

02/08/2011

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 99.778 MINAS GERAIS**

<b>REDATOR</b>	<b>DO: MIN. LUIZ FUX</b>
<b>ACÓRDÃO</b>	
<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. DIAS TOFFOLI</b>
<b>RECTE.(S)</b>	<b>: BRENO AUGUSTO PAIVA PAULINO</b>
<b>RECTE.(S)</b>	<b>: BERNARDO ANDRADE VALADARES GONTIJO</b>
<b>RECTE.(S)</b>	<b>: WAGNER SOARES DE MATTOS</b>
<b>RECTE.(S)</b>	<b>: LEONÍDIO PONTES FONSECA</b>
<b>RECTE.(S)</b>	<b>: DÚLIO DINIZ DE RESENDE</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: LEONARDO COELHO DO AMARAL</b>
<b>RECDO.(A/S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>

**EMENTA: CRIMINAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DE TRIBUTO (ART. 1º, INCISOS I A V, DA LEI Nº 8.137/90). FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO (ART. 288 DO CP). ATIPICIDADE. 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.

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.

3. O STJ, no mesmo sentido, asseverou que "O *habeas corpus* não comporta mergulho profundo no seio da prova a fim de se averiguar o nível de vinculação dos pacientes com os supostos líderes de esquema



RHC 99.778 / MG

fraudulento, de tal forma a tingir de ilegal a imputação de concurso de agentes.”

4. 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.

5. 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.

6. Parecer pela denegação da ordem.

7. Ordem denegada.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

Brasília, 2 de agosto de 2011.

Luiz Fux – Redator para o acórdão

*Documento assinado digitalmente*

02/08/2011

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 99.778 MINAS GERAIS**

REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. LUIZ FUX
RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(s)	: BRENO AUGUSTO PAIVA PAULINO
RECTE.(s)	: BERNARDO ANDRADE VALADARES GONTIJO
RECTE.(s)	: WAGNER SOARES DE MATTOS
RECTE.(s)	: LEONÍDIO PONTES FONSECA
RECTE.(s)	: DÚLIO DINIZ DE RESENDE
ADV.(A/S)	: LEONARDO COELHO DO AMARAL
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

**RELATÓRIO****O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Recurso ordinário em **habeas corpus**, sem pedido de liminar, interposto pelos pacientes Breno Augusto Paiva Paulino, Bernardo Andrade Valadares Gontijo, Wagner Soares de Mattos, Leonídio Pontes Fonseca e Dúlio Diniz de Resende, por petição subscrita pelos advogados Leonardo Coelho do Amaral e Giovanni Frederico Altimiras, buscando o trancamento da ação penal movida contra os pacientes (fls. 432 a 450).

O recurso é interposto contra o acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 68.244/MG, Relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**.

Os recorrentes alegam, em síntese, que a) não há qualquer vínculo deles com a empresa Street Metais, única autuada pelo Fisco do Estado de Minas Gerais; b) não foi instaurado nenhum procedimento administrativo-fiscal contra as empresas dos recorrentes, “*em relação às pretensas vendas de ferro gusa sem nota fiscal*” (fl. 437); e c) não restou demonstrado o envolvimento dos recorrentes com o corréus Ronny Clayton e Délio Tarabal, sócios da empresa Street Metais.

Ao final, requerem seja dado provimento ao recurso “*para, com isso, se conceder a ordem de **habeas corpus** (...) com a determinação de trancamento,*

**RHC 99.778 / MG**

*em relação a [eles], da ação penal nº 024.04.336913-1 em trâmite perante a 11ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG” (fl. 450).*

Nas contrarrazões, o Ministério Público Federal, com ofício no Superior Tribunal de Justiça, manifestou-se pelo conhecimento do recurso, *“ficando o mérito do Recurso à apreciação do Órgão do Ministério Público com atuação perante o STF”* (fl. 456 – grifo conforme o original).

A Procuradoria-Geral da República, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Edson Oliveira de Almeida**, manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 465 a 468).

É o relatório.

**02/08/2011****PRIMEIRA TURMA****RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 99.778 MINAS GERAIS****VOTO****O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Conforme relatado, o presente recurso ordinário volta-se contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça - que denegou a ordem no HC nº 68.244/MG, Relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** - e tem como objetivo o trancamento da ação penal movida contra os pacientes (fls. 432 a 450).

Alegam os recorrentes, em síntese, que, para a configuração dos tipos penais descritos no art. 1º, incisos I a V, da Lei nº 8.137/90, imputados aos pacientes na denúncia, é necessária a constituição do crédito fiscal, com o lançamento definitivo.

Refutam, ainda, qualquer participação estável em organização criminosa que se diz integrada por corréus.

Os pacientes postularam o trancamento da ação penal perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo a ordem sido denegada, com decisão assim ementada, da lavra do Desembargador **Sérgio Braga**:

**“HABEAS CORPUS – TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL – CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE COLETIVO SOBRE INDIVIDUAL – ORDEM DENEGADA. É temerário o entendimento que busca o trancamento da ação penal quando existiriam evidências que revelariam, no mínimo, a necessidade de se aprofundar os debates e apurações, ao longo do contraditório, sobre a responsabilidade dos denunciados em fatos criminosos. A existência de dúvidas sobre o caso impõe a denegação da ordem” (HC nº 1.0000.06.442224-9/000 – fls. 46 a 51).**

**RHC 99.778 / MG**

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

**“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. NÃO RECONHECIMENTO.**

1. O writ pressupõe a apresentação de prova preconstituída. A alegação de inexistência de procedimento fiscal em relação às empresas dos pacientes deve ser demonstrada documentalmente.

2. A jurisprudência desta Corte admite a tributação de ações ilícitas, e, via de consequência, a respectiva persecução de penal por sonegação fiscal.

3. O **habeas corpus** não comporta mergulho profundo no seio da prova a fim de se averiguar o nível de vinculação dos pacientes com os supostos líderes de esquema fraudulento, de tal forma a tingir de ilegal a imputação de concurso de agentes.

4. Ordem denegada” (fls. 398 a 407).

Na hipótese dos autos, com a devida vênia daqueles que têm entendimento diverso, conforme já me pronunciei por ocasião do julgamento do HC 96.324/SP, de relatoria do Min. **Marco Aurélio**, penso que há elementos aptos a sustentar a conclusão de que a ordem deva ser concedida em parte.

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,*

RHC 99.778 / MG

cuja existência *ou* montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa" (DJ de 13/5/05 – destaques conforme o original).

Neste ponto, ressalto que a denúncia (fls. 85 a 132) apenas faz menção à existência de inscrição de débito em dívida ativa em nome da empresa STREET METAIS FERROSOS E NÃO FERROSOS LTDA., no importe de R\$ 77.800.338,34, apurado por meio de Processos Administrativos Tributários (PTA), que se dizem já encerrados (fls. 93 a 94).

Não há contudo, qualquer informação sobre igual constituição definitiva do crédito tributário em relação às empresas Siderúrgica CALSETE (Leonídio), Siderúrgica NOROESTE Ltda. (Wagner), SIDERPA Siderúrgica Ltda. (Breno), Siderúrgica ALTEROSA (Duílio), MGS Minas Gerais Siderúrgica Ltda. (Bernardo) e ITASIDER Usina Siderúrgica Itaminas S.A. (Bernardo), das quais os ora pacientes são os responsáveis legais e tributários.

Embora haja indícios de que essas empresas tenham se valido de notas fiscais fictícias emitidas pela empresa STREET para realizarem transações comerciais de ferro gusa a terceiros, deixando, em consequência, de emitir as respectivas notas fiscais e efetuar o recolhimento aos cofres públicos do ICMS incidente sobre essas operações, não se verifica nos autos que essas empresas tenham sido apontadas pelo fisco, em procedimentos administrativos regulamente formalizados, como responsáveis solidárias pela obrigação fiscal inadimplida pela STREET, assim como não há comprovação de que tenham sido esgotados todos os recursos administrativos cabíveis e ocorrido a constituição definitiva dos créditos fiscais contra cada uma daquelas empresas, falecendo, nesta conformidade, justa causa para a persecução penal pelo crime contra a ordem tributária imputados aos pacientes.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Suprema Corte:

"AÇÃO PENAL. Crime tributário, ou crime contra a ordem tributária. Art. 1º, incs. I e II, da Lei nº 8.137/90. Delito

**RHC 99.778 / MG**

material. Tributo. Processo administrativo. Cancelamento do suposto crédito por decisão definitiva do Conselho de Contribuintes. Crédito tributário juridicamente inexistente. Falta irremediável de elemento normativo do tipo. Crime que se não tipificou. Trancamento do processo quanto ao delito de sonegação fiscal. HC concedido para esse fim. Precedentes. Não se tipificando crime tributário sem o lançamento fiscal definitivo, não se justifica pendência de ação penal, quando foi cancelada, por decisão definitiva do Conselho de Contribuintes, a inscrição do suposto crédito exigido” (HC nº 86.281/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, DJe de 6/11/08);

**“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. **Cármem Lúcia**, DJe de 18/4/08);

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



RHC 99.778 / MG

PENAL - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE TIPICIDADE PENAL - RECONHECIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DE CONDUCTA 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 CONDUCTA 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, *hic 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 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 debeatur*) e determinado o respectivo valor (*quantum debeatur*), estar-se-á diante de conduta

**RHC 99.778 / MG**

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 19/10/07).

Desse último aresto, vale transcrever a lição do seu eminente relator, no sentido de que "ilimpõe-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; 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,

RHC 99.778 / MG

nº 2/2004, p. 69):

*'Admitir-se a denúncia criminal antes decisão 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 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 amesquinçado 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 relação 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 os devedores venham 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, no HC nº 96.324/SP, 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 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*

**RHC 99.778 / MG**

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."

**Observo que 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 determinado. Somente então, se se mantiver 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,

RHC 99.778 / MG

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, “[a] lógica da interpretação acerca do crime fiscal segue, assim, o caminho da **INTEGRAÇÃO NORMATIVA**, até porque para além da própria definição legal de seu objeto material (tributo!), antes de se verificar suposta **TIPICIDADE PENAL** dos fatos, há também a necessidade de se observar (e respeitar!) todos os contornos normativos que circundam a ocorrência material do fato gerador até sua regular constituição (ou quantificação em R\$ !!!) por meio do devido processo legal” (fl. 11 - **destaques conforme o 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 daqueles a quem se imputa igual dever de adimplemento da obrigação tributária.

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, ainda que em parte, pela análise dos presentes autos.

RHC 99.778 / MG

Atípica, assim, a meu ver, a imputação de sonegação fiscal feita aos pacientes 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 os pacientes 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 aos pacientes, sem prejuízo de que, em novo e posterior procedimento criminal, uma vez constituído definitivamente os créditos tributários, venham a ser os réus acusados por essa infração, observando-se, inclusive que o prazo prescricional está suspenso até a constituição definitiva dos créditos fiscais (HC nº 85.051/MG, Segunda Turma, da relatoria do Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 1º/7/05; HC nº 85.329/SP, Segunda Turma, da relatoria do Ministro **Celso de Mello**, DJ de 15/12/06).

Em relação à suposta participação dos pacientes em crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288, **caput**), a análise da impugnada ausência de associação delitiva entre os pacientes e os corréus demanda, necessariamente, aprofundado exame de material cognitivo, o que é inviável nesta estreita via.

Na esteira desse entendimento é a jurisprudência desta Suprema Corte:

**"Habeas corpus. Penal e processual penal. Crime de extorsão mediante seqüestro. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. Garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal (art. 312 do CPP). Alegação de inexistência de indícios concretos que confirmem a participação do paciente nos crimes a ele imputados. Reexame de provas. Inviabilidade. Ordem denegada. Precedentes. 1. É legítimo o decreto de prisão preventiva que ressalta, objetivamente, a necessidade de garantir a ordem pública, não em virtude da hediondez do crime praticado, mas pela**

RHC 99.778 / MG

gravidade dos fatos investigados na ação penal (seqüestro de criança com 6 anos de idade pelo período de 2 meses), que bem demonstram a personalidade dos pacientes e dos demais envolvidos, sendo evidente a necessidade de mantê-los segregados, especialmente pela organização e o modo de agir da quadrilha. 2. A via estreita do **habeas corpus** não comporta dilação probatória, exame aprofundado de matéria fática ou valoração dos elementos de prova. Precedentes. 3. A presença de condições subjetivas favoráveis do paciente não obsta a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção. 4. **Habeas corpus denegado**” (HC nº 94.947/SP, Primeira Turma, rel. Min. **Menezes Direito**, DJe de 6/3/09);

“**Habeas corpus**. Penal e Processual Penal. Crime de quadrilha ou bando. Ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal não configurada. Materialidade. Reexame de provas. Inviabilidade. Precedentes. Ordem denegada. 1. Tratando-se de crime de quadrilha ou bando, a denúncia que contém condição efetiva que autorize o denunciado a proferir adequadamente a defesa não configura indicação genérica capaz de manchá-la com a inépcia. No caso, a denúncia demonstrou claramente o crime na sua totalidade e especificou a conduta ilícita do paciente. 2. O trancamento de ação penal em **habeas corpus** impetrado com fundamento na ausência de justa causa é medida excepcional que, em princípio, não tem cabimento quando a denúncia ofertada narra suficientemente fatos que constituem o crime. 3. A via estreita do **habeas corpus** não comporta dilação probatória, exame aprofundado de matéria fática ou nova valoração dos elementos de prova. 4. **Habeas corpus denegado**” (HC nº 93.291/RJ, Primeira Turma, rel. Min. **Menezes Direito**, DJe de 23/5/09).

Assim, **conheço do recurso e a ele dou provimento tão somente para trancar a ação penal instaurada contra os pacientes em relação ao crime previsto no art. 1º, incisos I a V, da Lei nº 8.137/90, devendo**

**RHC 99.778 / MG**

prosseguir as demais apurações ainda pendentes de julgamento.

É como voto.



**02/08/2011****PRIMEIRA TURMA****RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 99.778 MINAS GERAIS****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhora Presidente, como antecipou o Ministro Toffoli, eu também vou manter o ponto de vista que sustentei naquela oportunidade, porque aqui há mais do que **fumus boni iuris**, há uma verossimilhança de que há uma ligação entre essas pessoas envolvidas para a prática de uma fraude de natureza tributária; por isso é que eu entendo prematuro o trancamento da ação penal.

Pedindo vênia ao Relator, eu vou votar no sentido do desprovimento deste recurso ordinário.

**02/08/2011****PRIMEIRA TURMA****RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 99.778 MINAS GERAIS****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhora Presidente, também vou pedir vênias para manter a posição que veiculei em assentada anterior, entendendo que, quando há uma fraude conjugada com a sonegação fiscal, ainda que não haja o procedimento administrativo, não se pode, desde logo, trancar a ação penal, porque difícil é separar uma coisa da outra neste momento processual.

Nego provimento à ordem, portanto, com a devida vênias.

02/08/2011

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 99.778 MINAS GERAIS**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, inicialmente, meus cumprimentos ao Ministro Dias Toffoli, pela fidelidade intelectual, no que rememora o caso anterior.

Peço vênia a Sua Excelência para reafirmar a óptica externada com os demais colegas da Turma, quanto à improcedência do inconformismo, e negar provimento ao recurso.

Transcrevo o voto proferido no *Habeas Corpus* nº 96.324/SP:

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.

**02/08/2011**

**PRIMEIRA TURMA**

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 99.778 MINAS GERAIS**

**VOTO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -**  
Também eu peço vênia ao eminente Ministro Dias Toffoli, mas também mantenho posição anteriormente explanada no precedente.

\* \* \* \* \*

**PRIMEIRA TURMA****EXTRATO DE ATA****RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 99.778**

PROCED. : MINAS GERAIS

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. LUIZ FUX

**RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

RECTE.(S) : BRENO AUGUSTO PAIVA PAULINO

RECTE.(S) : BERNARDO ANDRADE VALADARES GONTIJO

RECTE.(S) : WAGNER SOARES DE MATTOS

RECTE.(S) : LEONÍDIO PONTES FONSECA

RECTE.(S) : DÚLIO DINIZ DE RESENDE

ADV.(A/S) : LEONARDO COELHO DO AMARAL

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

**Decisão:** Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do Senhor Ministro Luiz Fux, Redator para o acórdão, vencido o Senhor Ministro Dias Toffoli, Relator. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 2.8.2011.

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. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Carmen Lilian  
Coordenadora