

14/06/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 96.324 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
PACTE.(S)	: ALFEU CROZATO MOZAQUATRO
IMPTE.(S)	: ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

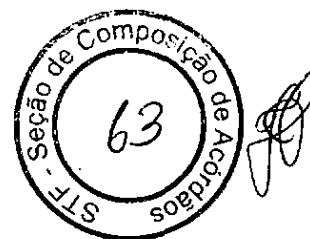
AÇÃO PENAL – DENÚNCIA – PARÂMETROS – LANÇAMENTO DEFINITIVO DE TRIBUTO – INEXIGIBILIDADE. Versando a denúncia, folha 100 a 129, esquema a envolver empresas visando à prática de sonegação fiscal, descabe exigir, para ter-se a sequência da persecução criminal, o término do processo administrativo-fiscal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em indeferir o *habeas corpus*, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pela Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 14 de junho de 2011.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR



13/04/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 96.324 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
PACTE.(s)	: ALFEU CROZATO MOZAQUATRO
IMPTE.(s)	: ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Assessoria prestou as seguintes informações:

Na decisão que implicou o indeferimento da liminar, a espécie ficou assim resumida (folha 690 a 692):

**HABEAS CORPUS - LIMINAR -
DENÚNCIA - ARTICULAÇÃO DE
DEFEITO - FALTA DE JUSTA CAUSA -
PROCESSO-CRIME - SUSPENSÃO -
INDEFERIMENTO.**

1. Eis como a Assessoria resumiu os parâmetros desta impetração:

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 83.547, relatora ministra Laurita Vaz, ao indeferir a ordem, assentou: a) o trancamento da ação penal só é admissível quando se depreende do processo, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, b) na denúncia, apontou-se para a participação do paciente no complexo esquema, desenvolvido por várias organizações criminosas, cuja finalidade seria a prática de sonegação fiscal,

HC 96.324 / SP

mediante a utilização de empresas constituídas em nome de interpostas pessoas, envolvendo diversos frigoríficos da região dos Grandes Lagos.

No tocante à alegação de ausência de justa causa para a persecução penal do crime de sonegação fiscal, quando o suposto crédito tributário ainda pende de lançamento definitivo, destacou a distinção entre o precedente do Supremo – *Habeas Corpus* nº 81.611, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence – e o caso em exame. Realçou que, na espécie, não estava em discussão a existência de débito fiscal ou do quanto devido, mas a configuração, em tese, de crime contra a ordem tributária, imputando-se ao paciente o envolvimento em esquema fraudulento, como a falsificação de documentos e o uso de empresas “fantasmas” ou de “laranjas”, operações que tinham como objetivo lesar o Fisco. Em tais situações, não se exigiria processo administrativo-tributário, por terem sido utilizadas fraudes para suprimir ou reduzir o recolhimento de tributos, ficando a autoridade administrativa alheia à ação delituosa, por competir a apuração dos fatos ao Juízo Criminal (folhas 624 e 625).

O *habeas* está voltado contra esse julgado. Os impetrantes pretendem o trancamento da Ação Penal nº 2006.61.024.001710-1, em que imputada ao paciente a prática de suprimir ou reduzir Imposto de Renda Pessoa Jurídica, PIS e COFINS, fraudando-se a fiscalização tributária, mediante a criação fictícia de empresa, fatos que teriam ocorrido no período de junho de 2001 a janeiro de 2005. Apontam a falta de justa causa para a ação penal e a inépcia da denúncia, por imputar-se ao paciente fato atípico. A conduta, segundo a denúncia oferecida, estaria enquadrada no

HC 96.324 / SP

artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 (seis vezes). Aduzem que os débitos fiscais, no entanto, seriam os declarados e não pagos, o que revelaria não tentativa de falsear ou omitir dados informados ao Fisco, mas inadimplência, a qual não estaria tipificada como crime. Afirmam que, se o delito descrito no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 tem a fraude como elemento nuclear do tipo e, verificado que não ocorreu fraude e sim ausência de satisfação da obrigação tributária, não estaria configurado crime tributário. Daí a ilegalidade do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Asseveram que, em relatório fiscal da Receita Federal elaborado a pedido do Juízo de Primeira Instância (documento 4), constaria a explicitação de jamais ter havido lançamento tributário contra a empresa CM4 PARTICIPAÇÕES e contra a COPERFRIGO, de titularidade do paciente. Dizem da ausência de demonstração da imputação de “transferência da movimentação entre as empresas”, por meio de fiscalização e lançamento, que pudesse ser objeto de averiguação pela Fiscalização Tributária. Não haveria lançamento de débito tributário, o que impediria o paciente, se quisesse fazê-lo, de pagar o “tributo” para ver extinta a punibilidade do crime fiscal. Argumentam que, não se evidenciando a presença do núcleo previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 – suprimir, reduzir ou omitir tributo –, descaberia falar em conduta incriminada e, conseqüentemente, a denúncia seria inepta, decorrendo, então, a ausência de justa causa para a ação penal.

Afirmam que, ao contrário do consignado pelo Superior Tribunal de Justiça, o precedente do

HC 96.324 / SP

Supremo relativo ao *Habeas Corpus* nº 81.611, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, publicado no Diário da Justiça de 13 de maio de 2005, tem inteira aplicação, pois falta justa causa à ação penal por crime tributário quando não houver o lançamento pela autoridade administrativa ou este não for definitivo. No caso, não se trataria de fraude para esconder do Fisco a ocorrência de fato gerador do tributo, mas inadimplência do imposto devido, escriturado e não pago.

Acrescentam à causa de pedir da concessão da ordem o fato de não se verificar a figura do tipo previsto no artigo 299 do Código Penal, ante a inexistência de falsificação do ato constitutivo da empresa COPERFRIGO como meio para a prática dos supostos crimes contra a ordem tributária. O referido documento não seria exigido pelo Fisco e, portanto, não se apresentaria como a peça fiscal à qual se refere o inciso II do artigo 1º da Lei nº 8.137/90. Quanto à matéria, a denúncia também se mostraria inepta. Argumentam que, se houvesse a mencionada falsificação dos atos constitutivos, a conduta seria elemento causal da “supressão ou redução de tributo” e, como crime-meio, ficaria absorvido pelo crime-fim. Sob tal ângulo, também haveria ausência de justa causa para a ação penal.

Pedem a concessão de liminar, tão-só para suspender a tramitação do processo envolvendo o paciente. No mérito, buscam o trancamento relativamente ao crime tributário, incluindo-se a falsidade tida como meio para a prática do aludido delito.

Observo que, no *Habeas Corpus* nº 92.779-3,

HC 96.324 / SP

também houve referência à Ação Penal nº 2006.61.024.001710-1, ajuizada contra ALFEU CROZATO MOZAQUATRO, ora paciente. Naquela impetração, discutia-se a presença dos pressupostos e requisitos para a decretação da prisão preventiva. Este *habeas* tem causa de pedir e pedido distintos: aqui se cuida de inépcia da denúncia e atipicidade da conduta. Conseqüentemente, pede-se o trancamento da ação penal.

[...]

Brasília, 3 de outubro de 2008.

A Procuradoria Geral da República, no parecer de folha 694 a 701, destaca, à luz da jurisprudência do Supremo, a excepcionalidade da decisão de trancamento de ação penal mediante impetração. Cita trecho do *Habeas Corpus* nº 94.160/SP, relator Ministro Menezes Direito. Aponta a necessidade do reexame do conteúdo fático-probatório para averiguar a alegação de atipicidade das condutas atribuídas ao paciente. Embasando-se em partes do acórdão atacado, afirma ser temerário determinar o trancamento da ação penal no estágio em que se encontra. Diz do lançamento definitivo do crédito fiscal em relação aos crimes de sonegação fiscal e contra a ordem tributária. Aduz tratar-se a espécie de caso diverso do julgado pelo Supremo no *Habeas Corpus* nº 81.611, relator Ministro Sepúlveda Pertence. Evoca como precedente o Recurso Extraordinário nº 503.400/PR, relator Ministro Cezar Peluso. Opina pelo indeferimento da ordem.

Em 6 de abril de 2010, Vossa Excelência determinou fossem solicitadas informações ao Juízo acerca do estágio em que se encontra o processo-crime, tendo em vista estar o processo correndo sob segredo de justiça, o que impossibilitou a consulta na internet.

HC 96.324 / SP

Lancei visto no processo em 4 de abril de 2010, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 13 seguinte, isso objetivando a ciência dos impetrantes.

É o relatório.

13/04/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 96.324 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Tanto a suspensão de ação penal quanto o trancamento surgem com excepcionalidade maior. Conforme consignei ao indeferir a medida acauteladora, a denúncia não está a inviabilizar a defesa. Mais do que isso, versa não a simples sonegação de tributos, mas a existência de organização, em diversos patamares, visando à prática de delitos, entre os quais os de sonegação fiscal, falsidade ideológica, lavagem de dinheiro, ocultação de bens e capitais, corrupção ativa e passiva, com frustração de direitos trabalhistas. Daí não se poder considerar impróprio o curso da ação penal, não cabendo, no caso, exigir o término de possível processo administrativo fiscal. Indefiro a ordem.

PRIMEIRA TURMA**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 96.324**

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S) : ALFEU CROZATO MOZAQUATRO

IMPTE.(S) : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)

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

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que indeferia o pedido de *habeas corpus*, pediu vista do processo o Ministro Dias Toffoli. Falaram: o Dr. Alberto Zacharias Toron, pelo paciente, e o Dr. Rodrigo Janot, Subprocurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma; 13.04.2010.

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. Rodrigo Janot.

Fabiane Duarte
Coordenadora

29/03/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 96.324 SÃO PAULO

VOTO-VISTA**O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Alberto Zacharias Toron, Carla Vanessa T. H. de Domenico e Heloisa Estellita em favor de Alfeu Crozato Mozaquatro, buscando o trancamento **parcial**, quanto a ele, da ação penal em trâmite na 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Jales/SP, na qual se investiga suposta prática de crime contra a ordem tributária e de crime-meio (falsidade documental) para sua prática, bem assim de crime de formação de quadrilha armada.

Aponta como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 83.547/SP impetrado àquela Corte com objetivo idêntico ao ora pretendido, Relatora a Ministra Laurita Vaz.

Informam os impetrantes, inicialmente, que:

“(…)

8. Narra a denúncia, no que interessa ao desfecho deste writ (crimes tributários), que:

“(…) por volta de março de 2001 até a presente data, Alfeu Crozato Mozaquatro, na qualidade de sócio da CM4 Participações, contando com apoio administrativo e operacional dos seus filhos, co-denunciados Patrícia Buzolin Mozaquatro e Marcelo Buzolin Mozaquatro, bem como com o auxílio técnico-operacional do contador, ora co-denunciado, César Luis Menegasso, em conluio com os chamados 'laranjas' também co-denunciados, Valter Francisco Rodrigues (sócio por todo o período), José Roberto Barbosa (sócio de março de 2001 a fevereiro de 2003) e Álvaro Antônio Miranda (sócio a partir de fevereiro de 2003), criaram a empresa Coferfrigo Atc. Ltda. com o fim de operacionalizar o abate de bovinos 'arrendando' a base industrial da CM4 Participações e, por via de consequência transferindo para a Coferfrigo a responsabilidade fiscal.

