



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 23.723 - MG (2008/0117926-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
RECORRENTE : PAULO SÉRGIO DE SOUZA
ADVOGADO : JOÃO ADELMO FORESTO
RECORRIDO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGOS 1º, INCISO I, COMBINADO COM O ARTIGO 11, DA LEI 8.137/1990, E ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL). ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. CONCESSÃO DA ORDEM PELA CORTE DE ORIGEM A CORRÉU. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO ESSENCIAL PARA O DESLINDE DA QUESTÃO. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Conquanto não haja dúvidas de que o lançamento definitivo do tributo é indispensável à própria caracterização do crime material contra a ordem tributária, o certo é que, no caso dos autos, não há documentação hábil a comprovar que não teria ocorrido a conclusão do procedimento administrativo fiscal.

2. O rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente. Precedentes.

3. Ademais, a concessão da ordem em *habeas corpus* impetrado na origem em favor de corréu não implica, necessariamente, o trancamento da ação penal em relação ao recorrente, notadamente porque inexistem nos autos quaisquer elementos de convicção que evidenciem estar-se diante de situações fático-jurídicas semelhantes.

4. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de novembro de 2010. (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 23.723 - MG (2008/0117926-0)

RECORRENTE : PAULO SÉRGIO DE SOUZA
ADVOGADO : JOÃO ADELMO FORESTO
RECORRIDO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por PAULO SÉRGIO DE SOUZA, contra acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que denegou a ordem nos autos do HC n. 2007.01.00.047479-5, mantendo a ação penal instaurada contra o recorrente.

Noticiam os autos que o recorrente foi denunciado, com outros corréus, como incurso nas sanções do artigo 1º, inciso I, combinado com o artigo 11, ambos da Lei 8.137/1990, na forma do artigo 71 do Código Penal.

Alega-se que a peça acusatória teria sido recebida sem a observância de condição objetiva de punibilidade, uma vez que não teria ocorrido o necessário encerramento do procedimento administrativo fiscal, não havendo débito tributário definitivamente constituído.

Aduz-se que o mencionado procedimento administrativo teria sido iniciado apontando diversos acusados, sendo que um deles, Saad Barbar, seria o "mentor" de um esquema de sonegação fiscal, ao passo que os demais, inclusive o paciente, seriam "laranjas" da citada estrutura montada para a supressão ou redução de tributos.

Afirma-se que Saad Barbar já não mais figuraria na ação penal em questão, porquanto, diante da procedência de ação anulatória de débito fiscal por ele ajuizada, a Corte de origem concedeu a ordem em *writ* lá impetrado para excluí-lo do processo criminal em comento.

Nesse passo, sustenta-se que o mesmo vício que ensejou o trancamento da ação penal com relação a Saad Barbar também autorizaria a concessão da ordem no *mandamus* impetrado em favor do paciente, o que preservaria a necessária harmonia das decisões judiciais referentes a um mesmo fato.

Contra-arrazoadas a irresignação (fls. 226/231), o Ministério Público



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal, em parecer de fls. 216/219, ratificado às fl. 235, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 23.723 - MG (2008/0117926-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, o trancamento da ação penal instaurada contra o recorrente por delito contra a ordem tributária, ao argumento de que não haveria crédito fiscal definitivamente constituído, o que ensejaria a falta de justa causa para a persecução criminal.

Segundo consta dos autos, o recorrente foi denunciado, juntamente com outros corréus, pela suposta prática do delito previsto no artigo 1º, inciso I, combinado com o artigo 11, ambos da Lei 8.137/1990, na forma do artigo 71 do Código Penal, extraindo-se da peça acusatória os seguintes trechos:

"Nos autos de ação fiscal instaurada para verificar o cumprimento das obrigações tributárias pela sobredita empresa, os denunciados, regulamente intimados para apresentarem os extratos da empresa 'Três R Ltda' que deram origem à movimentação financeira efetuada no ano calendário de 1998, e os livros fiscais competentes, por várias oportunidades (fls. 151, 154, 157, 160, 163, 165, 171, 173, 221, 223, 252, 294, 1370, 1374, 1435, 1438, 1440) quedaram-se inertes. Diante disso, os auditores da Receita Federal, através do procedimento fiscal em anexo, constataram a existência de crédito tributário em favor da Fazenda Nacional na ordem de R\$ 10.126.182,96 (dez milhões, cento e vinte e seis mil, cento e oitenta e dois reais e noventa e seis centavos), conforme Termo de Encerramento acostado às fls. 1.630, volume VI. Com o escopo de comprovar os fatos levantados, foram realizadas diversas diligências junto à Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, a clientes da empresa 'Três R Produtos Alimentícios Ltda' bem como frente ao banco Bradesco S/A.

Os acusados não escrituraram, tampouco declararam ao Fisco, a entrada de receita concernente a emissão de Nota Fiscal de venda no período de janeiro/1999 a abril/1999. Ademais, os autores omitiram a entrada de valores creditados na conta bancária da empresa 'Três R Produtos Alimentícios Ltda', no ano calendário de 1998, não comprovando a origem dos recursos utilizados nessas operações, apesar de regularmente intimados para esse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fim.

Nessa senda, os denunciados ocultaram renda tributável à Administração Tributária Federal concernente ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica, à Contribuição para o Programa de Integração Social, à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social e à Contribuição Social, cujos valores estão nos autos de infração de fls. 1.504/1.507, 1.512/1.515, 1.520/1.523 e 1.528/1.531, e discriminados a seguir." (fls. 31/32).

A respeito da participação do recorrente, eis o que consignou o órgão ministerial:

*"Os denunciados **Luiz Roberto Soares Moretti, Luiz Carlos Saraceni, José Antônio Vieira, Antônio Otávio da Silva Lopes, Aparecia Armelim, Paulo Sérgio de Souza, Helielma Tiago dos Santos, Heli de Oliveira Santos**, na qualidade de procuradores da empresa 'Três R Produtos Alimentícios Ltda', com amplos poderes de administração e gestão, bem como o denunciado Luiz Antônio do Carmo, contador da empresa investigada, suprimiram tributos e contribuições sociais omitindo informações às autoridades fazendárias, perfazendo um total de R\$ 10.126.182,96 (dez milhões, cento e vinte e seis mil, cento e oitenta e dois reais e noventa e seis centavos).*

(...)

*Os denunciados **Paulo Sérgio de Souza**, procuração às fls. 53 e **José Antônio Vieira**, procuração às fls. 53, regularmente intimados para comprovar a origem dos valores creditados nas contas correntes da empresa 'Três R Produtos Alimentícios Ltda' durante o ano calendário de 1998, bem como para apresentar a escrituração comercial e fiscal (fls. 297 e 320), não juntaram a documentação requisitada.*

*Consta que **Paulo Sérgio de Souza e José Antônio Vieira** laboravam para a empresa 'Frigorífico Campina Verdade Ltda', cujo proprietário de fato é o denunciado Saad Barbar, bem como eram procuradores da empresa 'Três R Produtos Alimentícios Ltda', inclusive sendo responsáveis pela movimentação bancária desta última, conforme demonstram os documentos fornecidos pelo banco BRADESCO S/A, fls. 1.792, 1.795/1.797, 1.806, 1.808 e 1.817, restando claro, desta forma, a participação dos sobreditos acusados como 'laranjas' no presente esquema de sonegação de tributos e contribuições sociais." (fls. 33/36).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O posicionamento dos Tribunais Superiores é firme no sentido de que o esgotamento da via administrativa, com a constituição definitiva do crédito fiscal, é imprescindível para que seja instaurada ação penal por crimes materiais contra a ordem tributária, à exemplo do apurado no processo criminal em questão.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. RECURSO QUE BUSCA O RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL DIANTE DE SUA INSTAURAÇÃO TER SE DADO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

I - O Plenário do Pretório Excelso ao julgar o HC 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 13/05/2005, firmou o entendimento, que posteriormente veio a ser seguido também nesta Corte, de que nos crimes contra a ordem tributária a constituição definitiva do crédito tributário e conseqüente reconhecimento de sua exigibilidade (an debeatur) e valor devido (quantum debeatur) configura uma condição objetiva de punibilidade, ou seja, se apresenta como um requisito cuja existência condiciona a punibilidade do injusto penal (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte).

II - Dessarte, o início da persecutio criminis in iudicio, ou até mesmo a instauração de inquérito policial, somente se justificam após a constituição definitiva do crédito tributário, sendo flagrante o constrangimento ilegal decorrente da inobservância deste dado objetivo.

III - Na presente hipótese a constituição definitiva do crédito tributário tão-somente ocorreu após a prolação da r. sentença condenatória, patente, portanto, a ausência de justa causa para a ação penal no que concerne a persecução penal relativa à prática do crime contra a ordem tributária.

Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal.

Prejudicada a análise dos demais tópicos do recurso.

(REsp 1113568/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 03/05/2010)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FALTA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE.

1. De acordo com o entendimento desta Corte e do Excelso Pretório, constatada a falta de constituição definitiva de crédito tributário perante a esfera administrativa, impõe-se o trancamento do inquérito policial ou da ação penal instaurados para apuração do crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/90, por falta de condição objetiva de punibilidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 778.228/PA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 08/03/2010)

Atualmente, tal entendimento encontra-se cristalizado na Súmula Vinculante 24, assim redigida:

"Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo."

Pois bem. Conquanto não haja dúvidas de que o lançamento definitivo do tributo é indispensável à própria caracterização do crime material contra a ordem tributária, o certo é que, no caso dos autos, não há documentação hábil a comprovar que não teria ocorrido a conclusão do procedimento administrativo fiscal.

Com efeito, o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Sodalício:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. QUADRILHA ARMADA. CAUSA DE AUMENTO. INCIDÊNCIA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA.

I - O habeas corpus, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas já que o seu procedimento não admite dilação probatória (Precedentes). In casu, não há qualquer documento que comprove que os maus antecedentes levados em consideração pelo órgão julgador para fixar a pena-base acima do mínimo legal seriam de fato inquéritos ou processos em andamento, razão pela qual deve ser preservada, neste ponto, a r. sentença condenatória.

(...)

Ordem denegada.

(HC 160.286/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 09/08/2010)

HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PACIENTE CONDENADO À PENA RESTRITIVA DE DIREITOS, MANTIDA NO JULGAMENTO DO RECURSO DEFENSIVO. INTERROGATÓRIO DO RÉU



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REALIZADO DEPOIS DA PUBLICAÇÃO DA LEI 10.792/2003. AFIRMAÇÃO DE QUE O ATO PROCESSUAL FOI REALIZADO SEM A PRESENÇA DE DEFENSOR CONSTITUÍDO OU NOMEADO NÃO COMPROVADA NOS AUTOS. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE ALEGAÇÃO OPORTUNA. PRECLUSÃO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

(...)

2. Refoge à via do habeas corpus, ação constitucional que demanda prova pré-constituída, o exame de alegações sem suporte probatório dos autos. Reconhecer a aventada nulidade, no caso, demandaria amplo reexame dos fatos e das provas, inviável em sede de habeas corpus, até mesmo porque o constrangimento não foi suscitado perante a Corte a quo.

(...)

4. Habeas corpus denegado.

(HC 118.768/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/04/2010, DJe 24/05/2010)

Ademais, a concessão da ordem em *habeas corpus* impetrado na origem em favor do corréu Saad Barbar não implica, necessariamente, o trancamento da ação penal em relação ao recorrente, notadamente porque inexistem nos autos quaisquer elementos de convicção que evidenciem estar-se diante de situações fático-jurídicas semelhantes.

Quanto ao ponto, merecem menção os argumentos expendidos pela Procuradoria Regional da República da 1ª Região nas contrarrazões apresentadas ao presente recurso ordinário constitucional:

*"Com efeito, o recorrente pleiteia, na verdade, a **extensão da ordem** concedida ao corréu **SAAD BARBAR**, nos autos do HC n. 2007.01.00.003785-9/MG.*

*Todavia, as **situações fático-jurídicas** do recorrente e do corréu SAAD BARBAR são **distintas**. Isso porque, o referido corréu ajuizou a **ação ordinária nº 2004.38.02.002624-1**, cuja sentença lhe foi favorável, na medida em que **'anulou parcialmente o auto de infração constante do Procedimento nº 10650.001109/2002-33, para excluir o autor SAAD BARBAR da imputação pelo referido crédito fiscal'**.*

Sendo assim, uma vez excluído do Procedimento Administrativo Fiscal, por força da referida sentença, houve por bem a e. 4ª Turma trancar a ação penal em relação ao corréu SAAD BARBAR.

*Ressalte-se, na oportunidade, que a e. 7ª Turma do T.R.F/1ª Região, ao julgar em **23/2/2010** a **ApReeNec 2004.38.02.002624-1/MG**, deu provimento à apelação*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*interposta pela Fazenda Nacional e à remessa oficial para **reformular a sentença**, nos termos assim ementados, verbis:*

(...)

*Em suma, nos autos da ação ordinária nº 2004.38.02.002624-1/MG, **apenas** o corréu SAAD BARBAR logrou, em primeiro grau de jurisdição, ser excluído do Procedimento Administrativo Fiscal, razão pela qual obteve o trancamento da ação penal.*

*Sendo assim, **havendo diversidade de situações pessoais**, não há como deferir ao recorrente o pedido de extensão dos benefícios concedidos ao corréu SAAD BARBAR." (fls. 227/228).*

Não se vislumbra, assim, qualquer ilegalidade na manutenção da ação penal instaurada contra o recorrente, não merecendo reparos o aresto objurgado, que recebeu a seguinte ementa:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. JUSTA CAUSA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LEI N. 8.137/1990, ARTIGO 1º. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência sedimentada dos tribunais é no sentido de que não cabe o trancamento da ação penal quando a denúncia descreve fatos que, em tese, configuram a prática de crime e há indícios de autoria e de materialidade.

2. Quanto à alegação de que não consta decisão definitiva do processo administrativo para fins de representação de ação penal, o Impetrante nada comprovou." (fl. 189).

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao presente recurso ordinário constitucional.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0117926-0

RHC 23.723 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1792004 200438020031171 200438020033216 200538020023311 200638020003416
200701000037859 200701000474795

EM MESA

JULGADO: 09/11/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PAULO SÉRGIO DE SOUZA
ADVOGADO : JOÃO ADELMO FORESTO
RECORRIDO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de novembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário