

13/03/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 85.000 MINAS GERAIS

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S)	: PAULO CAETANO
IMPTE.(S)	: PAULO CAETANO
ADV.(A/S)	: FLÁVIO PEREIRA DA COSTA BARROS
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL, AO ARGUMENTO DE ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INVESTIGATÓRIO PROCEDIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E INÉPCIA DA DENÚNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Alegação de ilegalidade nas investigações realizadas diretamente pelo Ministério Público e inobservância de condição objetiva de punibilidade — no caso, a constituição definitiva do crédito tributário. Matérias discutidas no HC 84.965/MG. 2. Inépcia da denúncia. Ocorrência, em parte. 3. Prisão. Efeitos deletérios que o tempo impõe ao processo. Decisão que decreta a prisão de quem quer que seja deve demonstrar, ao tempo da constrição, sólidas evidências do real perigo que a liberdade do agente causaria à sociedade. *Writ* prejudicado nesta parte, sem prejuízo dos efeitos do alvará de soltura expedido em favor do paciente, bem como da extensão da liminar deferida pela Min. Ellen Gracie aos demais corréus, e de eventual reexame por parte do magistrado de primeiro grau de fatos novos que justifiquem a restrição à liberdade ou a adoção de medidas cautelares, nos termos do que disposto na Lei 12.403/2011. 4. Ordem parcialmente concedida para trancar a ação penal **em relação ao paciente somente quanto às condutas previstas no art. 1º, II, e art. 3º, IV, ambos da Lei 8.137/90**, ressalvando a possibilidade de o *Parquet*, em ambos os delitos, se entender cabível, oferecer nova denúncia.

ACÓRDÃO

HC 85.000 / MG

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

Brasília, 13 de março de 2012.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente

13/03/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 85.000 MINAS GERAIS

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S)	: PAULO CAETANO
IMPTE.(S)	: PAULO CAETANO
ADV.(A/S)	: FLÁVIO PEREIRA DA COSTA BARROS
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Flávio Pereira da Costa Barros, em favor de Paulo Caetano.

Nestes autos, a defesa questiona acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem requerida no HC 37.632/MG.

Colhe-se dos documentos que, diante de ofício oriundo da Corregedoria da Secretaria de Estado de Fazenda dando conta da participação de servidores lotados em sua estrutura em práticas supostamente criminosas, a Promotoria de Justiça de Combate ao Crime Organizado do Ministério Público do Estado de Minas Gerais instaurou, em 6 de fevereiro de 2004, com fundamento no art. 26, I, da Lei 8.625/93 e art. 67, I, da LC 34/94, procedimento administrativo investigatório.

O objetivo, com efeito, era apurar suposta associação voltada para prática de atos criminosos, ora solicitando ou recebendo vantagem indevida para deixar de lançar tributo, ora alterando ou falsificando nota fiscal, de modo a simular crédito tributário, durante o ano de 2003 até abril de 2004, na comarca de Matias Barbosa/MG.

Contra o paciente e outros 15 (quinze) corréus, foi oferecida denúncia atribuindo-lhes a suposta prática de crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/90, art. 1º, IV, e art. 3º, II), em coautoria (CP, art. 29), de forma continuada (CP, art. 71) e em concurso material (CP, art. 69).

O paciente encontra-se incurso nas sanções do art. 1º, IV, e art. 3º, II, da Lei 8.137/90, c/c o art. 29 do CP; art. 288 do CP, na forma do art. 69 e 71

HC 85.000 / MG

do CP.

O Ministério Público representou pela prisão preventiva de diversos acusados.

Diante da postulação ministerial, o Juízo da comarca de Matias Barbosa/MG decretou a prisão preventiva de diversos acusados, dentre eles o paciente, ao fundamento de assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública.

Contra essa decisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, postulando o trancamento da ação penal, ao argumento de ausência de justa causa para seu prosseguimento. A ordem foi denegada.

Irresignada, impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça. A ordem foi denegada. Colho excerto do acórdão: *por mais que a defesa tente demonstrar o contrário, os dados para a continuidade da 'persecutio criminis' apresentam-se potencialmente viáveis, sendo, por isso, temerária a paralisação do procedimento, ainda mais quando a denúncia representa a descrição dos fatos ocorrentes e a suposta participação do denunciado, em respeito ao disposto no art. 41 do CPP, caso em que a confirmação de suas disposições será objeto da análise própria do juiz sentenciante, conforme as provas dos autos.*

Daí, o presente *habeas corpus* neste Supremo Tribunal Federal, no qual a defesa reitera o argumento de inépcia da denúncia, postulando, por conseguinte, o trancamento da Ação Penal 0480.04.005.439-2 da comarca de Matias Barbosa/MG.

Por outro lado, levanta nova questão: a suposta ilegalidade das investigações realizadas diretamente pelo Ministério Público.

Aduz que a denúncia não individualizou de forma devida a conduta, fazendo apenas imputações genéricas no sentido de que o paciente teria promovido a abertura de empresas fantasmas, bem como produzido notas fiscais frias, as quais seriam comercializadas com empresas efetivamente atuantes, a fim de serem utilizadas como créditos de ICMS, reduzindo os valores efetivamente devidos.

Ressalta que, ao não detalhar quais seriam as supostas notas fiscais frias e qual o montante do valor devido, a exordial acusatória estaria

HC 85.000 / MG

inviabilizando o direito à ampla defesa, além de não lhe permitir requerer a extinção da punibilidade nos termos do que previsto no art. 34 da Lei 9.249/95.

Afirma que os crimes tipificados no art. 1º da Lei 8.137/90 são materiais, havendo, portanto, a necessidade de lançamento definitivo do tributo.

Adverte que, quanto ao delito tipificado no art. 3º da Lei 8.137/90, por se tratar de delito funcional contra a ordem tributária, deveria a denúncia ter especifica o necessário liame subjetivo entre o paciente e os acusados funcionários públicos.

Por fim, requer seja restituída a liberdade ao paciente.

Em 17 de dezembro de 2004, o Min. Cezar Peluso concedeu liminar, a fim de que o paciente aguardasse em liberdade o julgamento deste *writ*.

Frisou, ainda, Sua Excelência, que concedeu liminar nos autos do HC 84.965 para determinar o sobrestamento do processo da Ação Penal 0480.04.005.439-2 da comarca de Matias Barbosa/MG, até o julgamento final daquele pedido de *writ*. Destacou que *é incontroversa a origem unilateral dos informativos da denúncia e que a questão de sua juridicidade está sob exame do Plenário da Corte, recomendando a prudência que se lhe aguarde o julgamento*.

Em 20 de dezembro de 2004, a Min. Ellen Gracie, no exercício da Presidência, com base no art. 580 do CPP, estendeu a liminar anteriormente deferida aos demais corréus da Ação Penal 0480.04.005.439-2 da comarca de Matias Barbosa/MG.

Em 3 de agosto de 2005, em virtude da liminar deferida, o Min. Cezar Peluso determinou a remessa dos autos à Secretaria de Processamento Judiciário para que lá aguardasse o julgamento do INQ 1.968/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio.

Por fim, diante de todo esse contexto, determinou, em 27 de junho de 2007, o sobrestamento do presente feito até a decisão final de um dos seguintes processos: HC 87.041/PA, HC 84.548/SP, ADI 3.806/DF, ADI 3.836/DF.

A Procuradoria-Geral da República opinou no sentido da concessão

HC 85.000 / MG

parcial da ordem, tão somente para trancar a ação penal em relação ao paciente, no que diz respeito à conduta descrita no art. 1º, II, da Lei 8.137/90, por ausência de prévia constituição do crédito tributário, bem como em relação ao art. 3º, IV, da mesma Lei, por ausência de descrição das circunstâncias e da identificação da vantagem financeira que o paciente teria auferido nesse crime funcional, ressaltando, em ambos os delitos, a possibilidade de oferecimento de nova denúncia.

É o relatório.

13/03/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 85.000 MINAS GERAIS**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): No presente *habeas corpus* busca o impetrante o trancamento da Ação Penal 0480.04.005.439-2 da comarca de Matias Barbosa/MG, ao argumento de inépcia da denúncia, ilegalidade nas investigações realizadas diretamente pelo Ministério Público e inobservância de condição objetiva de punibilidade — no caso, a constituição definitiva do crédito tributário. Requer, ainda, seja restituída a liberdade ao paciente.

Aduz que a denúncia não individualizou de forma devida a conduta, fazendo apenas imputações genéricas no sentido de que o paciente teria promovido a abertura de empresas fantasmas, bem como produzido notas fiscais frias, as quais seriam comercializadas com empresas efetivamente atuantes, a fim de serem utilizadas como créditos de ICMS, reduzindo os valores efetivamente devidos.

Ressalta que, ao não detalhar quais seriam as supostas notas fiscais frias e qual o montante do valor devido, a exordial acusatória estaria inviabilizando o direito à ampla defesa, além de não lhe permitir requerer a extinção da punibilidade nos termos do que previsto no art. 34 da Lei 9.249/95.

Afirma que os crimes tipificados no art. 1º da Lei 8.137/90 são materiais, havendo, portanto, a necessidade de lançamento definitivo do tributo.

Sustenta que, quanto ao delito tipificado no art. 3º da Lei 8.137/90, por se tratar de delito funcional contra a ordem tributária, deveria a denúncia ter especificado o necessário liame subjetivo entre o paciente e os acusados funcionários públicos.

Colhe-se dos documentos que, diante de ofício oriundo da Corregedoria da Secretaria de Estado de Fazenda dando conta da participação de servidores lotados em sua estrutura em práticas supostamente criminosas, a Promotoria de Justiça de Combate ao Crime

HC 85.000 / MG

Organizado do Ministério Público do Estado de Minas Gerais instaurou, em 6 de fevereiro de 2004, com fundamento no art. 26, I, da Lei 8.625/93 e no art. 67, I, da LC 34/94, procedimento administrativo investigatório.

O objetivo, com efeito, era apurar suposta associação voltada para prática de atos criminosos, ora solicitando ou recebendo vantagem indevida para deixar de lançar tributo, ora alterando ou falsificando nota fiscal, de modo a simular crédito tributário, durante o ano de 2003 até abril de 2004, na comarca de Matias Barbosa/MG.

Contra o paciente e outros 15 (quinze) corréus, foi oferecida denúncia, atribuindo-lhes a suposta prática de crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/90, art. 1º, IV, e art. 3º, II), em coautoria (CP, art. 29), de forma continuada (CP, art. 71) e em concurso material (CP, art. 69).

O paciente encontra-se incurso nas sanções do art. 1º, IV, e art. 3º, II, da Lei 8.137/90, c/c o art. 29 do CP; art. 288 do CP, na forma do art. 69 e 71 do CP.

O Ministério Público representou pela prisão preventiva de diversos acusados.

Diante da postulação ministerial, o Juízo da comarca de Matias Barbosa/MG decretou a prisão preventiva de diversos acusados, entre eles o paciente, ao fundamento de assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública.

Contra essa decisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, postulando o trancamento da ação penal, ao argumento de ausência de justa causa para seu prosseguimento. A ordem foi denegada.

Irresignada, impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça. A ordem foi denegada. Colho excerto do acórdão: *por mais que a defesa tente demonstrar o contrário, os dados para a continuidade da 'persecutio criminis' apresentam-se potencialmente viáveis, sendo, por isso, temerária a paralisação do procedimento, ainda mais quando a denúncia representa a descrição dos fatos ocorrentes e a suposta participação do denunciado, em respeito ao disposto no art. 41 do CPP, caso em que a confirmação de suas disposições será objeto da análise própria do juiz sentenciante, conforme as provas dos autos.*

HC 85.000 / MG

Daí, o presente *habeas corpus* neste Supremo Tribunal Federal.

Em 17 de dezembro de 2004, o Min. Cezar Peluso concedeu liminar, a fim de que o paciente aguardasse em liberdade o julgamento deste *writ*.

Frisou, ainda, Sua Excelência, que concedeu liminar nos autos do HC 84.965 para determinar o sobrestamento do processo da Ação Penal 0480.04.005.439-2 da comarca de Matias Barbosa/MG, até o julgamento final daquele pedido de *writ*. Destacou que *é incontroversa a origem unilateral dos informativos da denúncia e que a questão de sua juridicidade está sob exame do Plenário da Corte, recomendando a prudência que se lhe aguarde o julgamento*.

Em 20 de dezembro de 2004, a Min. Ellen Gracie, no exercício da Presidência, com base no art. 580 do CPP, estendeu a liminar anteriormente deferida aos demais corréus da Ação Penal 0480.04.005.439-2 da comarca de Matias Barbosa/MG.

Em 3 de agosto de 2005, em virtude da liminar deferida, o Min. Cezar Peluso determinou a remessa dos autos à Secretaria de Processamento Judiciário, para que lá aguardasse o julgamento do INQ 1.968/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio.

Por fim, diante de todo esse contexto, determinou-se, em 27 de junho de 2007, o sobrestamento do presente feito até a decisão final de um dos seguintes processos: HC 87.041/PA, HC 84.548/SP, ADI 3.806/DF, ADI 3.836/DF.

Feita essa necessária incursão dos fatos, passo à análise do mérito do *writ*.

Inicialmente, quanto à suposta ilegalidade das investigações realizadas diretamente pelo Ministério Público, é bem verdade que o *writ* sequer mereceria ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância, na medida em que a matéria não foi debatida perante as instâncias anteriores.

Todavia, mesmo que superado esse óbice, no julgamento do HC 84.965/MG, impetrado por corréu para discutir, entre outras, exatamente a matéria atinente ao poder de investigação do Ministério Público, a Segunda Turma deste Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em

HC 85.000 / MG

13.12.2011, reputou não haver qualquer nulidade na atuação investigativa do *Parquet* estadual, tendo determinado, por conseguinte, o prosseguimento da Ação Penal 0480.04.005.439-2 da comarca de Matias Barbosa/MG.

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL, AO ARGUMENTO DE ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INVESTIGATÓRIO PROCEDIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE NÃO-CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO CARACTERIZADA. ORDEM DENEGADA.

1. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO.

Não há controvérsia na doutrina ou jurisprudência no sentido de que o poder de investigação é inerente ao exercício das funções da polícia judiciária – Civil e Federal –, nos termos do art. 144, § 1º, IV, e § 4º, da CF.

A celeuma sobre a exclusividade do poder de investigação da polícia judiciária perpassa a dispensabilidade do inquérito policial para ajuizamento da ação penal e o poder de produzir provas conferido às partes.

Não se confundem, ademais, eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial. E esta atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida em que não está imune ao controle judicial – simultâneo ou posterior.

O próprio Código de Processo Penal, em seu art. 4º, parágrafo único, dispõe que a apuração das infrações penais e da sua autoria não excluirá a competência de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. À guisa de exemplo, são comumente citadas, dentre outras, a

HC 85.000 / MG

atuação das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3º), as investigações realizadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (Lei 9.613/98), pela Receita Federal, pelo Bacen, pela CVM, pelo TCU, pelo INSS e, por que não lembrar, *mutatis mutandis*, as sindicâncias e os processos administrativos no âmbito dos poderes do Estado.

Convém advertir que o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle.

O pleno conhecimento dos atos de investigação, como bem afirmado na Súmula Vinculante 14 desta Corte, exige não apenas que a essas investigações se aplique o princípio do amplo conhecimento de provas e investigações, como também se formalize o ato investigativo.

Não é razoável se dar menos formalismo à investigação do Ministério Público do que aquele exigido para as investigações policiais. Menos razoável ainda é que se mitigue o princípio da ampla defesa quando for o caso de investigação conduzida pelo titular da ação penal.

Disso tudo resulta que o tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. É que esse campo tem-se prestado a abusos. Tudo isso é resultado de um contexto de falta de lei a regulamentar a atuação do Ministério Público.

No modelo atual, não entendo possível aceitar que o Ministério Público substitua a atividade policial incondicionalmente, devendo a atuação dar-se de forma subsidiária e em hipóteses específicas, a exemplo do que já enfatizado pelo Min. Celso de Mello quando do julgamento do HC 89.837/DF: *“situações de lesão ao patrimônio público, [...] excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou*

HC 85.000 / MG

corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penal”.

No caso concreto, constata-se situação, excepcionalíssima, que justifica a atuação do Ministério Público na coleta das provas que fundamentam a ação penal, tendo em vista a investigação encetada sobre suposta prática de crimes contra a ordem tributária e formação de quadrilha, cometido por 16 (dezesesseis) pessoas, sendo 11 (onze) delas fiscais da Receita Estadual, outros 2 (dois) policiais militares, 2 (dois) advogados e 1 (um) empresário.

2. ILEGALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ANTE A FALTA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA NA ESPÉCIE.

De fato, a partir do precedente firmado no HC 81.611/DF, formou-se, nesta Corte, jurisprudência remansosa no sentido de que o crime de sonegação fiscal (art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990) somente se consuma com o lançamento definitivo.

No entanto, o presente caso não versa, propriamente, sobre sonegação de tributos, mas, sim, de crimes supostamente praticados por servidores públicos em detrimento da administração tributária. Anoto que o procedimento investigatório foi instaurado pelo *Parquet* com o escopo de apurar o envolvimento de servidores públicos da Receita estadual na prática de atos criminosos, ora solicitando ou recebendo vantagem indevida para deixar de lançar tributo, ora alterando ou falsificando nota fiscal, de modo a simular crédito tributário. Daí, plenamente razoável concluir pela razoabilidade da instauração da persecução penal.

Insta lembrar que um dos argumentos que motivaram a mudança de orientação na jurisprudência desta Corte foi a possibilidade de o contribuinte extinguir a punibilidade pelo pagamento, situação esta que sequer se aproxima da hipótese dos autos.

HC 85.000 / MG

3. ORDEM DENEGADA. — (HC 84.965/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgado em 13-12-2011).

Não tendo o paciente apresentado qualquer fato ou argumento jurídico novo, há de se manter o entendimento firmado por esta Turma.

Não socorre ao impetrante, também, a alegada inobservância de condição objetiva de punibilidade, no caso, a constituição definitiva do crédito tributário. Isto porque, conforme tive oportunidade de enfatizar quando do julgamento do HC 84.965/MG, a presente controvérsia não trata daquelas hipóteses ordinárias em que o contribuinte, mediante as condutas-meios descritas no artigo 1º da Lei n. 8.137/90, simplesmente *suprime* ou *reduz tributo*. Na espécie, há notícia de que os denunciados, entre eles fiscais da Receita estadual, simplesmente ignorando o dever de agir, em conluio com policiais militares, advogados e um empresário, conceberam uma união que visava a possibilitar a passagem de caminhões sem que se procedesse à devida fiscalização, o que sequer permitia o lançamento do tributo.

Ademais, insta lembrar que um dos argumentos que motivou a mudança de orientação na jurisprudência desta Corte foi a possibilidade de o contribuinte extinguir a punibilidade pelo pagamento, situação esta que sequer se aproxima da hipótese dos autos.

Por outro lado, quanto à alegada inépcia da denúncia, é firme o entendimento desta Corte no sentido de que o trancamento de ação penal ou de inquérito policial é medida de caráter excepcional, sobretudo na via estreita do *habeas corpus*.

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

No ponto, destaco que a questão atinente à técnica da denúncia tem merecido, no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, reflexão no plano

HC 85.000 / MG

da dogmática constitucional, especialmente ao direito de defesa.

É que o tema tem sérias implicações no campo dos direitos fundamentais. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do estado de direito.

Mas há outras implicações.

Quando se fazem imputações vagas, dando ensejo à persecução criminal injusta, está a violar-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que, entre nós, tem base positiva no artigo 1º, III, da Constituição.

Como se sabe, na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma *Günther Dürig* que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana [*Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.*] – (MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, 1I 18).

Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Daí, a necessidade de rigor e prudência por parte daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso.

Consoante relatado, o paciente encontra-se incurso nas sanções do art. 1º, IV, e art. 3º, II, da Lei 8.137/90, c/c o art. 29 do CP; art. 288 do CP, na forma do art. 69 e 71 do CP. Por oportuno, colho excertos da denúncia na parte em que importa:

Paulo Caetano, mesmo não sendo fiscal de tributos, integra a organização criminosa em um de seus planos de atuação, aproveitando-se de seu escritório de contabilidade. É

HC 85.000 / MG

ele responsável pela formalização de empresas fantasmas e pela produção de notas fiscais frias, que são comercializadas com empresas efetivamente atuantes, para que sejam utilizadas como créditos de ICMS, reduzindo os valores devidos efetivamente. Tem uma ligação estreita com Marcos Diniz que encaminha as notas frias produzidas para serem carimbadas pelos demais fiscais integrantes do esquema. Paulo Caetano produz as notas em branco e também chega a emitir as notas frias, realizando, ainda, contatos com empresas interessadas em participar do esquema de fraudes.

Pode-se constatar, a rigor, que a denúncia parte da premissa de ser o paciente o responsável pela formalização de “empresas fantasmas” e pela produção de notas fiscais frias, as quais são comercializadas com empresas efetivamente atuantes, a fim de serem utilizadas como créditos de ICMS, reduzindo os valores efetivamente devidos.

Tenho para mim que o membro do Ministério Público até iniciou de forma escorreita a descrição da conduta imputada ao paciente, todavia, ao longo da narrativa, acabou por não a delimitar da forma devida, conforme apontado pela Procuradoria-Geral da República às fls. 385-395.

Com efeito, a denúncia parte unicamente do fato de o paciente supostamente *aproveitar-se de seu escritório de contabilidade* para praticar condutas delituosas, não logrando estabelecer o necessário vínculo entre a conduta perpetrada e o ilícito imputado (crimes contra ordem tributária). No ponto, parece-me não ser possível subscrever a tese de que, o *status* de contador, por si só, constitua condição apta a ensejar a persecução penal.

Importante notar, também, que não há, na denúncia, em nenhum momento, a indicação das “empresas fantasmas” cuja abertura o paciente teria formalizado, bem como das que teriam sido beneficiadas pela produção de notas fiscais “frias”, para que fossem utilizadas como crédito de ICMS.

E, a despeito de estarem acostados aos autos documentos dando conta da existência de centenas de notas fiscais irregulares, ou até mesmo

HC 85.000 / MG

falsas, é certo que a exordial acusatória não delimita qual ou quais, dentre todas essas notas, teriam sido produzidas ou recebido o auxílio do paciente para sua confecção. Há, assim, evidente prejuízo ao exercício regular do contraditório e da ampla defesa.

Razão também assiste ao impetrante quanto à alegação de inépcia da denúncia na parte em que lhe é imputada a suposta prática do crime previsto no art. 3º, II, da Lei 8.137/90. Eis a disposição: *exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente.*

Como o próprio tipo permite antever, trata-se de crime próprio, porquanto só pode ser praticado por funcionário público. É bem verdade que *ser funcionário público* é uma condição pessoal, e constitui elementar dos crimes funcionais, podendo, dessa forma, nos termos do art. 30 do CP, comunicar-se a pessoas que não possuam essa qualidade, desde que tenham ciência da condição de funcionário público do agente, bem como cometam o crime funcional juntamente com ele.

No caso dos autos, reputo que a denúncia não descreveu minimamente de que modo o paciente agiu para a realização do tipo objetivo, mormente de que forma contribuiu para o suposto recebimento da vantagem financeira pelos servidores públicos – elementar do tipo.

A omissão, nesses termos, de fato importa em violação ao direito de defesa.

Quanto ao crime de quadrilha (CP, art. 288), diferentemente das imputações anteriores, é de se concluir que a denúncia descreve, de forma minuciosa, a exposição do fato criminoso, nos termos do art. 41 do CPP, permitindo ao acusado defender-se dos fatos que lhe são imputados.

E nem se diga que o fato de a denúncia ter sido considerada inepta quanto à prática de crimes contra a ordem tributária, inviabiliza a continuidade da persecução penal no que tange ao crime de quadrilha (CP, art. 288). É que, conforme ensina Rogério Greco, *o delito de quadrilha ou bando se consuma no momento em que ocorre a associação criminosa, não*

HC 85.000 / MG

havendo necessidade de ser praticado qualquer crime em virtude do qual a associação foi formada, tratando-se pois de um delito de natureza formal, bastando que os sujeitos pratiquem a conduta prevista no núcleo do tipo, para efeitos de sua consumação. – (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Especial, pg. 237. Rio de Janeiro: Impetus, 2006).

Inúmeros são os trechos da inicial acusatória que permitem inferir, em tese, o envolvimento do paciente na descrita associação criminosa objeto da denúncia. Colho alguns trechos:

Durante o ano de 2003 e até abril de 2004, na Comarca de Matias Barbosa/MG, os acusados associaram-se para, em comunhão de desígnios cometer crimes.

[...].

MARCOS DINIZ executou diversas ações nesses esquemas.

[...].

Ele também fez contatos com o acusado PAULO CAETANO, intermediando e negociando ou organizando a alienação de notas fiscais que não correspondem à operação mercantil nelas descritas, para o fim de simulação de créditos fiscais, de modo que nas operações contábeis das empresas que adquirem essas notas, não há imposto a pagar ou o valor devido é artificialmente reduzido. MARCOS DINIZ, WILSON DOMINGUES (BOLINHA) e PAULO CAETANO participam da emissão fraudulenta de notas fiscais, sendo que MARCOS DINIZ e WILSON DOMINGUES (BOLINHA) fornecem endereços como os do genitor de MARCOS DINIZ para a sede de empresas fantasmas, enquanto PAULO CAETANO é o responsável pela formalização da empresa, com o fim de possibilitar a emissão de talão de notas.

WILSON DOMINGUES (BOLA ou BOLINHA)

BOLINHA, na qualidade de fiscal, participa da organização validando as notas fiscais frias produzidas, tanto as originadas do Estado do Rio de Janeiro, quanto aquelas produzidas por PAULO CAETANO, apondo seu carimbo quando ainda estão em branco, permitindo, assim, a confecção

HC 85.000 / MG

de créditos para compensação de ICMS.
[...].

Por fim, observo não haver como se olvidar os efeitos deletérios que o tempo impõe ao processo. Explico: em 17 de dezembro de 2004, foi concedida liminar ao paciente para que aguardasse em liberdade o julgamento do presente *habeas corpus*. Em 20 de dezembro de 2004, a Min. Ellen Gracie deferiu a extensão da ordem aos corréus. Com o transcurso do tempo, porém, mostra-se inviável o mero exame analítico dos motivos autorizadores da segregação outrora considerados pelo Juízo da comarca de Matias Barbosa/MG.

É que a decisão que decreta a prisão de quem quer que seja deve demonstrar, ao tempo da constrição, sólidas evidências do real perigo que a liberdade do agente causaria à sociedade. Não havendo essa demonstração concreta e firme, deixa de ser razoável limitar o direito constitucional de ir e vir, e de responder ao processo em liberdade, protegido pela presunção da inocência [HC 72.368, rel. Min. Sepúlveda Pertence (DJ 9.6.2005); RHC 71.954, rel. Min. Sepúlveda Pertence (DJ 3.3.1995)].

E, com efeito, se à época, em tese, mostravam-se legítimos os motivos justificadores da prisão, atualmente podem não mais subsistirem.

Ademais, é certo que — com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, a qual alterou dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares — o juiz passa a dispor de outras medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, permitindo, diante das circunstâncias do caso concreto, seja escolhida a medida mais ajustada às peculiaridades da espécie, permitindo, assim, a tutela do meio social, mas também servindo, mesmo que cautelarmente, de resposta justa e proporcional ao mal supostamente causado pelo acusado.

Por essas razões, sem prejuízo dos efeitos do alvará de soltura expedido em favor do paciente, bem como da extensão da liminar deferida pela Min. Ellen Gracie aos demais corréus, e de eventual

HC 85.000 / MG

reexame por parte do magistrado de primeiro grau de fatos novos que justifiquem a restrição à liberdade ou adoção de medidas cautelares, reputo prejudicado o presente *writ*, em relação à prisão, pela perda superveniente de objeto.

Diante do exposto, o meu voto é no sentido de conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, para trancar a ação penal **em relação ao paciente — PAULO CAETANO — somente quanto às condutas previstas no art. 1º, II, e art. 3º, IV, ambos da Lei 8.137/90,** ressaltando a possibilidade de o *Parquet*, em ambos os delitos e, se entender cabível, oferecer nova denúncia.

É como voto.

13/03/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 85.000 MINAS GERAIS

V O T O

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, acompanhei o raciocínio do eminente Relator, também estou com o parecer do Ministério Público nas mãos, no mesmo sentido. Verifiquei que o eminente Relator não está estendendo os efeitos dessa decisão para os corréus, porque a situação é distinta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Eu acho que tem que se examinar, porque aqui é um contador. Na verdade, imputava-se a atuação de servidores públicos etc.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Quer dizer, a decisão de Vossa Excelência é só para este caso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Só para este caso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu acompanho integralmente.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 85.000

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : PAULO CAETANO

IMPTE.(S) : PAULO CAETANO

ADV.(A/S) : FLÁVIO PEREIRA DA COSTA BARROS

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

Decisão: *habeas corpus* parcialmente concedido para trancar a ação penal em relação ao paciente - PAULO CAETANO - somente quanto às condutas previstas no art. 1º, II, e art. 3º, IV, ambos da Lei 8.137/90, ressalvando a possibilidade de o *Parquet*, em ambos os delitos e, se entender cabível, oferecer nova denúncia, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Falou, pelo paciente, o Dr. Daniel Costa Lima da Rocha. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 13.03.2012.

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

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Karima Batista Kassab
Coordenadora