do Brasil em relação ao processo administrativo 16327.002125/2003-82; b) constrangimento ilegal consistente na ausência de inquérito policial para a apuração do suposto delito, em afronta à garantia do contraditório e da ampla defesa; c) inépcia da denúncia, que não teria individualizado as condutas praticadas pelos denunciados.

É o relatório.

28/06/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 102.477 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Consoante relatado neste *habeas* a defesa tece os seguintes argumentos: a) a exigibilidade do crédito tributário está suspensa em razão do oferecimento de recurso voluntário nos autos da fiscalização tributária, conforme informação da Receita Federal do Brasil em relação ao processo administrativo 16327.002125/2003-82; b) constrangimento ilegal consistente na ausência de inquérito policial para apuração do suposto delito, em afronta à garantia do contraditório e da ampla defesa; c) inépcia da denúncia, que não teria individualizado as condutas praticadas.

De início, ressalto que é firme o entendimento desta Corte no sentido de que o trancamento de ação penal ou de inquérito policial é medida de caráter excepcional, sobretudo na via estreita do *habeas corpus*.

Diante disso, se não restar comprovada, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, ou a ausência de indícios de autoria e materialidade, é indispensável a continuidade da persecução criminal (HC 95.761/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 18.9.2009; HC 91.603/DF, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 26.9.2008; HC 98.631/BA, rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma, DJe 1.7.2009; HC 93.224/SP, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ 5.9.2008).

Em princípio, atesto que a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia condição objetiva de punibilidade. Em outras palavras, não se pode afirmar a existência, nem tampouco fixar o montante da obrigação tributária até que haja o efeito preclusivo da decisão final administrativa.

Vale ressaltar que, a partir do precedente firmado no HC 81.611/DF, firmou-se nesta Corte jurisprudência no sentido de que o crime contra a ordem tributária (art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/1990) somente se consuma com o lançamento definitivo. É que, em razão da pendência de

HC 102.477 / SP

recurso administrativo perante as autoridades fazendárias, não se pode falar de crime.

Uma vez que essa atividade persecutória funda-se tão somente na existência de suposto débito tributário, não é legítimo ao Estado instaurar processo penal cujo objeto coincida com o de apuração tributária que ainda não foi finalizada na esfera administrativa. Conseqüentemente, não se pode sequer cogitar do curso de lapso prescricional, o qual somente terá termo inicial com a consumação do delito, nos termos do art. 111, I, do Código Penal.

Nesse mesmo sentido, por oportuno, cito precedente firmado pelo Tribunal Pleno (HC no 81.611-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 10.12.2003, acórdão ainda não publicado, noticiado no Informativo no 333), pela Primeira Turma (HC no 83.414-RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 23.04.2004 e AI no 419.578-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27.08.2004) e por esta Segunda Turma (HC no 84.092-CE, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 03.12.2004).

De tão pacífica a jurisprudência, esse entendimento está, hoje, representado na Súmula Vinculante n. 24, nos seguintes termos: *“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”*.

No caso dos autos, consoante relatado, consta que a denúncia foi apresentada em 18.3.2005, quando o crédito tributário já havia sido devidamente constituído, porquanto não havia sido conhecido o recurso administrativo do paciente perante o órgão tributário. Todavia, durante o curso da ação penal, o Secretário da Receita Federal editou o Ato Declaratório 16/2007, determinando que as unidades daquela Secretaria declarassem a nulidade das decisões que não tivessem admitido o recurso voluntário dos contribuintes, por descumprimento do requisito do arrolamento de bens e direitos, bem como dos demais atos delas decorrentes, realizando novo juízo de admissibilidade com dispensa do referido requisito.

Em informações prestadas à folha 732, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda certificou que o processo

HC 102.477 / SP

administrativo fiscal de interesse da Empresa Camurano Factoring Form. Mercantil Ltda. encontra-se na 3ª Turma da 1ª Câmara da 1ª SEJUL para ser relatado.

A defesa, por sua vez, juntou petição às fls. 738-743 dando conta de que o Juízo da 3ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, dadas as circunstâncias do caso (pendência do julgamento na esfera administrativa), suspendeu o curso da Ação Penal n. 200561810028760, bem como do prazo prescricional, assegurando, ainda, a possibilidade de os autos retomarem seu andamento na hipótese de constituição definitiva do crédito tributário.

Não obstante os fundamentos exarados pelo magistrado de primeiro grau, tenho para mim que o caso, *data venia*, é de trancamento e não de suspensão da ação penal. É que não existe lançamento definitivo a ensejar o recebimento da ação penal instaurada, nos termos de jurisprudência sedimentada (Súmula Vinculante 24).

Ademais, conforme tenho anotado reiteradamente, não se deve banalizar a persecução criminal, pois essa atitude está a afrontar, também, o princípio da dignidade da pessoa humana que, entre nós, tem base positiva no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Como se sabe, na acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana [*Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.*] (MAUNZ-DÜRIG, Grundgesetz Kommentar, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, 1 18).

Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Daí, a necessidade de rigor e prudência por

HC 102.477 / SP

parte daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso.

Diante de todas essas considerações, meu voto é no sentido de conceder a ordem de *habeas corpus*, a fim de trancar a ação penal movida contra o paciente, tendo em vista a atipicidade da conduta.

É como voto.

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 102.477**

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : NEWTON JOSÉ DE OLIVEIRA NEVES


IMPTE.(S) : MARCELLUS GLAUCUS GERASSI PARENTE E OUTRO(A/S)

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

Decisão: Deferida a ordem, a fim de trancar a ação penal movida contra o paciente, ante a patente falta de justa causa para o seu prosseguimento, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 28.06.2011.

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

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.


p/ Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador