

17/05/2005

D.J. 10.06.2005

SEGUNDA TURMA

EMENTÁRIO Nº 2195-2

HABEAS CORPUS 85.428-1 MARANHÃO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
 PACIENTE(S) : RAIMUNDO VILANOVA ASSUNÇÃO
 PACIENTE(S) : JOSÉ DE ARYMATÉIA MARANHÃO ASSUNÇÃO OU
 JOSÉ DE ARIMATÉIA MARANHÃO ASSUNÇÃO
 PACIENTE(S) : TEREZINHA DE JESUS MARANHÃO ASSUNÇÃO OU
 TERESINHA DE JESUS MARANHÃO ASSUNÇÃO
 IMPETRANTE(S) : DIOMAR BEZERRA LIMA
 COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO (ART. 1º, II E III DA LEI Nº 8.137/1990). NÃO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. RECURSOS PENDENTES DE APRECIÇÃO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. ANULAÇÃO DO PROCESSO PENAL DESDE A DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que, quando se trata de crime contra a ordem tributária, não há causa que justifique a ação penal antes do exaurimento da esfera administrativa (HC nº 81.611-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13.05.2005).

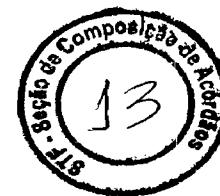
2. Também é entendimento pacífico deste Tribunal que, enquanto durar o processo administrativo, não há cogitar do início do curso do lapso prescricional, visto que ainda não se consumou o delito (HC nº 83.414-RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 23.04.2004; AI nº 419.578-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27.08.2004; e HC nº 84.092-CE, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 03.12.2004).

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 17 de maio de 2005.

MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR



13

17/05/2005

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 85.428-1MARANHÃO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACIENTE(S) : RAIMUNDO VILANOVA ASSUNÇÃO
PACIENTE(S) : JOSÉ DE ARYMATÉIA MARANHÃO ASSUNÇÃO OU
JOSÉ DE ARIMATÉIA MARANHÃO ASSUNÇÃO
PACIENTE(S) : TEREZINHA DE JESUS MARANHÃO ASSUNÇÃO OU
TERESINHA DE JESUS MARANHÃO ASSUNÇÃO
IMPETRANTE(S) : DIOMAR BEZERRA LIMA
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):**

Eis o teor da decisão (DJ de 17.03.2005) que proferi quando da concessão da medida cautelar (fls. 305-310):

"**DECISÃO:** Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar (Petição nº 17476/2005), impetrado em favor de RAIMUNDO VILANOVA ASSUNÇÃO, JOSÉ DE ARYMATÉIA MARANHÃO ASSUNÇÃO e TEREZINHA DE JESUS MARANHÃO ASSUNÇÃO contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que, em sede de idêntico processo, denegou o *writ* constitucional aos ora pacientes, em acórdão assim ementado (fls. 300):

'PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE SONEGAÇÃO. DISCUSSÃO EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. TÉRMINO. CONDIÇÃO

DE PROCEDIBILIDADE DA *PERSECUTIO CRIMINIS*. EXAME DE CONDUTAS SIMILARES. No plano do procedimento fiscal, a decisão dele esperada, pelo menos em princípio, não produz o comprometimento da análise judicial precedente, sobretudo porque podem as condutas objeto da ação penal ser definidas em tipos diversos. Sendo assim, a superação dos óbices quanto ao entendimento da prejudicialidade, haja vista que promove a indicação de ter ou não o contribuinte procedido com fraude, além de ter sonegado ao recolhimento do tributo devido, atrai, e não há dúvida disso, o exame correspondente do material probatório específico. Seria, em outras palavras, um despropósito, num caminho tão diminuto, frear a possibilidade de o Estado ver discutido tema por demais intrincado, dependente, em todo caso, da atividade cognitiva plena. Ordem denegada.'

Os pacientes foram denunciados em 15.08.1995. A ação penal foi instaurada em 22.08.1995, pela suposta prática do delito de sonegação fiscal (art. 1º, II e III da Lei nº 8.137/1990).

Na inicial (fls. 02-32), o impetrante sintetiza o caso nos seguintes termos:

'Com base em trabalhos investigatórios desenvolvidos pelo Sistema de Fiscalização da Secretaria da Receita Federal 38', que acompanharam representação enviada ao



Ministério Público Federal, instaurou-se contra os pacientes, em agosto de 1995, perante a ilustrada 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, ação penal (Processo nº 96.00.03427-1) em que se lhes imputa a suposta prática do delito de sonegação fiscal em relação a Imposto de Renda Pessoa Jurídica, Contribuição Social, Imposto de Renda Retido na Fonte, PIS, COFINS e FINSOCIAL, tal como mencionado na denúncia (fls. 54/64 dos autos que instruem a presente impetração), que os dá como incurso no art. 1º, incisos II e III, da Lei nº 8.137, de 27.12.90.

O fato típico, que consistiria no procedimento conhecido como emissão de nota fiscal calçada, teria gerado omissão de receita da ordem de CR\$ 1.942.400,00 (...) em 1990, CR\$ 153.131.450,00 (...) em 1991, CR\$ 1.321.010.000,00 (...) em 1992 e CR\$ 2.406.750.000,00 (...) em 1993" (sic) (denúncia - fl. 06 dos autos da ação principal).

Sucedem que foram impugnados os respectivos Autos de Infração lavrados contra a empresa ASSUNÇÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A - de que são proprietários e administradores os pacientes -, cujos procedimentos fiscais só se encerrarão, definitivamente, com o julgamento dos seguintes recursos, pelos órgãos competentes do Ministério da Fazenda: Processo



n° 13334.000123/94-65 (Recurso n° 111.427),
Processo n° 13334.000124/94-28 (Recurso n°
015.163) e Processo n° 13334.000126/94-53
(Recurso n° 015.162).

Os correspondentes **acórdãos** proferidos pelo Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes **foram publicados**, respectivamente, nas edições do Diário Oficial da União de 1°.12.97, o primeiro, e de 30.4.99, os dois últimos (fls. 65/105 dos autos que instruem a impetração), sendo que o Processo n° 13334.000124/94-28 (Recurso n° 015.163) e Processo n° 13334.000126/94-53 (Recurso n° 015.162) **não se encerraram** com o julgamento do órgão fracionário, pois foram **encaminhados à Câmara Superior de Recursos Fiscais em 10.12.99** (v. Fls. 92 e 105, respectivamente, da xerocópia dos autos em que proferido o acórdão impugnado).

Nos dois últimos recursos, a empresa recorrente insurge-se contra decisões da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, que julgou **parcialmente** procedente a exigência tributária, constante do auto de infração e seus demonstrativos, referente à **contribuição para o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL/FATURAMENTO, do período de junho de 1990 a março de 1993, no valor total equivalente a 43.065,45 UFIR (fls. 81/91) e à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, no período de abril de 1992 a**

dezembro de 1993, no valor equivalente a 82.369,44 UFIR (fls. 94/104 dos autos juntos por xerocópia dos autos juntada à impetração).' (fls. 3-4).

Quanto à plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni iuris*), o impetrante sustenta que, ao momento do recebimento da denúncia, o crédito tributário não se encontrava integral e definitivamente constituído em razão da pendência dos dois recursos administrativos referidos.

Desse modo, com apoio nos precedentes firmados por esta Corte nos julgamentos da ADI nº 1.571-DF, de minha relatoria, DJ de 17.02.2004 e do HC nº 81.611-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 10.12.2003, acórdão pendente de publicação, v. Informativos 286, 326 e 333, a impetração assevera que a ação penal não poderia ter sido deflagrada com base em procedimento administrativo-fiscal ainda não finalizado.

Relativamente à urgência da pretensão cautelar (*periculum in mora*), alega-se que: 'há possibilidade de o MM. Juiz Federal da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, a quem já se acham os autos **conclusos para sentença**, vir a **exarar**, a qualquer instante, **decisão condenatória** contra os pacientes.'

Passo a decidir o caso.

Em princípio, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade. Em outras palavras, não se pode afirmar a existência, nem tampouco fixar o montante



da obrigação tributária até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa.

Vale ressaltar que, a partir do precedente firmado no já referido HC nº 81.611-DF, essa mesma tese tem sido reiterada em diversos julgados, os quais passo a apresentar.

No julgamento do AI nº 419.578-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27.08.2004, a Primeira Turma deste Tribunal assim se pronunciou:

EMENTA: 1. Agravo de instrumento: deficiência do traslado: falta da cópia das contra-razões do RE ou certidão de sua inexistência(L. 8.038/90, art. 28). 2. Recurso extraordinário: descabimento: questão decidida com base em legislação infraconstitucional, não prequestionada a matéria constitucional suscitada no RE. 3. Recurso extraordinário, prequestionamento e habeas-corpus de ofício. Em recurso extraordinário criminal, perde relevo a discussão em torno de requisitos específicos, qual o do prequestionamento, sempre que - evidenciando-se a lesão ou a ameaça à liberdade de locomoção - seja possível a concessão de habeas-corpus de ofício. 4. Crime material contra a ordem tributária (L. 8.137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura

pela falta do lançamento definitivo: precedente (HC 81.611, Pleno, 10.12.2003, Pertence, Inf. STF 333).'

De igual modo, na apreciação do HC nº 83.414-RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 23.04.2004, a mesma Primeira Turma deferiu a ordem pleiteada, nos seguintes termos:

'HABEAS CORPUS. PENAL. TRIBUTÁRIO. CRIME DE SUPRESSÃO DE TRIBUTO (ART. 1º DA LEI 8.137/1990). NATUREZA JURÍDICA. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Na linha do julgamento do HC 81.611 (rel. min. Sepúlveda Pertence, Plenário), os crimes definidos no art. 1º da Lei 8.137/1990 são materiais, somente se consumando com o lançamento definitivo. 2. Se está pendente recurso administrativo que discute o débito tributário perante as autoridades fazendárias, ainda não há crime, porquanto tributo é elemento normativo do tipo. 3. Em consequência, não há falar-se em início do lapso prescricional, que somente se iniciará com a consumação do delito, nos termos do art. 111, I, do Código Penal.'

Por fim, no julgamento da ADI nº 1.571-DF, de minha relatoria, DJ de 30.04.2004, o Tribunal Pleno declarou a constitucionalidade de norma que condiciona a persecução penal à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do

crédito tributário em acórdão ementado nos seguintes termos:

'EMENTA: 1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 83 da Lei no 9.430, de 27.12.1996. 3. Arguição de violação ao art. 129, I da Constituição. Notitia criminis condicionada à *decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário*. 4. A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da notitia criminis ao Ministério Público. 5. Decisão que não afeta orientação fixada no HC 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita *representação tributária*, se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo. 6. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 7. Improcedência da ação.'

Salvo melhor juízo quanto ao mérito do presente *habeas corpus*, entendo configurados os requisitos para a concessão da medida liminar. Nesse mesmo sentido, destaco a decisão monocrática

proferida no HC n° 84.092 MC/CE, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 04.06.2004.

Destarte, pelas razões referidas, defiro o pedido de medida cautelar, para suspender, até o julgamento definitivo do presente writ, o curso da ação penal que tramita perante a 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão (Processo n° 95.00.03427-1)."

O parecer da PGR é pela concessão da ordem.

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):

Anota o parecer da Procuradoria-Geral da República (fls. 381-385), da lavra do Subprocurador-Geral, Dr. Edson de Oliveira Almeida:

"O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 81.611/DF, entendeu que para o oferecimento da denúncia, por crime contra a ordem tributária, capitulado no art. 1º da Lei n.º 8.137/97, é imprescindível o exaurimento da esfera administrativa.

Os extratos juntados às fls. 320-323 comprovam a existência de recursos ainda pendentes de julgamento perante o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, referentes à empresa Assunção Indústria e Comércio S.A.

Assim sendo, não pode ter curso a ação penal nº 95.00.03427-1, 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, após o exaurimento da via administrativa, ficando, em consequência, suspenso também o curso da prescrição." (fl. 385)

Destarte, em conformidade com o parecer da PGR, entendo que, na espécie, o crime de sonegação fiscal (art. 1º, II e III da



Lei nº 8.137/1990) somente se consuma com o lançamento definitivo. Em razão da pendência de recurso administrativo perante as autoridades fazendárias, não se pode falar em crime, e nem tampouco em justa causa para persecução penal.

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

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

No caso concreto, portanto, não existe lançamento definitivo a ensejar justa causa para o recebimento da ação penal instaurada. Destarte, reitero os fundamentos expendidos na decisão liminar, cujo teor foi integralmente apresentado no relatório do presente caso.

Quanto ao mérito, meu voto é pela **concessão** da ordem para que se anule, desde a denúncia, inclusive, o processo criminal a que estão submetidos os pacientes (Ação Penal nº 95.00.03427-1, em tramitação na 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão).



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 85.428-1

PROCED.: MARANHÃO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): RAIMUNDO VILANOVA ASSUNÇÃO

PACTE.(S): JOSÉ DE ARYMATÉIA MARANHÃO ASSUNÇÃO OU JOSÉ DE ARIMATÉIA
MARANHÃO ASSUNÇÃO

PACTE.(S): TEREZINHA DE JESUS MARANHÃO ASSUNÇÃO OU TERESINHA DE
JESUS MARANHÃO ASSUNÇÃO

IMPTE.(S): DIOMAR BEZERRA LIMA

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

Decisão: A Turma, por votação unânime, **deferiu** o pedido de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma, 17.05.2005.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto da Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanede
Coordenador