

21/09/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 101.900 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
PACTE.(S) : FLÁVIO GERDULO
IMPTE.(S) : RENATO STANZIOLA VIEIRA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 146403 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E M E N T A: "**HABEAS CORPUS**" - CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI Nº 8.137/90, ART. 1º) - CRÉDITO TRIBUTÁRIO **AINDA NÃO CONSTITUÍDO DEFINITIVAMENTE** - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL SEQUER INICIADO - **AUSÊNCIA DE TIPICIDADE PENAL** - **RECONHECIMENTO** DA CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA TÍPICA **SOMENTE POSSÍVEL APÓS A DEFINITIVA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO** - **INVIABILIDADE** DA INSTAURAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL, **MESMO** EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL, **ENQUANTO** A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO **NÃO SE REVESTIR** DE DEFINITIVIDADE - **AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA** PARA A "PERSECUTIO CRIMINIS", **SE** INSTAURADO INQUÉRITO POLICIAL **OU** AJUIZADA AÇÃO PENAL **ANTES** DE ENCERRADO, **EM CARÁTER DEFINITIVO**, O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL - **OCORRÊNCIA**, EM TAL SITUAÇÃO, **DE INJUSTO** CONSTRANGIMENTO, **PORQUE DESTITUÍDA DE TIPICIDADE PENAL** A CONDUTA OBJETO DE INVESTIGAÇÃO PELO PODER PÚBLICO - **SÚMULA VINCULANTE Nº 24/STF** - **CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE** DE PROSSEGUIMENTO DOS ATOS PERSECUTÓRIOS - **INVALIDAÇÃO**, DESDE A ORIGEM, **POR AUSÊNCIA DE FATO TÍPICO**, DO PROCEDIMENTO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL DE PERSECUÇÃO PENAL - **PEDIDO DEFERIDO**.

- **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 **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**. **Súmula Vinculante nº 24/STF**.

HC 101.900 / SP

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 Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em deferir** a ordem, **nos termos** do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Ayres Britto.

Brasília, 21 de setembro de 2010.

CELSO DE MELLO - RELATOR

21/09/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 101.900 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
PACTE.(S) : **FLÁVIO GERDULO**
IMPTE.(S) : **RENATO STANZIOLA VIEIRA E OUTRO(A/S)**
COATOR(A/S)(ES) : **RELATOR DO HC Nº 146403 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): O Ministério Público Federal, **em parecer** da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. MARIO JOSÉ GISI, **assim resumiu e apreciou** a presente impetração (**fls. 277/286**):

“ ‘HABEAS CORPUS’. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO. CRIMES DE SONEGAÇÃO TRIBUTÁRIA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA JULGADA PREJUDICADA EM RAZÃO DA CONCESSÃO DE LIMINAR NOS PRESENTES AUTOS. MÉRITO NÃO APRECIADO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESSA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTO FISCAL. NÃO COMPROVAÇÃO. TRANCAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. INVIABILIDADE. EXISTÊNCIA DE DELITO AUTÔNOMO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE DO ‘WRIT’. Parecer pelo não conhecimento do ‘writ’ e, caso conhecido, pela denegação da ordem.

.....
Trata-se de ‘habeas corpus’, com pedido de liminar, impetrado em favor de Flávio Gerdulo, contra ato denegatório de liminar da lavra do Ministro Relator

HC 101.900 / SP

Arnaldo Esteves Lima, do Superior Tribunal de Justiça, proferido no 'writ' nº 146.403/SP.

Colhe-se dos autos que a empresa do paciente - 'Nova Locação de Veículos S.C Ltda' - está sendo investigada nos autos do Inquérito Policial nº 050.08.000235-8, em curso perante o 74º Distrito Policial de São Paulo, pela suposta prática de crimes de falsidade ideológica e contra a ordem tributária, em consequência de fatos apurados pelas Secretarias da Fazenda e de Segurança Pública do Estado de São Paulo na chamada 'Operação de Olho na Placa', que tinha por finalidade identificar veículos que transitavam no Estado de São Paulo com registro de licenciamento obtidos em outros Estados da Federação, mediante fraude: as empresas forneciam dados e endereços falsos para licenciar os veículos em Estados cuja alíquota de IPVA fosse inferior àquela fixada pelo Estado de São Paulo, ou seja, 4%.

A defesa do ora paciente, entendendo haver falta de justa causa da investigação criminal, impetrou 'habeas corpus' no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a pretensão de trancamento do inquérito.

À vista disso, foi manejada nova impetração perante o Superior Tribunal de Justiça, restando o provimento liminar indeferido pelo Ministro Relator, dando azo ao presente 'writ'.

Nesta via, sustentam os impetrantes que, consoante a súmula vinculante nº 29/STF, o crime contra a ordem tributária somente pode ser apurado após o encerramento definitivo do procedimento administrativo-fiscal, sendo que, no caso, não há sequer auto de infração.

Alegam que o crime de falsidade ideológica seria crime-meio para o cometimento da sonegação fiscal, sendo por ela absorvido.

Asseguram que o caso é de flagrante ilegalidade, o que justifica a mitigação do rigor da Súmula 691/STF.

Por essas razões, requerem a concessão de medida liminar para suspender o andamento do Inquérito Policial nº 050.08.000235-8, e, no mérito, postulam seu trancamento definitivo.

Pretensão liminar deferida às fls. 220/225, para suspender a tramitação do Inquérito Policial nº 050.08.000235-8, até julgamento final do presente 'writ'.

HC 101.900 / SP

Às fls. 255/259, encontra-se petição dos impetrantes, informando que a impetração originária foi julgada prejudicada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por força da liminar concedida por esse Ministro Relator. Formulam pedido para que o feito seja regularmente processado até a final concessão da ordem, ou para tornar sem efeito a decisão proferida pela Corte Superior de Justiça no 'mandamus' lá impetrado.

É o breve relatório.

A ordem não comporta conhecimento.

O 'mandamus' foi impetrado contra decisão de **Ministro Relator do Superior Tribunal de Justiça**, denegatória de liminar em ação de 'habeas corpus'. Incide aqui, 'prima facie', o óbice do enunciado da súmula 691 deste Supremo Tribunal Federal, impedindo o conhecimento da impetração, a fim de evitar a supressão de instância.

Não fosse isso, diversa não poderia ser a solução a ser alcançada por essa Corte, já que, conforme noticiado pelos impetrantes, em sessão realizada em 20 de abril de 2010, houve o julgamento do HC nº 146.403/SP, tendo sido julgado prejudicado o pedido (fls. 260/266).

Constata-se do acórdão proferido no aludido 'writ' que a Corte Superior de Justiça deixou de apreciar o mérito da impetração, sob o argumento de que, como o STF deferiu a liminar no presente 'habeas corpus', determinando a suspensão do Inquérito Policial nº 050.08.000235-8, a pretensão já estava satisfeita. Eis os trechos que retratam a posição adotada pela Corte 'a quo':

'Preliminarmente, tenho que a pretensão deduzida nesta impetração - sobrestamento/trancamento do Inquérito Policial nº 050.08.000235-8 - está prejudicada, por perda superveniente do objeto, uma vez que, na decisão do Supremo Tribunal Federal, S. Exa., o Ministro relator do HC 101.900/SP, condicionou os efeitos da liminar (sobrestamento do IPL) ao julgamento definitivo do mérito.

Daí, qualquer que fosse a decisão proferida por esta 5ª Turma nos autos deste 'habeas corpus', seus efeitos estariam sobrestados pela decisão do Pretório Excelso, tornando-a inócua, até porque a

HC 101.900 / SP

matéria aqui discutida encontra-se, agora, em exame no âmbito de competência daquela Suprema Corte.

Nesse sentido, vale citar o recente julgado deste Tribunal Superior:

'PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO 'HABEAS CORPUS'. RELAXAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. SÚMULA 691/STF. LIMINAR CONCEDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM PREJUDICADA PELA PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O reconhecimento da nulidade (ausência de fundamentação idônea) na decretação da prisão preventiva pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em caráter precário próprio do juízo de cognição sumária da medida liminar, torna prejudicada a apreciação do mérito desta impetração de idêntico objeto, máxime quando aquela decisão vincula seu efeito ao julgamento definitivo a ser proferido por seu Órgão Colegiado. Precedentes do STJ.

2. Agravo regimental improvido, mantida a decisão que julgou prejudicado o 'habeas corpus'. (AgRg no HC 111.824/SP, minha relatoria, Quinta Turma, DJe 16/2/09)'

'PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO 'HABEAS CORPUS'. ARTIGOS 288, 293, § 1º, INCISO I, 297, 299, TODOS DO CÓDIGO PENAL, E ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93. (...) LIMINAR CONCEDIDA PELO PRETÓRIO EXCELSO. PREJUDICADO.

Deferida medida liminar pelo Exmo. Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal, relator do 'Habeas Corpus' nº 92.898/PE, determinando o relaxamento da prisão do paciente, resta sem objeto o presente 'writ', impetrado com o mesmo fim (Precedentes). Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 90.420/PE, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 5/5/08)

Ante o exposto, julgo prejudicado o presente 'writ'.'

Percebe-se que o Tribunal agiu equivocadamente ao julgar prejudicado o HC nº 146.403/SP, com base no deferimento da liminar nestes autos, uma vez que tal

HC 101.900 / SP

decisão tem natureza eminentemente precária, sendo desprovida de definitividade. Assim, deveria a Corte 'a quo' ter promovido o julgamento de mérito do 'writ' originário.

Essa, inclusive, a orientação dessa Corte Suprema, em casos que guardam perfeita sintonia com o tratado nestes autos:

'HABEAS CORPUS' SUCESSIVOS - LIMINAR DEFERIDA - ALCANCE. Ante o caráter temporário e precário, o deferimento de liminar em 'habeas' impetrado no Supremo não implica o prejuízo de idêntica medida, com o mesmo objeto, em curso no Superior Tribunal de Justiça. **PRISÃO PREVENTIVA - EXCESSO DE PRAZO.** Verificado o excesso de prazo, considerados os elementos de certo processo, impõe-se a concessão de ordem de ofício'.
(HC 92.544/PE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgamento: 10/06/2008, Órgão julgador: Primeira Turma, Publicação Dje - 162, DIVULG 28-08-2008, PUBLIC 29-08-2008, EMENT VOL - 02330-03, PP - 00465).

Não obstante isso, o fato é que o mérito do 'habeas corpus' originário não foi analisado, ficando vedado o exame da presente impetração por este Pretório Excelso, sob pena de indevida supressão de instância.

Não bastasse, verifica-se que os impetrantes não juntaram aos autos a documentação comprobatória de suas alegações, no sentido de inexistir autuação fiscal em desfavor da empresa do paciente, o que inviabiliza o conhecimento do 'writ', diante da impossibilidade de aferição da ilegalidade supostamente perpetrada, consubstanciada na instauração de inquérito para apuração de crime tributário sem o exaurimento da instância administrativo-fiscal, apta a respaldar a impetração.

Frise-se que constitui ônus do impetrante a instrução adequada do remédio constitucional, com documentos necessários ao exame da pretensão posta em juízo.

A propósito:

'Apesar do silêncio da lei, é também conveniente que a petição de 'habeas corpus' seja instruída por documentos aptos a demonstrar a

HC 101.900 / SP

ilegalidade da situação de constrangimento ou ameaça trazidos a conhecimento do órgão judiciário: embora a omissão possa vir a ser suprida pelas informações do impetrado ou por outra diligência, determinada de ofício pelo juiz ou tribunal, é do interesse do impetrante e do paciente que desde logo fique positivada a ilegalidade. (Recursos no Processo Penal, 4ª ed. rev. amp. e atual., Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 366.)'

Sobre o assunto, leciona a jurisprudência:

'HABEAS CORPUS' - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DO ESTADO - PACIENTE QUE CONSTITUIU DEFENSOR TÉCNICO - PEDIDO INSUFICIENTEMENTE INSTRUÍDO - INDEFERIMENTO - RESSALVA QUANTO À RENOVAÇÃO DO PLEITO. - A ação de 'habeas corpus' - que possui rito sumaríssimo - não comporta, em função de sua própria natureza processual, maior dilação probatória, eis que ao impetrante compete, na realidade - sem prejuízo da complementação instrutória ministrada pelo órgão coator -, subsidiar, com elementos documentais pré-constituídos, o conhecimento da causa pelo Poder Judiciário. - A utilização adequada do remédio constitucional do 'habeas corpus' impõe, em consequência, seja o 'writ' instruído, ordinariamente, com documentos suficientes e necessários à análise da pretensão de direito material nele deduzida. - A existência de dúvidas fundadas, especialmente quando relativas à própria consumação da prescrição penal, impõe o indeferimento do pedido, sem prejuízo de sua renovação, uma vez suficientemente instruído com os elementos de informação necessários à descaracterização da incerteza constatada.' (...) (HC 68.698/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 21/02/1992, p. 01694).

'HABEAS CORPUS'. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE PEÇAS ESSENCIAIS À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Se o impetrante não instruiu os autos com o acórdão impugnado e com a decisão de primeiro grau, peças essenciais à compreensão da controvérsia, e o

HC 101.900 / SP

Tribunal de origem não traz nenhuma informação adicional, é inviável o conhecimento da impetração.

2. Ordem não conhecida.'

(HC 48.942/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA - DJ de 04/09/2006).

De resto, não fossem os óbices apontados, não é possível dar ao presente caso o desfecho reclamado na inicial.

De observar-se que o inquérito penal foi instaurado para apurar 'crimes de falsidade ideológica e crime contra a ordem tributária', e a jurisprudência desse Pretório Excelso, que favorece o paciente, sintetizada na súmula vinculante nº 24, restringe-se aos casos específicos de crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/90.

É dizer, o fato de não haver procedimento administrativo fiscal em curso ou já concluído no âmbito da Receita Federal em nada interfere, 'in casu', no prosseguimento do inquérito penal, que também tem como objeto a apuração de possível crime de falsidade ideológica.

Nesse sentido, inclusive, já se pronunciou essa Suprema Corte, em caso idêntico, como se observa do trecho do acórdão proferido nos autos do HC 95.974/SP, impetrado em favor do ora paciente, igualmente para trancar inquérito policial por suposta prática de falsidade ideológica e crime fiscal:

'(...)

Narram os impetrantes, em suma, que os representantes legais da empresa Nova Locação de Veículos Ltda., entre eles o paciente, estão sendo investigados pela prática, em tese, dos delitos previstos na Lei 8.137/90 e no art. 299 do Código Penal.

(...)

Sustentam, em síntese, a atipicidade da conduta em face da ausência de procedimento administrativo fiscal e, por conseguinte, a ilegalidade da investigação penal.

(...)

Requerem, ao final, o deferimento de medida liminar, para suspender o andamento do Inquérito Policial 050.08.046360-6 (DIPO 4 - São Paulo/SP),

HC 101.900 / SP

e, no mérito, seu trancamento definitivo por falta de justa causa.

(...) **mostra-se inviável** o trancamento do inquérito policial, uma vez que resta ser apurada a suposta prática do crime de falsidade ideológica. Como bem asseverou o ilustre membro do 'Parquet' Federal:

'O trancamento do inquérito na atual fase, de colheita de informações, implicaria negar a independência entre as instâncias penal e administrativa. Além disso, importa ressaltar que aquele que responde a uma autuação fiscal - e, por isso, pela jurisprudência atual desse Eg. Tribunal não pode ser processado até que se ultime a constituição do crédito tributário - não se confunde com aquele que, eventualmente, participe de crimes outros e tenha, com o produto ou o resultado destes, se beneficiado de alguma forma.

Ademais, se não há autuação fiscal, ou, eventualmente, a mesma nunca for aberta, porque não requisitada, é inaceitável - a prosperar as razões da impetração - que nunca se possa abrir inquérito policial por sonegação fiscal, por exemplo, diante de crimes antecedentes ou de crimes correlatos autônomos (falsidade ideológica ou material, como no caso) ou, ainda, daqueles elencados no art. 2º da Lei nº 8.137/1990' (fl. 87 - grifos no original).

No mesmo sentido, menciono as seguintes decisões: HC 88.162/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 85.949/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 84.423/RJ, Rel. Min. Carlos Britto.

Impende salientar, ainda, que, nesta fase investigatória, pouco importa a classificação dada aos fatos em apuração pela autoridade policial. A correta tipificação das condutas eventualmente imputadas aos acusados deverá ser feita pelo Ministério Público Estadual, por ocasião do oferecimento da denúncia.

(...)

HC 101.900 / SP

Isto posto e, sobretudo, com o intuito de evitar indevida supressão de instância, denego a ordem'.

Esta a ementa do referido julgado:

'EMENTA: 'HABEAS CORPUS'. PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. SÚMULA 691 DO STF. ILEGALIDADE MANIFESTA. INOCORRÊNCIA. DELITOS AUTÔNOMOS. JURISPRUDÊNCIA DO STF. ORDEM DENEGADA. I - O indeferimento do 'habeas corpus' pelo Superior Tribunal de Justiça encontra amparo na Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, que somente admite mitigação na presença de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. II - Incidência da mencionada Súmula, sob pena de supressão de instância. III - Inviabilidade do trancamento de inquérito policial face à possível existência de outros delitos formais e autônomos. IV - 'Habeas corpus' denegado.'