HC 96.324 / SP

previdenciária e trabalhista inerente ao desenvolvimento da referida atividade econômica' (doc. 1.1, fl. 06, sublinhamos).

9. Tal 'estratégia', ainda segundo a denúncia, visava:

'sonegar parte dos tributos incidentes sobre as operações do Grupo Mozaquatro, protegendo o patrimônio do grupo e de seus verdadeiros sócios contra as ações do Fisco e da Justiça por meio do esquema de interpor uma empresa sem qualquer lastro patrimonial perante o Fisco, bem como de dissimular parte da movimentação financeira das empresas lícitas da organização criminosa.

Ou seja, a sofisticação da fraude consiste na regular declaração ao Fisco dos tributos devidos, contudo com o seu absoluto inadimplemento., esta conduta pareceria aos 'olhos' do Fisco um simples inadimplemento, sem caráter criminoso, por parte dos sócios 'laranjas' da empresa. Porém, em verdade se tratava de um esquema criado para a prática pela organização criminosa liderada por ALFEU, dentre outros crimes, de lavagem de capitais e sonegação fiscal.' (doc. 1.1, fl. 07, sublinhamos).

10. Isto quer dizer que 'a situação de aparente inadimplemento trazia, por trás, uma fraude fiscal bem orquestrada, com o intuito de afastar o real responsável pelos tributos (Grupo CM4 Participações e o 'bando' liderado pelo denunciado ALFEU) do pagamento daquilo que era devido pelo exercício da atividade econômica. Em verdade, a empresa Coferfrigo pode ser vista como o meio de perpetrar a fraude para afastar o Fisco do real devedor tributário, no caso, o Grupo CM4 Participações e o bando liderado pelo denunciado ALFEU, liberando o patrimônio destes de qualquer responsabilidade, por menor que pudesse ser' (doc. 11, denúncia, fl. 8).

11. Mais à frente, no capítulo 'Das Imputações', a denúncia 'descreve' as 'sonegações fiscais', não sem advertir, em nota de rodapé: 'todos os créditos tributários com procedimento fiscal encerrado na seara administrativa' (doc. 11, fl. 26, nota n. 17).

12. Assim, o paciente e demais denunciados:

'(...) em unidade de desígnios e previamente ajustados,

HC 96.324 / SP

suprimiram ou reduziram imposto de renda de pessoa jurídica devidos pelas empresas do grupo empresarial CM4 Participações, fraudando a fiscalização tributária, mediante a criação fictícia da empresa COFERFRIGO ATC LTDA, CNPJ 04352222/0001-24, como suposta responsável tributária perante à [sic] Receita Federal, no período de junho de 2001 a janeiro de 2002, alcançando a importância sonogada de R\$ 648.329,03 (...) de acordo com as planilhas da Procuradoria da Fazenda Nacional em anexo (doe. 12).’ (doc. 1.1 - denúncia, fl. 26).

13. Idênticas imputações nas páginas seguintes da denúncia apenas com a diferença de tributo e período: COFINS e PIS.

14. Em suma, ao paciente se imputa a conduta de, juntamente com os co-réus, ter ‘suprimido ou reduzido Imposto de Renda Pessoa Jurídica, PIS e COFINS devidos pela CM4 Participações, fraudando a fiscalização tributária, mediante a criação fictícia da empresa COFERFRIGO ATC LTDA. (CNPJ 04352222/0001-24), como suposta responsável tributária perante a Receita Federal, no período de junho de 2001 a janeiro de 2005 (dependendo do tributo)’” (fls. 7/9).

Alegam, em síntese, que para a configuração do tipo penal descrito no art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, imputado ao paciente na denúncia, é necessária a constituição do crédito fiscal, com o lançamento definitivo.

Asseveram que:

“(…)

A ação penal merece ser trancada quanto à imputação do crime tributário porque, como veremos, (a) os débitos tributários contra a COFERFRIGO, de titularidade de outras pessoas que não o paciente, foram declarados e não pagos, sendo a empresa mera inadimplente, não havendo nenhuma tentativa, por parte de seus dirigentes, de omitir ou falsear as informações declaradas ao Fisco e a mera inadimplência tributária não está definida como crime na lei; (b) se a ligação entre tal empresa e a empresa do paciente implicava, por si só,

HC 96.324 / SP

em supressão ou redução de tributo, tal fato deveria ter sido objeto de lançamento de ofício contra a empresa do ora paciente (CM4 Participações) o que jamais ocorreu, sendo impossível, de acordo com jurisprudência pacífica desse egrégio Excelso Pretório, acusá-lo de crime material contra a ordem tributária sem que exista o devido lançamento (HC 81.611/STF)" (fls. 9/10).

E continuam:

"(...)

DA ATIPICIDADE DA CONDUTA: ausência de ação ou omissão típica.

17. A conduta imputada na denúncia é aquela descrita no artigo 1º, II, da Lei n. 8.137/90:

'Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; (...).'

18. Trata-se de crime material que se configura com a prática de uma ação (inserção de elementos inexatos em documentos fiscais) ou omissão (omissão de operação em documentos fiscais) previamente descrita no tipo penal (crime de conduta vinculada) que dá causa ao resultado: supressão ou redução de tributo. Não há crime, portanto, à falta de qualquer um desses elementos: conduta ou resultado.

19. Assim, a conduta (ação ou omissão) sem o resultado, é atípica, e o resultado sem a conduta é igualmente atípico. Em outras palavras: se alguém insere elementos inexatos em documento fiscal, mas não suprime ou reduz tributo, pratica irrelevante penal (ação sem resultado); de outra banda, se

HC 96.324 / SP

preenche os documentos fiscais fielmente e não paga ou paga a menor o tributo, pratica irrelevante penal (resultado sem ação), ou, no jargão tributário, é mero inadimplente (débito declarado e não pago).

20. No presente caso, ocorreu justamente esta segunda hipótese de irrelevância penal. É que, reconhecidamente, todos os fatos imponíveis foram declarados (ausência de conduta típica), embora inadimplidos (resultado) pela COFERFRIGO" (fls. 10/11 - grifos no original).

Afirmam não existir justa causa para a ação penal, apoiando-se no entendimento desta Suprema Corte de que a ausência de lançamento definitivo do crédito tributário impede o ajuizamento da ação penal pelo crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90 (fl. 23).

Ao final, requerem que seja deferida liminar para "determinar liminarmente tão-somente a suspensão do andamento do feito contra o paciente até a decisão final deste writ" (fl. 27).

No mérito, pedem "*seja concedida a ordem trancando-se a ação penal por crime tributário, incluindo-se a falsidade tida como meio para sua prática, como medida de Justiça!*" (fl. 27 - destaque no original).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 690 a 692).

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Wagner Gonçalves**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 694/701).

Na sessão de 13/4/10, após o voto do Relator, Ministro **Marco Aurélio**, denegando o writ, pedi vista dos autos.

É o breve relatório.

Narra a denúncia ofertada contra o paciente:

"(...)

III – DAS IMPUTAÇÕES

III. 1. DA QUADRILHA ARMADA NOS MOLDES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

HC 96.324 / SP

Consta dos inclusos autos que, ao menos desde março de 2001 até a presente data, **ALFEU CROZATO MOZAQUATRO, JOÃO PEREIRA FRAGA, MARCELO BUZOLIN MOZAQUATRO, PATRÍCIA BUZOLIN MOZAQUATRO, CÉSAR LUIS MENEGASSO, VALTER FRANCISCO RODRIGUES JÚNIOR, JOSÉ ROBERTO BARBOSA e ÁLVARO ANTÔNIO MIRANDA**, associaram-se, em quadrilha armada, nos moldes de uma organização criminosa, de forma estável, com nítida divisão de funções e altamente organizados, para a prática dos crimes de 'lavagem' ou ocultação de valores, sonegação fiscal e falsidade ideológica.

A utilização contumaz de arma de fogo e violência pela quadrilha também restou evidenciada pelo depoimento de um dos 'capangas' do líder da organização criminosa, **Alfeu Mozaquatro**, o Cabo da Polícia Militar do Estado de São Paulo **Fernando Barbosa Leopoldino**, o qual confessou que juntamente com seu sobrinho **Geancarlos Leopoldino** e outro indivíduo nominado 'Lucas' (seguranças do co-denunciado **Marcelo Mozaquatro**), sob as ordens diretas do líder da organização criminosa **Alfeu**, participou de uma equipe de 'negociação' de suas dívidas, cobrando os clientes, admitindo o uso de violência e a propriedade de arma de fogo particular, bem como que contava com o apoio de seu sobrinho que possui uma pistola calibre 380.

III. 2. DA 'LAVAGEM' OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES

Consta dos inclusos autos que, ao menos desde março de 2001 até a presente data, **ALFEU CROZATO MOZAQUATRO, JOÃO PEREIRA FRAGA, MARCELO BUZOLIN MOZAQUATRO, PATRÍCIA BUZOLIN MOZAQUATRO, CÉSAR LUIS MENEGASSO, VALTER FRANCISCO RODRIGUES JÚNIOR, JOSÉ ROBERTO BARBOSA e ÁLVARO ANTÔNIO MIRANDA**, previamente ajustados com unidade de desígnios, ocultaram e dissimularam a origem,

HC 96.324 / SP

movimentação financeira e a propriedade de valores provenientes, direta e indiretamente, de crimes praticados por organização criminosa, especificamente, a quantia de R\$ 839.210.000,61 (OITOCENTOS E TRINTA E NOVE MILHÕES, DUZENTOS E DEZ MIL REAIS E SESSENTA E UM CENTAVOS), no período de 2001 a 2005, utilizando as contas bancárias das empresas fraudulentas denominadas COFERFRIGO ATC LTDA, de acordo com o relatório da Receita Federal (doc. 02).

III.3. DAS SONEGAÇÕES FISCAIS

Consta que, ALFEU CROZATO MOZAQUATRO, JOÃO PEREIRA FRAGA, MARCELO BUZOLIN MOZAQUATRO, PATRÍCIA BUZOLIN MOZAQUATRO, CÉSAR LUIS MENEGASSO, VALTER FRANCISCO RODRIGUES JÚNIOR, JOSÉ ROBERTO BARBOSA e ÁLVARO ANTÔNIO MIRANDA, em unidade de desígnios e previamente ajustados, suprimiram e reduziram imposto de renda de pessoa jurídica devidos pelas empresas do grupo empresarial CM4 Participações, fraudando a fiscalização tributária, mediante a criação fictícia da empresa COFERFRIGO ATC LTDA, CNPJ 04352222/0001-24, como suposta responsável tributária perante à Receita Federal, no período de junho de 2001 a janeiro de 2002, alcançando a importância sonegada de R\$ 648.329,03 (SEICENTOS E QUARENTA E OITO MIL, TREZENTOS E VINTE E NOVE REAIS E TRÊS CENTAVOS) de acordo com as planilhas da Procuradoria da Fazenda Nacional em anexo (doc. 12).

Consta que, ALFEU CROZATO MOZAQUATRO, JOÃO PEREIRA FRAGA, MARCELO BUZOLIN MOZAQUATRO, PATRÍCIA BUZOLIN MOZAQUATRO, CÉSAR LUIS MENEGASSO, VALTER FRANCISCO RODRIGUES JÚNIOR, JOSÉ ROBERTO BARBOSA e ÁLVARO ANTÔNIO MIRANDA, em unidade de desígnios e previamente ajustados, suprimiram e reduziram COFINS devidos pelas empresas do

HC 96.324 / SP

grupo empresarial **CM4 Participações**, fraudando a fiscalização tributária, mediante a criação fictícia da empresa **COFERFRIGO ATC LTDA**, CNPJ 04352222/0001-24, como suposta responsável tributária perante a Receita Federal, no período de junho de 2001 a janeiro de 2002, alcançando a importância sonegada de R\$ 3.314.707,16 (**TRÊS MILHÕES, TREZENTOS E QUATORZE MIL, SETECENTOS E SETE REAIS E DEZESSEIS CENTAVOS**), de acordo com as planilhas da Procuradoria da Fazenda Nacional em anexo (doc. 13).

Consta que, **ALFEU CROZATO MOZAQUATRO, JOÃO PEREIRA FRAGA, MARCELO BUZOLIN MOZAQUATRO, PATRÍCIA BUZOLIN MOZAQUATRO, CÉSAR LUIS MENEGASSO, VALTER FRANCISCO RODRIGUES JÚNIOR, JOSÉ ROBERTO BARBOSA e ÁLVARO ANTÔNIO MIRANDA**, em unidade de desígnios e previamente ajustados, suprimiram e reduziram COFINS devidos pelas empresas do grupo **CM4 Participações**, fraudando a fiscalização tributária, mediante a criação fictícia da empresa **COFERFRIGO ATC LTDA**, CNPJ 0435222210001-24, suposta responsável tributária perante a Receita Federal, no período de junho de 2001 a janeiro de 2002, alcançando a importância sonegada de R\$ 1.271.283,73 (**UM MILHÃO, DUZENTOS E SETENTA E UM MIL, DUZENTOS E OITENTA E TRÊS REAIS E SETENTA E TRÊS CENTAVOS**), de acordo com as planilhas da Procuradoria da Fazenda Nacional em anexo (doc. 14).

Consta que, **ALFEU CROZATO MOZAQUATRO, JOÃO PEREIRA FRAGA, MARCELO BUZOLIN MOZAQUATRO, PATRÍCIA BUZOLIN MOZAQUATRO, CÉSAR LUIS MENEGASSO, VALTER FRANCISCO RODRIGUES JÚNIOR, JOSÉ ROBERTO BARBOSA e ÁLVARO ANTÔNIO MIRANDA**, em unidade de desígnios e previamente ajustados, suprimiram e reduziram COFINS devidos pelas empresas do grupo empresarial **CM4 Participações**, fraudando a fiscalização tributária, mediante a criação fictícia da empresa **COFERFRIGO ATC LTDA**, CNPJ 04352222/0001-24, como

HC 96.324 / SP

suposta responsável tributária perante a Receita Federal, no período de fevereiro de 2002 a janeiro de 2005, alcançando a importância sonegada de R\$ 22.868.363,02 (VINTE E DOIS MILHÕES, OITOCENTOS E SESSENTA E OITO MIL, TREZENTOS E SESSENTA E TRÊS REAIS E DOIS CENTAVOS), de acordo com as planilhas da Procuradoria da Fazenda Nacional em anexo (doc. 15).

Consta que, ALFEU CROZATO MOZAQUATRO, JOÃO PEREIRA FRAGA, MARCELO BUZOLIN MOZAQUATRO, PATRÍCIA BUZOLIN MOZAQUATRO, CÉSAR LUIS MENEGASSO, VALTER FRANCISCO RODRIGUES JÚNIOR, JOSÉ ROBERTO BARBOSA e ÁLVARO ANTÔNIO MIRANDA, em unidade de desígnios e previamente ajustados, suprimiram e reduziram PIS devidos pelas empresas do grupo empresarial **CM4 Participações**, fraudando a fiscalização tributária, mediante a criação fictícia da empresa **COFERFRIGO ATC LTDA**, CNPJ 04352222/0001-24, como suposta responsável tributária perante a Receita Federal, no período de junho de 2001 a janeiro de , alcançando a importância sonegada de R\$ 275.444,72 (DUZENTOS E SETENTA E CINCO MIL, QUATROCENTOS E QUARENTA E QUATRO REAIS E SETENTA E DOIS CENTAVOS), de acordo com as planilhas da Procuradoria da Fazenda Nacional em anexo (doc. 16).

Consta que, ALFEU CROZATO MOZAQUATRO, JOÃO PEREIRA FRAGA, MARCELO BUZOLIN MOZAQUATRO, PATRÍCIA BUZOLIN MOZAQUATRO, CÉSAR LUIS MENEGASSO, VALTER FRANCISCO RODRIGUES JÚNIOR, JOSÉ ROBERTO BARBOSA e ÁLVARO ANTÔNIO MIRANDA, em unidade de desígnios e previamente ajustados, suprimiram e reduziram PIS devidos pelas empresas do grupo empresarial **CM4 Participações**, a fiscalização tributária, mediante a criação fictícia da empresa **COFERFRIGO ATC LTDA**, CNPJ 04352222/0001-24, como suposta responsável tributária perante a Receita Federal, no período de fevereiro de 2002 a janeiro de 2005, alcançando a importância sonegada de

HC 96.324 / SP

R\$ 2.083.956,06 (DOIS MILHÕES, OITENTA E TRÊS MIL E NOVECENTOS E CINQUENTA E SEIS CENTAVOS), de acordo com as planilhas da Procuradoria da Fazenda Nacional em anexo (doc. 17).

III. 4. DAS FALSIDADES IDEOLÓGICAS

Consta que, ao menos desde março de 2001 até a presente data, ALFEU CROZATO MOZAQUATRO, JOÃO PEREIRA FRAGA, MARCELO BUZOLIN MOZAQUATRO, PATRÍCIA BUZOLIN MOZAQUATRO, CÉSAR LUIS MENEGASSO, VALTER FRANCISCO RODRIGUES JÚNIOR, JOSÉ ROBERTO BARBOSA e ÁLVARO ANTÔNIO MIRANDA, em unidade de desígnios e previamente ajustados, inseriram em documentos particulares declarações falsas e diversas das que deviam ser escritas, com o fim de alterar a verdade sobre fatos juridicamente relevantes, consistindo no contrato social e nas alterações contratuais posteriores da empresa fictícia COFERFRIGO ATC LTDA, CNPJ 04352222/0001-24, de acordo com a ficha cadastral da Junta Comercial do Estado de São Paulo e instrumentos de alteração (22ª. a 24ª.), desde já, em anexo (doc. 18)" (fls. 123 a 127).

Postulando o paciente o trancamento da ação penal perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a ordem foi denegada, com voto do seguinte teor, da lavra da Desembargadora Federal **Vesna Kolmar**:

"Narra a inicial acusatória que, no dia 05 de outubro de 2.006, a Coordenação da Inteligência da Polícia Federal junto à Delegacia de Polícia Federal em Jales/SP, deflagrou a operação denominada 'Grandes Lagos', desenvolvida desde 2.001, quando a Receita Federal e o INSS começaram a receber inúmeras denúncias acerca de um grande esquema de sonegação fiscal que envolvia frigoríficos da região dos Grandes Lagos, principalmente nos municípios de Jales e Fernandópolis. Nas investigações foram utilizadas informações

HC 96.324 / SP

decorrentes da quebra de sigilo fiscal, bancário e interceptações telefônicas, judicialmente autorizadas.

Consta da denúncia, ainda, que a investigação policial permitiu a identificação de um gigantesco esquema envolvendo organizações criminosas, relativamente independentes, mas com diversos pontos de contato entre si, visando à prática habitual dos crimes de formação de quadrilha, sonegação fiscal e de contribuições previdenciárias, falsidade ideológica, ocultação de bens e capitais, corrupção ativa e passiva, frustração de direitos trabalhistas, entre outros.

Relata, também, a peça acusatória que as diligências empreendidas demonstraram a existência de diversas empresas, constituídas em nome de interpostas pessoas (vulgarmente conhecidas como 'laranjas'), criadas e mantidas pelas quadrilhas que compõem a organização criminosa, com o único propósito de evitar ou reduzir o recolhimento de tributos, no intuito de imunizar o real patrimônio dos verdadeiros sócios e servirem de obstáculo aos credores, sendo que muitas delas de fato nada produziam ou comercializavam, a não ser notas fiscais 'frias' para outras empresas e pessoas físicas, bem como o pagamento de propinas a fiscais do ICMS e do Ministério do Trabalho.

Na seqüência afirma que, a estrutura orgânica de cada uma das associações criminosas era bem definida. 'A divisão de tarefas, a hierarquia entre os membros, a busca incessante de ganhos pessoais, o auxílio de servidores públicos corrompidos eram características marcantes'.

À fl. 40 o representante do Ministério Público Federal ressalta, outrossim, que no caso dos autos a denúncia versa, tão-somente sobre parte dos crimes capitaneados pelos líderes do grupo empresarial CM4 Participações, quais sejam, a prática de quadrilha armada, nos moldes de uma organização criminosa, lavagem ou ocultação de valores, sonegação fiscal e falsidade ideológica quanto à criação e utilização fraudulenta da empresa denominada Coferfrigo ATC Ltda., que, ao menos por ora, restou devidamente comprovada no que pertine à atuação dos

HC 96.324 / SP

denunciados.

E mais, no que tange à participação do paciente nas supostas práticas delitivas, as provas colhidas no curso das investigações comprovam que Alfeu Crozato Mozaquatro é o principal sócio e administrador do grupo empresarial CM4 Participações, contando com o apoio operacional de seus filhos, os co-denunciados Marcelo Buzolin Mozaquatro e Patrícia Buzolin Mozaquatro. Consta, ainda, que a CM4 Participações teria 'arrendado' supostamente sua base industrial para a empresa Coferfrigo ATC Ltda., criada pelo paciente e pelos demais denunciados em nome de 'laranjas' para dissimular parte dos tributos incidentes sobre as operações do grupo Mozaquatro. A Coferfrigo declarava ao Fisco todos os seus tributos, mas não recolhia os valores devidos. Orientada pelo contador do bando, a quadrilha criava uma empresa desde a sua origem inadimplente, sendo que quando a Fazenda Pública tentava satisfazer o crédito declarado e constituído, verificava que o patrimônio da empresa e dos empresários era inexistente.

Constata-se que a fraude permitia afastar o patrimônio do paciente e demais denunciados de qualquer responsabilidade pelos débitos tributários e não trazia qualquer responsabilidade criminal, já que a dívida era declarada, justamente para caracterizar situação de mera inadimplência e não de fraude fiscal.

O relatório elaborado pela Receita Federal revela que só a empresa Coferfrigo permitiu aos denunciados dissimular a movimentação de quase R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

Por esses motivos, o paciente foi denunciado pela prática dos crimes descritos nos artigos 288, parágrafo único do Código Penal, c.c a Lei nº 9.034/95 c.c o artigo 1º, inciso VII da Lei nº 9.613/98 c.c o artigo 1º, inciso II da Lei nº 8.137/90, c.c o artigo 71 do Código Penal, por seis vezes, c.c 299, por quatro vezes, c.c o artigo 71, todos do Código Penal e cumulados com o artigo 69, também, do Código Penal.

Compulsando os autos, verifico que não restou

HC 96.324 / SP

demonstrado o constrangimento ilegal.

Não merece prosperar a alegação dos impetrantes de que a conduta do paciente é atípica e de que a ação penal deve ser trancada em razão do crédito tributário ainda não ter sido constituído.

Com efeito, a fraude perpetrada pelo paciente e pelos demais denunciados consistia justamente na criação de empresas constituídas em nome de 'laranjas' e que aparentavam perante o Fisco mera situação de inadimplência, uma vez que declaravam suas dívidas, mas não recolhiam o tributo devido, de forma que seus reais proprietários jamais pudessem ser responsabilizados criminalmente.

Dessa forma, resta claro não houve procedimento administrativo, exatamente porque a autoridade administrativa ficou completamente alheia à ação delituosa.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

'STJ - HC 50933-RJ, DJ 02/10/2006, Relatora a Ministra Laurita Vaz Ementa: HABEAS CORPUS. ADVOGADO. OPERAÇÃO 'MONTE ÉDEN'. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO E CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, QUADRILHA, LAVAGEM DE DINHEIRO, SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, FALSIDADE IDEOLÓGICA, TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. ARGÜIDA INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. (...) 3. É verdade que este Superior Tribunal de Justiça tem-se pronunciado no sentido de aderir à recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reformulada a partir do julgamento plenário do HC nº 81.611/DF, relatado pelo ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, para considerar que não há justa causa para a persecução penal do crime de sonegação fiscal, quando o suposto crédito tributário ainda pende de lançamento definitivo, sendo este condição objetiva de punibilidade.

4. Não obstante, considerando as peculiaridades

HC 96.324 / SP

concretas do caso, verifica-se que a hipótese sob exame em muito se diferencia daquelas outras que inspiraram os referidos precedentes. De fato, uma coisa é desconstituir o tipo penal quando há discussão administrativa acerca da própria existência do débito fiscal ou do quantum devido; outra bem diferente é a configuração, em tese que seja, de crime contra ordem tributária em que é imputada ao agente a utilização de esquema fraudulento, como, por exemplo, a falsificação de documentos, utilização de empresas 'fantasmas' ou de 'laranjas' em operações espúrias, tudo com o claro e primordial intento de lesar o Fisco. Nesses casos, evidentemente, não haverá processo administrativo-tributário, pelo singelo motivo de que foram utilizadas fraudes para suprimir ou reduzir o recolhimento de tributos, ficando a autoridade administrativa completamente alheia à ação delituosa e sem saber sequer que houve valores sonegados.

5. Apurar a existência desses crimes contra a ordem tributária, cometidos mediante fraudes, é tarefa que incumbe ao Juízo Criminal; saber o montante exato de tributos que deixaram de ser pagos em decorrência de tais subterfúgios para viabilizar futura cobrança é tarefa precípua da autoridade administrativo-fiscal. Dizer que os delitos tributários, perpetrados nessas circunstâncias, não estão constituídos e que dependem de a Administração buscar saber como, onde, quando e quanto foi usurpado dos cofres públicos para, só então, estar o Poder Judiciário autorizado a instaurar a persecução penal equivale, na prática, a erigir obstáculos para desbaratar esquemas engendrados com alta complexidade e requintes de malícia, permitindo a seus agentes, inclusive, agirem livremente no sentido de esvaziar todo tipo de elemento indiciário que possa comprometê-los, mormente porque a autoridade administrativa não possui os mesmos instrumentos coercitivos de que dispõe o Juiz Criminal.' Por outro lado, não há que se falar em trancamento da

HC 96.324 / SP

ação penal, uma vez que o paciente não foi denunciado somente pela prática de crime contra a ordem tributária.

Por esses fundamentos, denego a ordem" (Proc. nº 2007.03.00.021582-3 - HC 27192 – www.trf3.jus.br).

Aquele mesmo sodalício, ao apreciar idêntico writ impetrado em favor de corréu, igualmente denegou a ordem, com ementa nos seguintes termos:

"HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. OCULTAÇÃO DE BENS E CAPITAIS. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ORDEM DENEGADA.

As investigações realizadas demonstraram a existência de diversas empresas, constituídas em nome de interpostas pessoas, criadas e mantidas pelas quadrilhas que compõem a organização criminosa, com o propósito de sonegar tributos.

Afastada a alegação de inépcia da denúncia, uma vez que contém a exposição clara e objetiva dos fatos alegadamente delituosos, possibilitando ao paciente o exercício pleno do direito à ampla defesa. Ordem denegada" (Proc. nº 2007.03.00.081860-8 HC 28617 – www.trf3.jus.br).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também denegou a ordem, pelos seguintes fundamentos:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA, SONEGAÇÃO FISCAL, FALSIDADE IDEOLÓGICA E OCULTAÇÃO DE BENS E CAPITAIS. INVESTIGAÇÃO NA OPERAÇÃO DENOMINADA 'GRANDES LAGOS'. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL NO TOCANTE AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA E FALTA DE JUSTA CAUSA. IMPROCEDÊNCIA.

1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento de ação penal pela via de **habeas corpus** é medida

HC 96.324 / SP

de exceção, só admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, circunstâncias essas não evidenciadas, estremes de dúvidas, na hipótese em tela.

2. A denúncia aponta, essencialmente, para a participação do ora Paciente em um grande e complexo esquema, desenvolvido por várias organizações criminosas, relativamente independentes, mas com diversos pontos de contatos entre si, cuja finalidade precípua seria a prática de sonegação fiscal, através da utilização de empresas constituídas em nome de interpostas pessoas ('laranjas'), envolvendo diversos frigoríficos da região dos Grandes Lagos, principalmente os sediados nos municípios de Jales e Fernandópolis, no Estado de São Paulo.

3. É verdade que este Superior Tribunal de Justiça tem-se pronunciado no sentido de aderir à recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reformulada a partir do julgamento plenário do HC n.º 81.611/DF, relatado pelo ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, para considerar que não há justa causa para a persecução penal do crime de sonegação fiscal, quando o suposto crédito tributário ainda pende de lançamento definitivo, sendo esta condição objetiva de punibilidade.

4. Não obstante, considerando as peculiaridades concretas do caso, verifica-se que a hipótese sob exame em muito se diferencia daquelas outras que inspiraram os referidos precedentes. De fato, uma coisa é desconstituir o tipo penal quando há discussão administrativa acerca da própria existência do débito fiscal ou do quantum devido; outra bem diferente é a configuração, em tese que seja, de crime contra ordem tributária em que é imputada ao agente a utilização de esquema fraudulento, como, por exemplo, a falsificação de documentos, utilização de empresas 'fantasmas' ou de 'laranjas' em operações espúrias, tudo com o claro e primordial intento de lesar o Fisco. Nesses casos, evidentemente, não haverá processo administrativo-tributário, pelo singelo motivo de que foram utilizadas fraudes para suprimir ou reduzir o recolhimento de tributos, ficando a autoridade administrativa

HC 96.324 / SP

completamente alheia à ação delituosa e sem saber sequer que houve valores sonegados.

5. Apurar a existência desses crimes contra a ordem tributária, cometidos mediante fraudes, é tarefa que incumbe ao Juízo Criminal; saber o montante exato de tributos que deixaram de ser pagos em decorrência de tais subterfúgios para viabilizar futura cobrança é tarefa precípua da autoridade administrativo-fiscal. Dizer que os delitos tributários, perpetrados nessas circunstâncias, não estão constituídos e que dependem de a Administração buscar saber como, onde, quando e quanto foi usurpado dos cofres públicos para, só então, estar o Poder Judiciário autorizado a instaurar a persecução penal equivale, na prática, a erigir obstáculos para desbaratar esquemas engendrados com alta complexidade e requintes de malícia, permitindo a seus agentes, inclusive, agirem livremente no sentido de esvaziar todo tipo de elemento indiciário que possa comprometê-los, mormente porque a autoridade administrativa não possui os mesmos instrumentos coercitivos de que dispõe o Juiz Criminal.

6. Ordem denegada" (fls. 624/635).

Na hipótese dos autos, com a devida vênia do eminente Ministro Relator, penso que há elementos aptos a sustentar a conclusão de que a ordem deva ser concedida.

De fato, à espécie se subsume o precedente contido no HC nº 81.611/DF, da relatoria do eminente Ministro **Sepúlveda Pertence**, que reconheceu a ausência de justa causa em ação penal instaurada pela prática de crime contra a ordem tributária por falta do lançamento definitivo do tributo. Naquela assentada, apreciou-se controvérsia idêntica à que se registra na presente impetração, tendo-se firmado a orientação que venho de mencionar, segundo a qual "*(...) nos crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, configurando-se como elemento essencial à exigibilidade da obrigação tributária, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo*

HC 96.324 / SP

da decisão final em sede administrativa" (DJ de 13/5/2005 – destaques conforme o original).

Neste ponto, ressalto que apenas se encontram juntadas nestes autos inúmeras certidões de inscrição de débito em dívida ativa em nome da empresa COFERFRIGO, nas quais constam débitos oriundos dos procedimentos administrativos fiscais nelas nominados e já encerrados. Não há contudo, igual constituição definitiva do crédito tributário em relação à CM4 Participações Ltda., da qual o ora paciente é o responsável legal e tributário.

Embora haja indícios de que essa empresa tenha sido posteriormente apontada pelo fisco em procedimento administrativo como responsável solidária pela obrigação fiscal, não há comprovação de que tenham sido esgotados todos os recursos administrativos cabíveis e ocorrido a constituição definitiva do crédito fiscal, falecendo, nesta conformidade, justa causa para a persecução penal pelo crime contra a ordem tributária imputado ao paciente.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Suprema Corte:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: IMPEDIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL DOS CRIMES MATERIAIS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DEFERIDO PARA TRANCAR O INQUÉRITO POLICIAL. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a ausência de constituição definitiva do crédito tributário impede a persecução penal dos crimes materiais contra a ordem tributária. Precedentes. 2. Habeas corpus deferido para trancar o inquérito policial" (HC nº 93.209/SP, Primeira Turma, da relatoria da Min. Cármen Lúcia, DJe de 18/4/2008);

"HABEAS CORPUS - DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS

HC 96.324 / SP

QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR - CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI Nº 8.137/90, ART. 1º) - CRÉDITO TRIBUTÁRIO AINDA NÃO CONSTITUÍDO DEFINITIVAMENTE - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL AINDA EM CURSO QUANDO OFERECIDA A DENÚNCIA - AJUIZAMENTO PREMATURO DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE TIPICIDADE PENAL - 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 - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DOS ATOS PERSECUTÓRIOS - INVALIDAÇÃO, DESDE A ORIGEM, POR AUSÊNCIA DE FATO TÍPICO, DO PROCEDIMENTO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL DE PERSECUÇÃO PENAL - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HABEAS CORPUS CONHECIDO, EM PARTE, E, NESSA PARTE, DEFERIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, *hinc et nunc*, da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. - Enquanto o crédito tributário não se constituir, definitivamente, em sede

HC 96.324 / SP

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. - 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" (HC nº 90.957/RJ, Segunda Turma, da relatoria do Min. Celso de Mello, DJe de 19/10/2007).

Desse último aresto, vale transcrever a lição do seu eminente relator, no sentido de que "impõe-se enfatizar, neste ponto, por relevante, que esse entendimento jurisprudencial, consagrado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, apóia-se, por sua vez, em autorizado magistério doutrinário (FÁBIO DELMANTO, 'O Término do Processo Administrativo-Fiscal como Condição da Ação Penal nos Crimes contra a Ordem Tributária', 'in' Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 22, p. 63/79; SUZANE DE FARIAS MACHADO MORAES, 'Prévio Esgotamento da Via Administrativa como Condição para a Ação Penal nos Crimes contra a Ordem Tributária', 'in' Revista Dialética de Direito Tributário, vol. 97/85-95; MARCUS A. MANHÃES BASTOS, 'Crimes de Sonegação Fiscal e os Reflexos da Discussão Administrativa do Débito Tributário sobre a Ação Penal', 'in' Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 49/205-236;

HC 96.324 / SP

GABRIEL DE MORAES GOMES, '*Crimes Contra a Ordem Tributária e Necessidade de Conclusão do Processo Administrativo e Impugnação do Lançamento*', 'in' *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, vol. 19/75-81, v.g.), valendo referir, ainda, no ponto, a precisa lição de HUGO DE BRITO MACHADO ('*Julgamento Administrativo e Ação Penal nos Crimes contra a Ordem Tributária*', 'in' *Repertório de Jurisprudência IOB*, nº 2/2004, p. 69):

'Admitir-se a denúncia criminal antes ão definitiva da autoridade da Administração é forma clara de negação à certeza no que concerne à relação jurídica tributária, e, assim, negação da supremacia constitucional.

É suprimir o direito que tem o contribuinte de impugnar a exigência do tributo, demonstrando pelo fisco não ocorreu, ou não é adequado à hipótese de incidência tributária. Esse direito, de cunho patrimonial, cuja defesa no âmbito do acerto tributário é garantido pela Constituição, resta amesquinhado pela ameaça da ação penal.

É suprimir o direito à ampla defesa, no concernente ao processo administrativo fiscal e à própria sanção penal, porque neste se inclui, indubitavelmente, o direito de demonstrar a inexistência de tributação perante a Administração Tributária, sem ser coagido pela ameaça de ação penal.' (grifei)".

Ressalte-se, ademais, que o fato de não haver ainda constituição definitiva do crédito tributário impede, inclusive, que o devedor venha a satisfazê-lo espontaneamente, com a consequente extinção da punibilidade do agente pela infração penal contra a ordem tributária.

Destaco, ainda, a esse respeito as conclusões a que chegou o ilustre parecerista e Professor Miguel Reale Júnior a respeito do tema, quando destacou, com acuidade, que:

"As figuras típicas descritas no art. 1º e em seus incisos e no art. 2º da Lei n. 8137/90, ou seja, os crimes tributários, obrigatoriamente têm seu pressuposto a existência de uma

HC 96.324 / SP

obrigação tributária que venha a ser suprimida ou reduzida.

Como já frisei anteriormente, os autores são unânimes em considerar os delitos previstos no art. 1º e seus incisos, da Lei nº 8137/90 como **crime de dano**, pois, no 'caput', explicita o legislador que o crime se corporifica apenas com a **supressão ou a redução do tributo**, a exigir, portanto, a lesão aos cofres públicos, consistente na diminuição efetiva da capacidade de arrecadação do Estado [Crimes contra a ordem tributária, coordenador IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, São Paulo, RT, 1995, 'passim.' STOCO, R. que entendia não ser crime de dano, em edição recente do Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, São Paulo, RT, 7ª ed., 2.001, p. 613, admite ser crime de dano ou resultado, pois, 'sem que o resultado material de suprimir ou reduzir ocorra (exceto o caso de tentativa) poderá constituir crime autônomo mas não crime contra a ordem tributária'].

Dentre todos os autores, bastaria lembrar BRITO MACHADO, para o qual 'elemento nuclear do tipo, como se vê, é a supressão ou a redução do tributo', e continua: 'sem tributo devido, que a conduta do agente tenha por fim suprimir ou reduzir, não se configura o crime' (Crimes contra a ordem tributária, cit., p. 114. vide, também, BRITO MACHADO, H. de, Estudos de Direito Penal Tributário, São Paulo, Atlas 2002, p. 45 e seguinte).

É pressuposto, portanto, do crime tributário a existência necessária de uma obrigação tributária, ou seja, a efetividade de uma relação jurídico-tributária entre o contribuinte e o Estado, caracterizada pela incidência do tributo, e pela condição particular de contribuinte, enquanto sujeito passivo da obrigação tributária, a partir da ocorrência do fato gerador."

Ao contrário do que sustentado no já citado aresto do Tribunal Regional Federal, a **apuração do crédito tributário é ato de atribuição exclusiva da Administração, sem ingerência do Ministério Público, que somente estará autorizado a dar início à persecução penal uma vez constituído o crédito de forma definitiva e por valor certo e**

HC 96.324 / SP.

determinado. Somente então, se mantiver-se recalcitrante o devedor, é que se legitimará eventual início de providências de ordem penal, para apuração em juízo de eventual fraude contra o fisco.

A pergunta que cabe aqui colocar é a seguinte: Tem o Supremo Tribunal Federal ou qualquer de seus Ministros poder, competência ou direito de dizer quem é ou não contribuinte ou responsável tributário, determinando o lançamento de tributos? É evidente que não! Não cabe ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público dizer ao Fisco como se pautar diante de determinada situação concreta. O poder em questão, evidentemente, é privativo do órgão tributário. Insisto: o **Ministério Público e o Poder Judiciário não podem lançar tributo!!!**

Nessa conformidade, correta a afirmação dos impetrantes no sentido de que, *“se todo o ‘esquema’ visou ‘transferir’ para a COFERFRIGO débitos tributários que seriam, em verdade, do ‘grupo empresarial CM4 PARTICIPAÇÕES’, de titularidade do paciente, então é evidente a necessidade de que a Administração Tributária tivesse efetuado o lançamento contra a empresa CM4 PARTICIPAÇÕES, constituindo o crédito contra os ‘verdadeiros’ devedores”* (fl. 16 - **destaques no original**), não cabendo, então, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário substituir a Administração Tributária, nesse mister, reconhecendo, sem prévia ação do fisco, eventual solidariedade e corresponsabilidade pelo pagamento do débito fiscal apurado, sem prévia possibilidade legal de defesa e impugnação por parte daquele a quem se imputa igual dever de adimplemento da obrigação tributária.

Igualmente veraz, como destacado pelo já citado parecerista, que *“[n]o caso em análise há dois aspectos a serem ressaltados que demonstram a mais evidente falta de tipicidade dos fatos imputados à figura penal do crime tributário, mormente o crime previsto no art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90: (i) não há em face do denominado Grupo CM4 Participações ato gerador de tributo, nem esse ‘Grupo’ é sujeito passivo de obrigação tributária que se pretendeu suprimir, como diz a denúncia; (ii) não houve supressão ou redução do tributo, pois houve a incidência e apuração correta dos tributos, a ponto de gerar a inscrição do débito na Dívida Ativa.”*

HC 96.324 / SP

De resto, é firme a jurisprudência consagrada por esta Corte Suprema no sentido de que a concessão de **habeas corpus** com a finalidade de trancamento de ação penal em curso só é possível em situações excepcionais, quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria (nesse sentido: HC nº 90.320/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJ de 25/5/07; HC nº 87.324/SP, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJ de 18/5/07; HC nº 86.583/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 27/4/07; HC nº 85.496/SC, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJ de 8/9/06; HC nº 85.066/GO, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 20/5/05; entre outros), hipótese que, na minha óptica, parece estar configurada, pela análise dos presentes autos.

Atípica, assim, a meu ver, a imputação de sonegação fiscal feita ao paciente na denúncia, uma vez que, sem a existência da obrigação tributária regularmente constituída, que constitui pressuposto do crime tributário, não se afigura a possibilidade fático-jurídica de suprimir ou reduzir o agente o tributo.

Ressalto, contudo, que não se prega aqui pura e simplesmente que se determine o trancamento da ação penal deflagrada contra o paciente e os outros réus, uma vez que outras infrações também lhes são imputadas na denúncia, mas, tão somente, que se obste a persecução penal quanto ao crime contra a ordem tributária imputado ao paciente, com extensão dos efeitos desta decisão aos demais corréus, sem prejuízo de que, em novo e posterior procedimento criminal, uma vez constituído definitivamente o crédito tributário, venham a ser os réus acusados por essa infração, observando-se, inclusive que o prazo prescricional está suspenso até a constituição definitiva do crédito fiscal (HC nº 85.051/MG, Segunda Turma, da relatoria do Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 1º/7/2005; HC nº 85.329/SP, Segunda Turma, da relatoria do Ministro **Celso de Mello**, DJ de 15/12/2006).

Assim, com a devida vênia do eminente Ministro Relator, pelo meu voto, **concedo a ordem** para o fim de trancar parcialmente a ação penal

HC 96.324 / SP

instaurada contra o paciente pelo crime previsto no art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, por ausência de justa causa, prosseguindo-se nas demais apurações ainda pendentes de julgamento.

É como voto.

29/03/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 96.324 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) –
Presidente, apenas duas palavras.

A imputação – certo ou errado – do Ministério Público foi única: a fraude, criando-se empresas fictícias para sonegar tributos.

Então, penso não haver campo para discutir o processo administrativo, para cogitar-se de lançamento ou não, considerada aquela empresa que deveria ter sido – não fosse a fraude, até aqui, apenas alegada – autuada. É cedo, é muito cedo para chegar-se ao término da ação penal.

Por isso, reafirmo o voto.

29/03/2011**PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 96.324 SÃO PAULO****VISTA**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, gostaria de fazer uma indagação.

Ministro Dias Toffoli, Vossa Excelência, ao iniciar o voto, afirmou que alguém declarou o tributo e não pagou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - A empresa fictícia.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A empresa que se imputa como empresa laranja do paciente. Contra essa empresa dita "laranja", há lançamentos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim, pelo seguinte: porque o preenchimento dessas declarações fiscais, por si só, constitui o crédito tributário independentemente do lançamento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas não há lançamento contra a empresa do paciente, a CM4.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, eu voto neste processo?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vota.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, peço vista.

PRIMEIRA TURMA**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 96.324**

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S) : ALFEU CROZATO MOZAQUATRO

IMPTE.(S) : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)

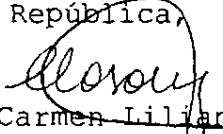
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que indeferia o pedido de *habeas corpus*, pediu vista do processo o Ministro Dias Toffoli. Falaram: o Dr. Alberto Zacharias Toron, pelo paciente, e o Dr. Rodrigo Janot, Subprocurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 13.04.2010.

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que denegava a ordem de *habeas corpus*, e do Senhor Ministro Dias Toffoli, que a concedia, pediu vista do processo o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 29.3.2011.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.



Carmen Lillian
Coordenadora

10/05/2011**PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 96.324 SÃO PAULO**

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
PACTE.(s)	: ALFEU CROZATO MOZAQUATRO
IMPTE.(s)	: ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, egrégia Turma, ilustre Representante do Ministério Público, senhores Advogados, aqui a hipótese é interessante, porque foi constituída uma empresa fictícia exatamente para participar de um mecanismo de lavagem de dinheiro; uma quadrilha sofisticada para praticar ilícitos, dentre outros, evidentemente, delito de sonegação fiscal. Então, uma empresa fazia as aquisições e a outra empresa é que obtinha os resultados lucrativos. O que se discutiu aqui, talvez – digamos assim -, se fosse um caso específico de sonegação fiscal, era saber se efetivamente ocorrera o lançamento tributário para acompanhar a jurisprudência do nosso Tribunal. Só que, aqui, esta questão é de somenos importância, se houve lançamento, ou não. Quer dizer, se esse documento está absorvido pelo crime de sonegação fiscal, porque aqui é ainda o esclarecimento de uma grande quadrilha, numa operação imensa. Então, não é aquele caso simples de verificarmos se está caracterizado o crime de sonegação fiscal porque ainda houve, ou não, o lançamento tributário. É que uma empresa de fachada foi criada para favorecer uma outra empresa regularmente constituída.

Lerei a Ementa, porque ela é grande, mas ela é autoexplicativa. O Ministro Marco Aurélio denega a ordem, e peço vênias ao Ministro Dias Toffoli para acompanhar o Ministro Marco Aurélio.

10/05/2011**PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 96.324 SÃO PAULO****VOTO-VISTA**

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DE TRIBUTO (ART. 1º, INCISO II, DA LEI Nº 8.137/90) E FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299 DO CÓDIGO PENAL). ATIPICIDADE. MERA APARÊNCIA DE REGULARIDADE ESCRITURAL. CRIAÇÃO DE EMPRESA FICTÍCIA COM O ESCOPO DE EXCLUIR A RESPONSABILIDADE FISCAL DO REAL DEVEDOR TRIBUTÁRIO. INFRAÇÃO PENAL TRIBUTÁRIA DIVERSA DE MERO INADIMPLEMENTO. MATÉRIA OBJETO DE AÇÃO PENAL QUE SE PRETENDE VER TRANCADA POR VIA DE *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. A VIA ESTREITA DO WRIT INVIABILIZA O EXAME DOS FATOS, MERCÊ DA EXCEPCIONALIDADE DO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. O *Habeas Corpus* é via imprópria para apreciar fatos com o escopo de trancar excepcionalmente a ação penal, cujo fato gerador é de extrema complexidade, forjado por organização criminosa que, constituindo pessoa jurídica fictícia, visa a exclusão do crime fiscal pelo verdadeiro responsável tributário.

HC 96.324 / SP

2. A responsabilidade fiscal que tem como premissa fraude derivada da criação de interposta pessoa jurídica fictícia reclama prossiga a ação penal, cujo desate pode resultar em lançamento contra o verdadeiro sujeito passivo tributário, ou redirecionamento da execução fiscal.

3. A consunção do falso pelo delito fiscal pressupõe que o primeiro fato criminoso sirva de meio ao crime-fim. Hipótese diversa da retratada nos autos, por isso que irrefutável a assertiva do relator ao assentar que “Tanto a suspensão de ação penal quanto o trancamento surgem com excepcionalidade maior. Conforme consignei ao indeferir a medida acauteladora, a denúncia não está a inviabilizar a defesa. Mais do que isso, versa não a simples sonegação de tributos, mas a existência de organização, em diversos patamares, visando à prática de delitos, entre os quais os de sonegação fiscal, falsidade ideológica, lavagem de dinheiro, ocultação de bens e capitais, corrupção ativa e passiva, com frustração de direitos trabalhistas. Daí não se poder considerar impróprio o curso da ação penal, não cabendo, no caso, exigir o término de possível processo administrativo fiscal.”

4. O S.T.J., no mesmo sentido, asseverou que “considerando as peculiaridades concretas do caso, verifica-se que a hipótese sob exame em muito se diferencia daquelas

HC 96.324 / SP

outras que inspiraram os referidos precedentes. De fato, uma coisa é desconstituir o tipo penal quando há discussão administrativa acerca da própria existência do débito fiscal ou do *quantum* devido; outra bem diferente é a configuração, em tese que seja, de crime contra ordem tributária em que é imputada ao agente a utilização de esquema fraudulento, como, por exemplo, a falsificação de documentos, utilização de empresas "fantasmas" ou de "laranjas" em operações espúrias, tudo com o claro e primordial intento de lesar o Fisco. Nesses casos, evidentemente, não haverá processo administrativo-tributário, pelo singelo motivo de que foram utilizadas **fraudes** para suprimir ou reduzir o recolhimento de tributos, ficando a autoridade administrativa completamente alheia à ação delituosa e sem saber sequer que houve valores sonegados."

5. Outrossim, *in casu*, os fatos imputados ao paciente amoldam-se perfeitamente ao figurino legal, porquanto refletem a inserção de elementos não correspondentes à realidade, especialmente quanto ao verdadeiro empresário e, por via de consequência, ao sujeito passivo das obrigações tributárias, tudo com a finalidade de suprimir ou reduzir tributos.

6. Ademais, verificar se realmente houve a fraude é tarefa que cabe ao Juízo da ação

HC 96.324 / SP

penal por ocasião do exame das provas produzidas no processo-crime, restando inviável, na via estreita do *habeas corpus*, verificar a complexidade dos crimes descritos na denúncia.

7. A jurisprudência desta Corte é no sentido de o falso não restar absorvido pelo crime tributário nos casos em que o documento falso continua passível de gerar lesões jurídicas. (Precedentes: HC 91469/ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, J. 20/05/2008, 2ª Turma; HC 83115 / SP Relator p/ Acórdão: Min. Carlos Velloso, J. 04/05/2004, 2ª Turma)

8. *Habeas corpus* denegado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por ALBERTO ZACHARIAS TORON e OUTROS em favor de ALFEU CROZATO MOZAQUATRO contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA, SONEGAÇÃO FISCAL, FALSIDADE IDEOLÓGICA E OCULTAÇÃO DE BENS E CAPITAIS. INVESTIGAÇÃO NA OPERAÇÃO DENOMINADA "GRANDES LAGOS". PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL NO TOCANTE AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA E FALTA DE JUSTA CAUSA. IMPROCEDÊNCIA.

1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento de ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, só admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, circunstâncias essas não evidenciadas, estremes de dúvidas, na hipótese em tela.

2. A denúncia aponta, essencialmente, para a participação

HC 96.324 / SP

do ora Paciente em um grande e complexo esquema, desenvolvido por várias organizações criminosas, relativamente independentes, mas com diversos pontos de contatos entre si, cuja finalidade precípua seria a prática de sonegação fiscal, através da utilização de empresas constituídas em nome de interpostas pessoas ("laranjas"), envolvendo diversos frigoríficos da região dos Grandes Lagos, principalmente os sediados nos municípios de Jales e Fernandópolis, no Estado de São Paulo.

3. É verdade que este Superior Tribunal de Justiça tem-se pronunciado no sentido de aderir à recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reformulada a partir do julgamento plenário do HC n.º 81.611/DF, relatado pelo ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, para considerar que não há justa causa para a persecução penal do crime de sonegação fiscal, quando o suposto crédito tributário ainda pende de lançamento definitivo, sendo este condição objetiva de punibilidade.

4. Não obstante, considerando as peculiaridades concretas do caso, verifica-se que a hipótese sob exame em muito se diferencia daquelas outras que inspiraram os referidos precedentes. De fato, uma coisa é desconstituir o tipo penal quando há discussão administrativa acerca da própria existência do débito fiscal ou do *quantum* devido; outra bem diferente é a configuração, em tese que seja, de crime contra ordem tributária em que é imputada ao agente a utilização de esquema fraudulento, como, por exemplo, a falsificação de documentos, utilização de empresas "fantasmas" ou de "laranjas" em operações espúrias, tudo com o claro e primordial intento de lesar o Fisco. Nesses casos, evidentemente, não haverá processo administrativo-tributário, pelo singelo motivo de que foram utilizadas fraudes para suprimir ou reduzir o recolhimento de tributos, ficando a autoridade administrativa completamente alheia à ação delituosa e sem saber sequer que houve valores sonegados.

5. Apurar a existência desses crimes contra a ordem tributária, cometidos mediante fraudes, é tarefa que incumbe ao

HC 96.324 / SP

Juízo Criminal; saber o montante exato de tributos que deixaram de ser pagos em decorrência de tais subterfúgios para viabilizar futura cobrança é tarefa precípua da autoridade administrativo-fiscal. Dizer que os delitos tributários, perpetrados nessas circunstâncias, não estão constituídos e que dependem de a Administração buscar saber como, onde, quando e quanto foi usurpado dos cofres públicos para, só então, estar o Poder Judiciário autorizado a instaurar a persecução penal equivale, na prática, a erigir obstáculos para desbaratar esquemas engendrados com alta complexidade e requintes de malícia, permitindo a seus agentes, inclusive, agirem livremente no sentido de esvaziar todo tipo de elemento indiciário que possa comprometê-los, mormente porque a autoridade administrativa não possui os mesmos instrumentos coercitivos de que dispõe o Juiz Criminal.

6. Ordem denegada.

O paciente fora denunciado, juntamente com os correus, pela prática dos crimes de quadrilha armada e organização criminosa (art. 288, § 1º, do Código Penal c/c Lei nº 9.034/95), lavagem de capitais (art. 1º, *caput*, inciso VII, da Lei nº 9.613/98), sonegação fiscal mediante fraude (art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90) e falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal).

No que se refere este *habeas*, que se insurge apenas quanto às duas últimas imputações, as condutas descritas na denúncia de fls. 100 a 129 consistem na criação da pessoa jurídica Coferfrigo, cujo quadro societário seria composto por supostos “laranjas”, para a finalidade de assumir encargos tributários que deveriam incidir sobre o real beneficiário da atividade empresarial, qual seja, o Grupo CM4 Participações, cujo principal sócio é o paciente.

Outrossim, narra a peça acusatória que a Coferfrigo declarava todos os débitos tributários e emitia as notas fiscais em seu nome, quando, na realidade, a empresa era exercida pelo grupo CM4 Participações. Dessa

HC 96.324 / SP

forma, mantinha aparente regularidade escritural, mas deixava de pagar os tributos, o que dispensou a instauração de procedimento administrativo para constituição dos créditos tributários, viabilizando o ajuizamento direto das execuções fiscais.

No *habeas corpus* impetrado perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pleiteou-se o trancamento da ação penal quanto ao crime tributário e ao falso, por atipicidade e absorção do segundo pelo primeiro. Quanto à primeira causa de pedir, sustentou ter havido mero inadimplemento ante a regularidade das escriturações contábeis, o que afastaria o elemento “fraude” do tipo penal. Outrossim, se os débitos tributários eram imputáveis ao grupo CM4 Participações, deveria ter sido efetuado o lançamento de ofício pela autoridade fiscal e, assim, iniciado o procedimento administrativo que impediria a *persecutio criminis*, conforme o entendimento adotado pelo Supremo no julgamento do HC nº 81.611, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ de 13.5.2005.

Denegada a ordem, impetrou-se, com idênticas alegações, *habeas corpus* perante o STJ, que restou também indeferido. Daí a submissão das mesmas matérias a esta Corte.

O Ministro Marco Aurélio, relator, proferiu o seguinte voto:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Tanto a suspensão de ação penal quanto o trancamento surgem com excepcionalidade maior. Conforme consignei ao indeferir a medida acauteladora, a denúncia não está a inviabilizar a defesa. Mais do que isso, versa não a simples sonegação de tributos, mas a existência de organização, em diversos patamares, visando à prática de delitos, entre os quais os de sonegação fiscal, falsidade ideológica, lavagem de dinheiro, ocultação de bens e capitais, corrupção ativa e passiva, com frustração de direitos trabalhistas. Daí não se poder considerar impróprio o curso da ação penal, não cabendo, no caso, exigir o

HC 96.324 / SP

término de possível processo administrativo fiscal. Indefiro a ordem.

Já o Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos e votou pela concessão parcial da ordem para trancar-se a ação penal com relação ao crime tributário (art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90).

É o relatório.

A primeira causa de pedir desta impetração é a atipicidade da conduta em razão da ausência do elemento típico previsto no inciso II do art. 1º da Lei nº 8.137/90, *verbis*: "fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal". Assim, ante a regularidade escritural da pessoa jurídica Coferfrigo, não haveria fraude, mas mero inadimplemento de débitos tributários.

O *Habeas Corpus* é via imprópria para apreciar fatos com o escopo de trancar excepcionalmente a ação penal, cujo fato gerador é de extrema complexidade, forjado por organização criminosa que, constituindo pessoa jurídica fictícia, visa a exclusão do crime fiscal pelo verdadeiro responsável tributário.

A responsabilidade fiscal que tem como premissa fraude derivada da criação de interposta pessoa jurídica fictícia reclama prossiga a ação penal, cujo desate pode resultar em lançamento contra o verdadeiro sujeito passivo tributário, ou redirecionamento da execução fiscal.

Ademais, verificar se realmente houve a fraude é tarefa que cabe ao Juízo da ação penal por ocasião do exame das provas produzidas no processo-crime, restando inviável, na via estreita do *habeas corpus*, verificar a complexidade dos crimes descritos na denúncia.

A segunda causa de pedir refere-se à ausência de lançamento dos créditos tributários contra o real sujeito passivo da obrigação tributária, o

HC 96.324 / SP

que obrigaria o Fisco a proceder ao lançamento de ofício mediante procedimento administrativo.

Com isso, incidiria a orientação jurisprudencial firmada por esta Corte no sentido de que a pendência de processo administrativo fiscal afastaria a existência de débito tributário devidamente constituído e, em consequência, a tipicidade da conduta. Neste ponto, melhor razão não assiste ao impetrante. O S.T.J., no aresto impugnado, asseverou que:

Não obstante, considerando as peculiaridades concretas do caso, verifica-se que a hipótese sob exame em muito se diferencia daquelas outras que inspiraram os referidos precedentes. De fato, uma coisa é desconstituir o tipo penal quando há discussão administrativa acerca da própria existência do débito fiscal ou do *quantum* devido; outra bem diferente é a configuração, em tese que seja, de crime contra ordem tributária em que é imputada ao agente a utilização de esquema fraudulento, como, por exemplo, a falsificação de documentos, utilização de empresas "fantasmas" ou de "laranjas" em operações espúrias, tudo com o claro e primordial intento de lesar o Fisco. Nesses casos, evidentemente, não haverá processo administrativo-tributário, pelo singelo motivo de que foram utilizadas **fraudes** para suprimir ou reduzir o recolhimento de tributos, ficando a autoridade administrativa completamente alheia à ação delituosa e sem saber sequer que houve valores sonegados.

Outrossim, no caso *sub judice*, os fatos imputados ao paciente amoldam-se perfeitamente ao figurino legal, porquanto refletem a inserção de elementos não correspondentes à realidade, especialmente quanto ao verdadeiro empresário e, por via de consequência, ao sujeito passivo das obrigações tributárias, tudo com a finalidade de suprimir ou reduzir tributos.

Por fim, cumpre examinar a causa de pedir alusiva à absorção do

HC 96.324 / SP

crime de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal) pelo crime de sonegação.

A consunção do falso pelo delito fiscal pressupõe que o primeiro fato criminoso sirva de meio ao crime-fim. Hipótese diversa da retratada nos autos, por isso que irrefutável a assertiva do relator ao assentar que:

Tanto a suspensão de ação penal quanto o trancamento surgem com excepcionalidade maior. Conforme consignei ao indeferir a medida acauteladora, a denúncia não está a inviabilizar a defesa. Mais do que isso, versa não a simples sonegação de tributos, mas a existência de organização, em diversos patamares, visando à prática de delitos, entre os quais os de sonegação fiscal, falsidade ideológica, lavagem de dinheiro, ocultação de bens e capitais, corrupção ativa e passiva, com frustração de direitos trabalhistas. Daí não se poder considerar impróprio o curso da ação penal, não cabendo, no caso, exigir o término de possível processo administrativo fiscal.

Em julgados mais recentes, o Supremo não admitiu a absorção do crime de falso pelo de sonegação em vista de situações fáticas que permitiam concluir, claramente, que a lesividade do documento não cessava com o delito contra a ordem tributária, conforme se observa nas seguintes ementas:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. SONEGAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ABSORÇÃO. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. A suposta falsidade ideológica não foi perpetrada em documento exclusivamente destinado à prática, em tese, do crime de sonegação tributária, em relação ao qual a ação penal foi trancada. 2. A falsidade nos documentos de registro de automóvel apresenta potencial lesivo autônomo, independentemente da prática do crime contra a ordem

HC 96.324 / SP

tributária. Inaplicabilidade do princípio da consunção. Precedentes. 3. Ordem denegada. (HC 91469 / ES HABEAS Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 20/05/2008 Segunda Turma)

EMENTA: Penal. Processual Penal. Habeas Corpus. Crime de uso de documento falso. Código Penal, art. 304 c/c art. 297, parágrafo único, e art. 92, I. Lei 8.137/90, art. 2º, I. I. - Inquérito STJ nº 300: ação penal STJ nº 238/SP: uso de documento falso. Inquérito STJ nº 281: apuração de eventual enriquecimento ilícito no exercício do cargo. II. - O documento falso foi apresentado numa investigação que poderia resultar, em tese, em mais de um delito: o delito contra a ordem tributária e possível ou possíveis delitos decorrentes de enriquecimento ilícito no exercício de cargo público. O pagamento do tributo não elide o crime de falso, por isso que, da investigação, em que o documento falso teria sido apresentado, poderia originar-se outro ou outros delitos, decorrentes de enriquecimento ilícito, que o pagamento do tributo não elidiria. III. - Prematuro concluir, ademais, no julgamento do habeas corpus, que o crime de falso não pode ser tratado como crime autônomo. IV. - Exame de provas: impossibilidade no processo de habeas corpus. V. - H.C. indeferido. (HC 83115 / SP Relator p/ Acórdão: Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 04/05/2004, Segunda Turma)

Nesse sentido, também a lição de Toledo, *verbis*:

Há, na lei penal, tipos mais abrangentes e tipos mais específicos que, por visarem a proteção de bens jurídicos diferentes, não se situam numa perfeita relação de gênero para espécie (especialidade) nem se colocam numa posição de maior ou menor grau de execução do crime. Um exemplo disso temos na violação do domicílio (CP, art. 150), que lesa a liberdade da pessoa, e no furto (art. 155), lesivo ao patrimônio.

Se, todavia, a violação da residência é o meio empregado

HC 96.324 / SP

para a consumação do furto, a punição deste último crime absorve a punibilidade do primeiro. A norma mais ampla, mais abrangente, do furto, ao incluir como um de seus elementos essenciais a *subtração*, ou seja, o apossamento da coisa contra a vontade do dono, abrange a hipótese de penetração na residência, contra a vontade do dono, para o apossamento da coisa. Essa norma mais ampla consome, absorve a proteção parcial que a outra menos abrangente objetiva.

Note-se que a violação do domicílio não é etapa ou passagem necessária para o furto, como ocorre com a lesão corporal em relação ao homicídio, pelo que a aplicação do princípio da subsidiariedade tácita seria discutível, embora defensável. Mas, estando esse fato prévio abrangido pela prática do crime mais grave, numa relação de meio para fim, é por este consumido ou absorvido.

O mesmo ocorre com certas modalidades de *falsum* e estelionato, quando aquele se exaure na fraude, que constitui elemento essencial deste último. Isso acontece, por exemplo, na falsificação de um documento que, usado como fraude para obtenção de lucro patrimonial indevido, se esgota em sua potencialidade lesiva, permanecendo sem qualquer outra finalidade ou possibilidade de uso (ex.: alguém falsifica a assinatura do correntista em um cheque e obtém, no Banco sacado, o pagamento indevido). Como o cheque esgotou-se na consumação do estelionato, não podendo mais ser utilizado para outros fins, o crime-fim de estelionato absorve o *falsum*.

Assim, porém, não ocorre na falsificação de certos documentos que, utilizados na prática do estelionato, continuam com a potencialidade lesiva para o cometimento de outros delitos da mesma ou de variada espécie. Nesta hipótese verifica-se o concurso formal de crimes (falso e estelionato), como ocorre, por exemplo, com a falsificação de um instrumento de mandato para a emissão de cheque do pretendo mandante e seu recebimento no Banco sacado. Consumado o estelionato, a procuração, se contiver poderes para outros saques ou para outros fins, não se exaure na fraude daquele

HC 96.324 / SP

delito. (Princípios Básicos de Direito Penal, 5ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 51)

In casu, a potencialidade lesiva dos contratos sociais e notas fiscais emitidas pela Coferfrigo que, na descrição da denúncia, seriam ideologicamente falsos, não se exauriu no âmbito do crime contra a ordem tributária, porquanto continuaram passíveis de utilização não apenas em novas sonegações tributárias, mas também em outras fraudes trabalhistas e comerciais.

Ex positis, DENEGO a ordem.

10/05/2011**PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 96.324 SÃO PAULO****DEBATE****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Eu concedo a ordem, Ministro Fux, só em relação à sonegação fiscal. E, aliás, a impetração é exclusivamente sobre sonegação fiscal. As outras imputações, elas continuam objeto da ação penal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, Vossa Excelência tem razão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Então, isso não me impressiona. A história toda que o Ministério Público conta na denúncia e que está colocada lá não me impressiona. O que me impressiona é o seguinte: como o Ministério Público ou o juiz de primeira instância se coloca e usurpa uma competência que está no Código Tributário Nacional de lançamento de tributo - que é da Receita - e diz: "Não é essa empresa, é aquela outra empresa"?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, não. Eu compreendo. A preocupação de Vossa Excelência é legítima, mas acontece que essa é uma estratégia...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Se há organização criminosa, bem como as outras tipificações que são lançadas contra o paciente não são objeto desse **habeas corpus**. Esse **habeas corpus** é única e exclusivamente sobre o crime de sonegação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas é que, no meu modo de ver, ele não pode ser analisado isoladamente. Porque o problema não é o crime de sonegação. Eles não estão querendo o crime...

HC 96.324 / SP

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Se ele quisesse pagar, ele estaria, evidentemente, livre da ação penal. E não tem lançamento administrativo contra ele!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Na verdade, é uma manobra. Nem vai haver crime, nem vai haver cobrança de tributo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas, aí, Vossa Excelência está pressupondo que todas as alegações imputadas são verdadeiras. Agora, todas essas alegações continuam sendo apuradas na ação penal em relação aos demais crimes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, mas se nós aqui levarmos em consideração...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Se ele usou de falso, se ele usou de empresa laranja, se ele usou de terceiras pessoas, organização criminosa, isso está colocado e continuará como objeto da ação penal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas se aqui trancarmos a ação penal, como é que vai se apurar isso?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ninguém está trancando a ação penal. **Data venia**, Vossa Excelência está interpretando o meu voto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Aqui é um *habeas corpus* para trancar a ação penal.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O meu voto é bastante claro. **O meu voto é para trancar a ação penal**

HC 96.324 / SP

em relação ao crime de sonegação. Existem outros tipos apontados na denúncia.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, eu compreendo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A ação penal prossegue em relação aos outros tipos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É o que digo: num caso tradicional, eu até acompanharia Vossa Excelência - Num caso tradicional. Só que isso é uma parcela do *iter criminis*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - A problemática alusiva à necessidade de processo administrativo-fiscal surgiu mediante uma construção jurisprudencial. É para aquelas situações concretas em que apenas se discute se teria havido, ou não, a sonegação. Mas, ante um quadro de irregularidade quanto às empresas constituídas, descabe cogitar da fase administrativo-fiscal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É exatamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - O que não se faz presente na situação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas cabe ao Ministério Público lançar tributo? O Código Tributário Nacional é claro: a autoridade tributária é a Receita, o auditor fiscal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vossa Excelência acentuou hoje.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Quer dizer, haveria um processo administrativo para definir-se a simulação?

HC 96.324 / SP

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu não estou...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Vamos dar esse poder ao Ministério Público?!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É uma simulação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sim.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ele está sendo acusado de sonegação tributária, sendo que não há lançamento tributário contra ele. **Como ele vai quitar essa dívida, se nem o Fisco administrativamente lançou esse tributo contra ele?**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E nem vai lançar porque, na verdade, foi criada uma empresa fictícia para favorecer uma outra.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A lei permite aos auditores fiscais a desconsideração da personalidade jurídica, inclusive para ir à pessoa que tenha se utilizado destes instrumentos para contra ela lançar o débito fiscal. Então, há competência legal aos auditores da Receita Federal do Brasil para fazer essa autuação. Não há é para o Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É. Eu apenas fiquei mal-impressionado porque entendi que ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Historinha não me impressiona. A história conta uma série de elementos. **Agora, existe lançamento tributário contra ele?**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) –

HC 96.324 / SP

Realmente não podemos ficar impactados ante a história contada pelo Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas o caso não é esse. Estou procurando aqui...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro Luiz Fux, vamos ao voto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Marco Aurélio, aqui, quer dizer, eu ficaria impactado com a história do Ministério Público, eventualmente, muito embora eu já seja gato escaldado porque pertencia ao Ministério Público, se estivermos diante de um inquérito para oferecimento de uma denúncia. Nós estamos diante de *habeas corpus* impetrado contra um acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Fato que já passou.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (Cancelado)

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Isto. Vamos ouvir o voto só para depois Vossa Excelência voltar a redarguir.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Deixe-me ver se os senhores se impressionam com o que vou dizer, já que não se impressionaram com o que o Ministério Público se impressionou.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vossa Excelência tem a palavra para o voto, Ministro.

PRIMEIRA TURMA**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 96.324**

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S) : ALFEU CROZATO MOZAQUATRO

IMPTE.(S) : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)

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

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que indeferia o pedido de *habeas corpus*, pediu vista do processo o Ministro Dias Toffoli. Falaram: o Dr. Alberto Zacharias Toron, pelo paciente, e o Dr. Rodrigo Janot, Subprocurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 13.04.2010.

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que denegava a ordem de *habeas corpus*, e do Senhor Ministro Dias Toffoli, que a concedia, pediu vista do processo o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 29.3.2011.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Luiz Fux, que denegavam a ordem de *habeas corpus*, e do voto do Senhor Ministro Dias Toffoli, que a concedia, pediu vista do processo o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 10.5.2011.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux. Compareceu o Senhor Ministro Ayres Britto para julgar processos a ele vinculados, assumindo a cadeira do Senhor Ministro Luiz Fux.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian
Coordenadora

14/06/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 96.324 SÃO PAULO

VOTO
(VISTA)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Trata-se de habeas corpus, no qual se postula o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente pela suposta prática de crime contra a ordem tributária (art. 1º, II, da Lei 8.137/1990) sob os fundamentos de falta de justa causa para a ação e inépcia da denúncia. O impetrante requer, também, que o crime de falso imputado ao paciente seja reconhecido como meio para a prática do crime tributário, sendo, portanto, por esse absorvido.

O Ministro Marco Aurélio, Relator, ao denegar a ordem, anotou:

“Conforme consignei ao indeferir a medida acauteladora, a denúncia não está a inviabilizar a defesa. Mais do que isso, versa não a simples sonegação de tributos, mas a existência de organização, em diversos patamares, visando à prática de delitos, entre os quais os de sonegação fiscal, falsidade ideológica, lavagem de dinheiro, ocultação de bens e capitais, corrupção ativa e passiva, com frustração de direitos trabalhistas. Daí não se poder considerar impróprio o curso da ação penal, não cabendo, no caso, exigir o término de possível processo administrativo fiscal. Indefiro a ordem”.

Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli, que, instaurando a divergência, concedeu parcialmente a ordem para o fim de trancar a ação relativamente ao crime previsto no art. 1º, II, da Lei 8.137/1990, por ausência de justa causa, prosseguindo-se nas demais apurações.

Entendeu Sua Excelência, quanto ao delito de sonegação fiscal, pela

HC 96.324 / SP

atipicidade da conduta imputada ao paciente “*uma vez que sem a existência da obrigação tributária regularmente constituída, que constitui pressuposto do crime tributário, não se afigura a possibilidade fático-jurídica de suprimir ou reduzir o agente o tributo*”.

Na sequência, votou o Ministro Luiz Fux no sentido da denegação da ordem.

Em virtude da juntada de uma petição pelos impetrantes, da qual consta documento que noticia a existência de um procedimento fiscal em andamento, instaurado contra o paciente, ou a empresa do paciente, pedi vista dos autos para analisá-los com mais detença.

Pois bem. Assim como assentado pelo Ministro Relator e pelo Ministro Luiz Fux, tenho que o caso é de denegação da ordem.

Isso porque o paciente e mais sete corréus foram denunciados como incurso nas penas dos arts. 288, parágrafo único, do Código Penal (quadrilha armada), combinado com a Lei 9.034/1995 (organização criminosa), art. 1º, *caput*, VII, da Lei 9.613/1998 (Lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores), art. 1º, II, da Lei 8.137/1990 (sonegação fiscal mediante fraude), art. 299 (falsidade ideológica), combinado com o art. 71 do CP, todos cumulados com o art. 69 do CP, porque, segundo consta dos autos, teriam participação em

“(...) grande e complexo esquema, desenvolvido por várias organizações criminosas, relativamente independentes, mas com diversos pontos de contato entre si, cuja finalidade precípua seria a prática de sonegação fiscal, através da utilização de empresas constituídas em nome de interpostas pessoas ('laranjas'), envolvendo diversos frigoríficos da região dos Grandes Lagos”.

O cerne da controvérsia cinge-se à aplicação ou não, ao caso sob exame, do entendimento firmado pelo Plenário desta Corte no

HC 96.324 / SP

julgamento do HC 81.611/DF, no sentido de que falta justa causa para a ação penal instaurada para apurar crime de sonegação fiscal, quando ainda não exaurida a via administrativa e, por conseguinte, constituído, definitivamente, o crédito tributário.

A meu ver, a hipótese dos autos não permite a adoção de tal orientação. Trata-se de ação penal em que se apura a prática de diversos crimes, entre os quais, o de sonegação fiscal cometido mediante fraude. Ora, se o paciente, supostamente, se utilizou de esquema fraudulento, tal como a constituição de empresa fantasma ou a utilização de “laranjas” para reduzir ou suprimir tributo não há falar em necessidade de lançamento definitivo do crédito – com relação ao qual a Receita sequer teria condições de aferir a existência – como condição para instauração da ação penal, que é a sede própria para averiguar a existência ou não de organização criminosa constituída para a prática de diversos crimes, entre eles o de sonegação fiscal.

Por tal razão, entendo que a Petição 0021534, juntada pela defesa, na qual se apresenta documento que comprova a pendência do procedimento administrativo contra o paciente, em nada influencia o deslinde da questão, uma vez que, nesse caso, a inexistência de lançamento definitivo do tributo não tem o condão de obstar o prosseguimento da ação.

Assim, mantenho-me fiel à jurisprudência já consolidada nesta Corte, no sentido de que o trancamento de ação penal é medida reservada a hipóteses excepcionais, como “a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas” (HC 91.603/DF, Rel. Min. Ellen Gracie). Não me parece ser este o caso dos autos sob exame.

Ademais, a análise da conduta do acusado constitui matéria

HC 96.324 / SP

probatória a ser apreciada pelo juiz natural da causa no curso da ação penal, não sendo possível, nesse momento processual, afastar de plano a responsabilidade do paciente.

Pelo exposto, peço vênua ao Ministro Dias Toffoli, para acompanhar o Relator.

14/06/2011**PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 96.324 SÃO PAULO****VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu também vou pedir vênia ao eminente Ministro Dias Toffoli, mas, neste caso, conforme muito bem enfatizado pelo Ministro-Relator, Marco Aurélio, há vários crimes a serem, no caso, apurados, judicialmente processados, razão pela qual não me parece que seja, neste caso, a situação enfatizada pelo Ministro Dias Toffoli.

Tal como agora realçado pelo Ministro Lewandowski, eu também denego a ordem.

PRIMEIRA TURMA**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 96.324**

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S) : ALFEU CROZATO MOZAQUATRO

IMPTE.(S) : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)

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

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que indeferia o pedido de *habeas corpus*, pediu vista do processo o Ministro Dias Toffoli. Falaram: o Dr. Alberto Zacharias Toron, pelo paciente, e o Dr. Rodrigo Janot, Subprocurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 13.04.2010.

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que denegava a ordem de *habeas corpus*, e do Senhor Ministro Dias Toffoli, que a concedia, pediu vista do processo o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 29.3.2011.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Luiz Fux, que denegavam a ordem de *habeas corpus*, e do voto do Senhor Ministro Dias Toffoli, que a concedia, pediu vista do processo o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 10.5.2011.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 14.6.2011.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian
Coordenadora