

29/11/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 108.037 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACTE.(S) : RAIMUNDO BENEDITO DE SOUZA FILHO
IMPTE.(S) : NELSON CASTRO DE SÁ TELES E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIME TRIBUTÁRIO – PROCESSO ADMINISTRATIVO – PERSECUÇÃO CRIMINAL – NECESSIDADE. Caso a caso, é preciso perquirir a necessidade de esgotamento do processo administrativo-fiscal para iniciar-se a persecução criminal. Vale notar que, no tocante aos crimes tributários, a ordem jurídica constitucional não prevê a fase administrativa para ter-se a judicialização.

CRIME TRIBUTÁRIO – JUSTA CAUSA. Surge a configurar a existência de justa causa situação concreta em que o Ministério Público haja atuado a partir de provocação da Receita Federal tendo em conta auto de infração relativa à sonegação de informações tributárias a desaguarem em débito do contribuinte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em indeferir a ordem de *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, 29 de novembro de 2011.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

29/11/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 108.037 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACTE.(S) : **RAIMUNDO BENEDITO DE SOUZA FILHO**
IMPTE.(S) : **NELSON CASTRO DE SÁ TELES E OUTRO(A/S)**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, a título de relatório, as informações prestadas pela Assessoria:

Na decisão que implicou o indeferimento da liminar, a espécie ficou assim resumida:

**TÍTULO JUDICIAL CONDENATÓRIO –
PRECLUSÃO – EXECUÇÃO DA PENA –
PROCESSO-CRIME – JUSTA CAUSA
SUPERVENIENTE AO RECEBIMENTO
DA DENÚNCIA ANTE O
ENCERRAMENTO DO PROCESSO
ADMINISTRATIVO-FISCAL – HABEAS
CORPUS – JULGAMENTO DE FUNDO.**

1. A Assessoria prestou as seguintes informações:

O paciente foi condenado pelo Juízo da 8ª Vara Federal Criminal de Vitória, Estado do Espírito Santo, à pena de seis anos, um mês e quinze dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 315 dias-multa, em virtude da prática do crime previsto no artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, na forma do artigo 71 do Código Penal.

HC 108.037 / ES

As partes apelaram. O Ministério Público Federal objetivou a majoração da pena-base bem como do percentual da causa de aumento de pena, em razão da continuidade delitiva, e a fixação do regime inicial de cumprimento da pena como fechado. A defesa pleiteou a anulação do processo, sob o argumento de faltar justa causa para a ação penal por ter sido esta ajuizada quando ainda não se encontrava concluído o procedimento administrativo-fiscal.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento ao recurso da defesa e proveu o interposto pelo Ministério Público, ampliando as penas para sete anos, dois meses e doze dias de reclusão e 432 dias-multa.

O recurso especial protocolado contra o referido julgado não foi admitido. O Superior Tribunal de Justiça não conheceu do agravo de instrumento formalizado – de nº 1.207.005/ES –, porque não comprovada a representação processual: não acompanhara o substabelecimento a procuração credenciando o advogado substabelecete.

Transitada em julgado a decisão em 2 de dezembro de 2009, o processo baixou à origem, para execução da sentença.

No *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça, a defesa requereu o trancamento da ação penal por falta de justa causa. Consoante veiculou, a denúncia foi recebida enquanto pendia de conclusão o procedimento administrativo-fiscal e, conseqüentemente, não havia sido constituído definitivamente o crédito tributário.

HC 108.037 / ES

O Ministro Og Fernandes, relator do *Habeas Corpus* nº 166.984-ES, não acolheu o pedido de liminar. No mérito, a Sexta Turma indeferiu a ordem. Conforme fez ver, de fato, o recebimento da denúncia ocorreu em 16 de maio de 2003 e a inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa em 21 de fevereiro de 2004, quando estava em curso a instrução criminal e, portanto, antes da sentença, somente proferida em 4 de agosto de 2005. Realçou que, ajuizada a ação, a defesa teria pedido a suspensão do processo até a constituição definitiva do crédito tributário. O Juízo indeferiu o pleito com base na jurisprudência, então dominante no Superior Tribunal, no sentido de ser prescindível à propositura da ação penal o encerramento do processo administrativo-fiscal, entendimento modificado a partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 81.611/DF, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, na sessão de 10 de dezembro de 2003. Asseverou, em seguida, que, embora tenha sido recebida a denúncia em momento anterior à constituição do crédito tributário, a superveniente inscrição do débito em dívida ativa afastaria a alegação de falta de justa causa para a ação penal, razão pela qual se impunha o aproveitamento dos atos processuais praticados, ante o princípio da economia processual.

Neste *habeas*, os impetrantes buscam infirmar essa decisão. Reiteram a causa de pedir relacionada ao trancamento da ação penal – a ausência de constituição definitiva do crédito tributário à época em que recebida a denúncia, por estar pendente de conclusão o procedimento administrativo-fiscal. Apontam não ter sido observado o Verbetes

HC 108.037 / ES

Vinculante nº 24 da Súmula do Supremo. Esclarecem que o paciente, em razão do trânsito em julgado da sentença condenatória, está recolhido no Instituto de Readaptação Social, na cidade de Vila Velha, Espírito Santo, para onde foi encaminhado em 25 de julho de 2010.

Pedem a concessão de liminar, para suspender a execução da pena, determinando-se a expedição de alvará de soltura, assegurando ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento definitivo da impetração. No mérito, pleiteiam o deferimento da ordem, declarando-se a nulidade da Ação Penal nº 2003.50.01.004711-3/ES, desde o recebimento da denúncia, ante a ausência de completa condição de procedibilidade no momento em que oferecida e recebida, reservando-se ao Ministério Público Federal a possibilidade de oferecimento de nova peça acusatória, com a suspensão da contagem do prazo prescricional até o dia do julgamento do recurso administrativo fiscal, ocorrido em 21 de fevereiro de 2004.

[...]

Brasília – residência –, 29 de abril de 2011, às 23h.

A Procuradoria Geral da República, no parecer, afirma que o caso em análise não se contrapõe ao Verbete nº 24 da Súmula Vinculante do Supremo, pois o procedimento fiscal de constituição do crédito tributário foi encerrado no curso da ação penal, antes da formalização da sentença. Aduz ter o Juízo da 8ª Vara Federal Criminal de Vitória/ES indeferido o pleito de suspensão da ação até o término do processo de constituição definitiva do crédito tributário em razão de, na época, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ser no sentido da

HC 108.037 / ES

não exigência da finalização do processo administrativo-fiscal para a propositura da ação penal, entendimento modificado a partir do julgamento, em 10 de dezembro de 2003, do *Habeas Corpus* nº 81.611/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, não havendo de se falar, portanto, em constrangimento ilegal. Sustenta possuir o lançamento tributário natureza declaratória e, desse modo, mostrar-se prescindível para a configuração do crime tipificado no artigo 1º da Lei nº 8.137/90, não existindo qualquer óbice à instauração de ação penal destinada a apurar crimes tributários quando ainda estiver em tramitação procedimento administrativo-fiscal. Opina pelo indeferimento da ordem.

Lancei visto no processo em 19 de novembro de 2011, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 29 seguinte, isso objetivando a ciência dos impetrantes.

É o relatório.

29/11/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 108.037 ESPÍRITO SANTO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ao indeferir a medida acauteladora, fiz ver:

[...]

2. O quadro sugere o julgamento definitivo da impetração e não ato precário e efêmero como é a medida acauteladora, para afastar-se a execução da pena. Estão em debate valores a serem considerados – o relativo à necessidade de haver o término de processo administrativo-fiscal para chegar-se à persecução criminal e o referente ao fato de o fenômeno ter ocorrido antes da prolação da sentença condenatória.

[...]

No mais, observem que a questão alusiva ao término do processo administrativo-fiscal para ter-se a persecução criminal mostrou-se construção pretoriana. A rigor, a Lei nº 8.137/90 não encerra, para a configuração da prática criminosa, considerada a supressão ou a redução de tributo, contribuições sociais e qualquer acessório, a necessidade de esgotar-se a via administrativa. Aliás, quanto a esta, a Carta da República somente versa a condição no tocante à Justiça Desportiva e ao processo referente ao dissídio coletivo, de competência da Jurisdição especializada do Trabalho. Ao contrário da Carta anterior, a atual não remete ao legislador ordinário a criação de fase administrativa para chegar-se ao ajuizamento da ação. Confirmam com o disposto nos artigos 114, § 2º, e 217, § 1º, da Constituição de 1988, ficando suplantada a previsão do § 4º do artigo 153 da Constituição pretérita, na redação da Emenda Constitucional nº 7/1977.

HC 108.037 / ES

Assim, não havendo disposição legal, no que seria inclusive conflitante com a Carta da República, prevendo a fase administrativa para a persecução criminal quanto ao crime tributário, há de apreciar-se, caso a caso, as peculiaridades presentes na denúncia, para saber se é necessário, ou não, apurar administrativamente, observado o contraditório, o tributo devido.

Na espécie, na denúncia ofertada, o Ministério Público aludiu a atuação a partir de autos formalizados na Receita Federal consideradas as declarações de ajuste anual dos exercícios de 1999 a 2001, abrangendo os anos-calendário de 1998 a 2000, que surgem como anos-base. Destacou que a Receita Federal, analisando a movimentação financeira do ora paciente, ocorrida nas contas bancárias declaradas, sendo uma do Banespa e duas do Bancoob, averiguou que não se levaram em conta certos recursos, cujo caráter se mostrou substancial – um depósito de dois milhões de reais e outro de R\$ 1.946.800,00, além de um terceiro de R\$ 440.000,00. Fez ver que tais valores não constaram nas declarações entregues nos exercícios de 1999, 2000 e 2001, relativas aos anos-base imediatamente anteriores. Em síntese, não teria sido mencionada, no campo referente a dívidas e ônus das declarações de Imposto de Renda, possível dívida existente perante a Coopetfes. Apontou a omissão glosada penalmente, ressaltando, inclusive, que, na Declaração do Imposto de Renda de Pessoas Físicas do biênio 2001/2000, haver-se-ia indicado uma dívida de R\$ 80.000,00, razão pela qual não se poderia, então, cogitar de esquecimento no tocante à movimentação financeira, nos três anos, a ultrapassar o montante de três milhões de reais, em três contas do ora paciente. Haveria ele informado rendimentos tributáveis e isentos relativamente modestos em 1998 – de R\$ 21.074,50 e R\$ 3.349,86 – e, em 2000, de R\$ 52.819,32. Quanto ao ano de 1999, consignara o recebimento de grande quantia a título de indenização trabalhista, composta, segundo o cálculo anexado à folha 465, de parcela tributável no valor de R\$ 911.582,99, e isenta, de R\$ 1.200.518,48. Ora, o Ministério Público imputou a prática criminosa concernente à omissão de informações em Declarações do Imposto de Renda, citando auto de infração que resultou

HC 108.037 / ES

em crédito tributário de R\$ 9.837.113,32.

Diante desse contexto – a ausência de lei exigindo o processo administrativo para apuração do débito, não bastasse a existência do auto de infração –, a ordem natural das coisas não está a direcionar à insuficiência de dados capaz de levar à necessidade de formalização do processo administrativo. Descabe potencializar a construção jurisprudencial a ponto de chegar-se, uma vez prolatada sentença condenatória, confirmada em âmbito recursal, transitada em julgado, ao alijamento respectivo, assentando a falta de justa causa.

Ante o quadro, indefiro a ordem. É como voto.

29/11/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 108.037 ESPÍRITO SANTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, eu estou adotando esses fundamentos do Ministro Marco Aurélio, acrescentando que, no curso da ação penal, houve a constituição definitiva do crédito tributário; inclusive estou aplicando analogicamente; o Código de Processo Penal admite, pelo artigo 462, admite conforme...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Isso consta do relatório.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, estou acompanhando.

29/11/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 108.037 ESPÍRITO SANTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Verifico que o paciente está sendo processado pelo art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90.

A Súmula Vinculante nº 24, do Supremo, diz que não há tipificação material do delito do art. 1º, incisos I a IV, antes do lançamento definitivo do tributo.

A denúncia foi apresentada e recebida antes desse momento do processo administrativo; por isso, vou pedir vênia ao eminente Relator e ao eminente Ministro Luiz Fux para conceder a ordem.

29/11/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 108.037 ESPÍRITO SANTO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu peço vênias a Vossa Excelência para acompanhar, até porque, como bem esclareceu o Ministro Marco Aurélio, agora já devidamente constituído esse crédito, embora como Vossa Excelência tenha afirmado, anterior, mas, de toda sorte, como bem fundamentado no voto do Ministro-Relator, devidamente resguardada a legislação, eu o acompanho, com as vênias de Vossa Excelência.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 108.037

PROCED. : ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S) : RAIMUNDO BENEDITO DE SOUZA FILHO

IMPTE.(S) : NELSON CASTRO DE SÁ TELES E OUTRO(A/S)

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

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. Falou o Dr. Danilo Ribeiro, pelo Paciente. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 29.11.2011.

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

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Carmen Lilian
Coordenadora