E nem se diga, nesta fase embrionária das investigações, ser aplicável o princípio da consunção. Tal conclusão mostra-se prematura, mormente porque os autos não se encontram instruídos com toda a documentação do Inquérito Policial nº 050.08.000235-8, sendo impossível assegurar, sem qualquer sombra de dúvida, que o suposto falso tenha sido perpetrado exclusivamente para a prática, em tese, do crime fiscal.

Ante o exposto, opinamos pelo não conhecimento do 'writ' e, caso conhecido, pela denegação da ordem."
(grifei)

É o relatório.

HC 101.900 / SP

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de "*habeas corpus*" impetrado contra decisão que, emanada de eminente Ministro de Tribunal Superior da União **em sede** de processo idêntico **instaurado** no Superior Tribunal de Justiça (HC 146.403/SP), havia denegado medida liminar requerida **em favor** do ora paciente.

Quando do exame da medida liminar pleiteada, entendi inaplicável, ao caso, a Súmula 691/STF e deferi o pedido de medida cautelar.

Cabe destacar, inicialmente, um dado processualmente relevante, **que resultou** de fato superveniente à própria impetração **do presente "*habeas corpus*".**

Refiro-me à decisão, recentemente proferida pela Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça nos autos **do HC 146.403/SP**, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, que julgou prejudicada essa mesma ação de "*habeas corpus*", em virtude da medida cautelar por mim deferida **nos presentes** autos.

HC 101.900 / SP

O aspecto que venho de ressaltar já basta, só por si, considerada a evidente lesividade daquela decisão aos direitos do ora paciente, para viabilizar o conhecimento da presente ação de "habeas corpus", afastada, em consequência, por não mais invocável, a incidência - restritiva - da Súmula 691/STF.

Possível, desse modo, o exame do fundo da controvérsia veiculada na presente impetração.

Observe, inicialmente, que a denominada "Operação Olho na Placa", desencadeada pelas autoridades estaduais paulistas, motivou a suscitação de diversos conflitos de competência entre órgãos judiciais do Estado de São Paulo e do Estado do Paraná, todos dirimidos pela Terceira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, que declarou competente o Poder Judiciário paulista, por reconhecer configurada, em contexto idêntico ao que ora se examina, a ocorrência de delito contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90), afastada a caracterização do crime de falsidade ideológica (CP, art. 299):

"Crime contra a ordem tributária. Supressão ou redução de tributo. Imposto sobre propriedade de veículos automotores. Licenciamento. Unidade da Federação diversa.

1. O licenciamento de veículo em unidade da Federação que possua alíquota do imposto sobre propriedade de veículo automotor menor do que a alíquota em cujo Estado reside o proprietário do

HC 101.900 / SP

veículo, em vez de configurar o crime de falsidade ideológica - em razão da indicação de endereço falso -, caracteriza a supressão ou redução de tributo.

2. Em casos tais, a competência para processar e julgar infração dessa natureza é da Justiça do Estado contra o qual se praticou crime em detrimento do fisco. **Ademais**, a supressão ou redução de tributo é delito material, consumando-se no local em que ocorrido o prejuízo decorrente da infração, isto é, onde situado o erário que deixou de receber o tributo.

3. Conflito do qual se conheceu, declarando-se competente o suscitado."

(**CC 96.964/PR**, Rel. Min. NILSON NAVES - grifei)

Essa orientação - reafirmada no julgamento colegiado **do CC 96.939/PR**, Rel. Min. NILSON NAVES - **tem sido observada**, no âmbito do E. Superior Tribunal de Justiça, **em inúmeras** outras decisões (**CC 100.927/PR**, Rel. Min. JORGE MUSSI - **CC 101.024/PR**, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA - **CC 102.885/PR**, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - **HC 132.756/SP**, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - **HC 146.404/SP**, Rel. Min. NILSON NAVES, v.g.).

Resulta claro de todos esses julgamentos - colegiados e monocráticos - **que o delito** alegadamente praticado **seria** aquele definido **no art. 1º** da Lei nº 8.137/90, **eis que** o "*crimen falsi*" **teria constituído** meio para o cometimento do delito-fim, **resolvendo-se** o conflito aparente de normas **pela aplicação** do postulado da consunção, **de tal modo** que a vinculação **entre** a falsidade ideológica

HC 101.900 / SP

e a sonegação fiscal permitiria reconhecer, em referido contexto, a preponderância do delito contra a ordem tributária:

"PROCESSO PENAL. 'HABEAS CORPUS'. FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRÉVIO 'WRIT'. TRANCAMENTO DA SONEGAÇÃO FISCAL. DELITOS PRATICADOS NO MESMO CONTEXTO. 'FALSUM' QUE SE ESGOTA NO CRIME FISCAL. CONSUNÇÃO. RECONHECIMENTO.

1. Quando manifesto o vínculo entre a falsidade ideológica e a sonegação fiscal, é possível o reconhecimento na consunção na angusta via do 'habeas corpus'. 'In casu', em meio à Operação 'De Olho na Placa', esta Corte já reconheceu que o suposto esquema envolveria 'falsum' que se esgotaria no crime fiscal - chancelando a absorção do crime meio (falsidade) pelo crime fim (sonegação). **Precedentes.**

2. Ordem concedida para trancar o inquérito policial n.º 050.08.004073-0, do 7.º Distrito Policial (Lapa) da Capital do Estado de São Paulo."

(HC 132.756/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - grifei)

"Imposto sobre propriedade de veículos automotores (supressão ou redução). Licenciamento (unidade da Federação diversa). Falsidade ideológica (descaracterização). Inquérito (extinção).

1. Em vez de configurar o crime de falsidade ideológica - em razão da indicação de endereço falso -, o licenciamento de automóvel em unidade da Federação que possua alíquota do imposto sobre propriedade de veículo automotor menor do que a alíquota em cujo Estado reside o proprietário do veículo caracteriza a supressão ou redução de tributo.

2. Ademais, em caso tal, se falsidade houvesse, estaria absorvida. **Precedentes.**

3. 'Habeas corpus' concedido para se extinguir o inquérito sem prejuízo de outro, se e quando oportuno."
(HC 146.404/SP, Rel. Min. NILSON NAVES - grifei)

Cumpr **ter** **presente** que o reconhecimento da configuração de crime contra a ordem tributária, na espécie, **torna** **pertinente** a

HC 101.900 / SP

invocação da Súmula Vinculante nº 24, pois, como tenho ressaltado em julgamentos de que fui Relator nesta Corte (HC 84.092/CE - HC 84.262/DF - HC 86.032/RS - HC 90.957/RJ), revela-se juridicamente **inviável** a instauração de persecução penal, **mesmo** na fase investigatória, **enquanto não se concluir**, perante órgão competente da administração tributária, **o procedimento fiscal** tendente a constituir, **de modo definitivo**, o crédito tributário:

" 'HABEAS CORPUS' - CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI Nº 8.137/90, ART. 1º) - CRÉDITO TRIBUTÁRIO AINDA NÃO CONSTITUÍDO DEFINITIVAMENTE - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL AINDA EM CURSO QUANDO OFERECIDA A DENÚNCIA - AJUIZAMENTO PREMATURO DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE TIPICIDADE PENAL - RECONHECIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA TÍPICA SOMENTE POSSÍVEL APÓS A DEFINITIVA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - INVIABILIDADE DA INSTAURAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL, ENQUANTO A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO SE REVESTIR DE DEFINITIVIDADE - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A 'PERSECUTIO CRIMINIS', SE INSTAURADO INQUÉRITO POLICIAL OU AJUIZADA AÇÃO PENAL ANTES DE ENCERRADO, EM CARÁTER DEFINITIVO, O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL - OCORRÊNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO, PORQUE DESTITUÍDA DE TIPICIDADE PENAL A CONDUTA OBJETO DE INVESTIGAÇÃO PELO PODER PÚBLICO - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DOS ATOS PERSECUTÓRIOS - INVALIDAÇÃO, DESDE A ORIGEM, POR AUSÊNCIA DE FATO TÍPICO, DO PROCEDIMENTO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL DE PERSECUÇÃO PENAL - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - 'HABEAS CORPUS' **CONHECIDO, EM PARTE, E, NESSA PARTE, DEFERIDO.**

- 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

HC 101.900 / SP

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 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.

- A questão do início da prescrição penal nos delitos contra a ordem tributária. Precedentes."
(HC 85.047/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma)

Essa diretriz sumular, impregnada de eficácia vinculante, reflete orientação jurisprudencial predominante no Supremo Tribunal Federal, como a demonstram, entre outros (HC 84.345/PR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - HC 85.329/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 86.236/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO - HC 91.725/SP, Rel. Min. EROS GRAU - HC 93.209/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - HC 96.055/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.), os julgamentos consubstanciados em acórdãos assim ementados:

"'Habeas Corpus'. 1. Pedido de trancamento de inquérito policial. 2. Crime de sonegação fiscal. 3. A pendência do procedimento administrativo-fiscal impede a

HC 101.900 / SP

instauração da ação penal, como também do inquérito policial. Precedentes: PET (QO) nº 3.593/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, unânime, DJ 2.3.2007; HC nº 84.345/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unânime, DJ 24.3.2006; HC (AgR) nº 88.657/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ 10.8.2006; HC nº 87.353/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, unânime, DJ 19.12.2006; e HC nº 88.994/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJ 19.12.2006. **4. Inquérito policial instaurado antes de devidamente concluído o procedimento administrativo-fiscal. Posterior encerramento da instância administrativa fiscal e a constituição definitiva do crédito tributário não convalida o inquérito policial aberto anteriormente. 5. 'Habeas Corpus' deferido."**
(**HC 89.902/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES, **Segunda Turma** - grifei)

"PROCESSO PENAL E PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DELITO DE NATUREZA MATERIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 1º DA LEI 8.137/90. IMPOSSIBILIDADE DE PROCEDER-SE A QUALQUER ATO DE CUNHO PERSECUTÓRIO PENAL ANTES DA FORMAÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INTELIGÊNCIA DA DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1.571, REL. MIN. GILMAR MENDES. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STF. ENTENDIMENTO JÁ VIGENTE À ÉPOCA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. E HOJE CONSOLIDADO NA SÚMULA VINCULANTE 24. ORDEM CONCEDIDA.

I - Os delitos previstos no art. 1º da Lei 8.137/90 são de natureza material, exigindo, para a sua tipificação, a constituição definitiva do crédito tributário para o desencadeamento da ação penal.

II - Carece de justa causa qualquer ato investigatório ou persecutório judicial antes do pronunciamento definitivo da administração fazendária no tocante ao débito fiscal de responsabilidade do contribuinte.

III - O entendimento fixado na ADI 1.571 reafirmou a jurisprudência do STF no sentido de que a constituição definitiva do crédito tributário configura condição necessária para o início da 'persecutio criminis', sendo equivocada a interpretação do julgado em questão pelo primeiro e segundo graus de jurisdição.

HC 101.900 / SP

IV - Entendimento já pacificado por ocasião do recebimento da denúncia e, hoje, consolidado na Súmula Vinculante 24.

V - Ordem concedida."

(HC 97.118/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma - grifei)

Com efeito, revela-se juridicamente **inviável** a instauração de persecução penal, mesmo na fase investigatória, enquanto não se concluir, perante órgão competente da administração tributária, o procedimento fiscal tendente a constituir, de modo definitivo, o crédito tributário.

Enquanto tal não ocorrer, a exemplo do que sucede neste caso, **estar-se-á** diante de comportamento **desvestido** de tipicidade penal (RTJ 195/114), **a evidenciar**, portanto, **a impossibilidade jurídica** de adotar-se, validamente, **contra** o (suposto) devedor, **qualquer** ato de persecução penal, seja na fase pré-processual (inquérito policial), seja na fase processual ("persecutio criminis in judicio"), pois - todos sabemos - comportamentos atípicos (como na espécie) não justificam, por razões óbvias, a utilização, pelo Estado, de medidas de repressão criminal.

Os fundamentos em que se apóia a presente impetração, por isso mesmo, revestem-se de inquestionável relevo jurídico,

HC 101.900 / SP

especialmente se se considerar a existência dos precedentes que venho de mencionar.

Sendo assim, em face das razões expostas, defiro o pedido de "habeas corpus", para determinar, por ausência de tipicidade penal, a extinção de procedimento investigatório (Inquérito Policial nº 050.08.000235-8), ora em tramitação perante o 74º Distrito Policial de São Paulo/SP.

É o meu voto.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 101.900

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

PACTE.(S) : FLÁVIO GERDULO

IMPTE.(S) : RENATO STANZIOLA VIEIRA E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : RELATOR DO HC Nº 146403 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Deferida a ordem, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Ayres Britto. **2ª Turma**, 21.09.2010.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Ayres Britto.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador