



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.211.481 - SP (2010/0156185-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
R.P/ACÓRDÃ : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
O

RECORRENTE : CARLOS ALBERTO DOS REIS
ADVOGADO : JOÃO SIMÃO NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, INC. I, DA LEI N. 8.137/90). NULIDADE DA AÇÃO PENAL POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. LANÇAMENTO DEFINITIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO E/OU CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE INEXISTENTE À ÉPOCA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA (STF, HC N. 81.611/DF). CONTROVÉRSIA JURÍDICA QUE PERDUROU NOS TRIBUNAIS ESTADUAIS E NO PRÓPRIO STJ. SALVAGUARDA DAS AÇÕES PENAIS PROCESSADAS E JULGADAS NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA NESSE PERÍODO. CERTEZA DO DIREITO. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. SÚMULA VINCULANTE N. 24-STF. FORÇA COERCIVA. *STARE DECISIS*. ATENDIMENTO AO SOBREPRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Nos poucos mais de 6 anos que separam o julgamento do HC n. 81.611-DF (DJ 10.12.2003) e a Súmula Vinculante n. 24 (DOU 11.12.2009) – o que evidencia o amplo e duradouro debate nos diversos julgados que antecederam e respaldaram o amadurecimento da proposta do aludido verbete –, não há dificuldade em encontrar pronunciamentos dos Tribunais pátrios ora pela manutenção da independência entre as instâncias administrativa e penal, ora em atendimento à orientação do Pretório Excelso.

2. Nesta Colenda Corte Nacional não foi diferente. Em prestígio à primeira corrente: HC n. 16.282/DF, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 23.3.2004; REsp n. 625.253/PR, rel. Min. Felix Fischer,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJ 28.2.2005; AgRg na MC n. 9.353/SP, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 11.4.2005, *inter alia*. Na esteira do STF: RHC n. 13.659/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 11.4.2005; HC n. 38.694, rel. Min. Nilson Naves, DJ 22.2.2005; HC n. 39.268, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 9.5.2005; RHC n. 16.503/SP, rel. Min. Hélio Quaglia, DJ 22.3.2005.

3. E não seria de outra maneira, pois, em que pese a força de uma decisão plenária do STF, tal entendimento cristalizou-se em processo subjetivo, no qual, insta ressaltar, não houve declaração incidental de inconstitucionalidade de lei, provimento dotado de alcance retroativo, ou *ex tunc*, como ocorrido, *v.g.*, quando da análise das questões da progressão de regime nos crimes hediondos, vedação da liberdade provisória e substituição da pena nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes.

4. À época, a incipiência da questão julgada, que, a par da inexistência de declaração de inconstitucionalidade, ainda não definia a natureza jurídica da obstaculização da ação penal – quer a título de *condição de procedibilidade*, quer à feição de *elemento normativo de tipo* –, não desautorizou as autoridades fiscais a que, legitimamente, continuassem a comunicar condutas supostamente subsumidas nos incisos do art. 1º da Lei n. 8.137/90 ao Ministério Público, e este, a que continuasse, de modo independente, a oferecer denúncia ou a sustentar imputações já aforadas, ante a presença de justa causa para a ação penal.

5. A própria hipótese de ser o lançamento definitivo *condição de procedibilidade* para a ação penal, discussão que ainda perdurou por algum tempo, deve impor, em respeito ao princípio *tempus regit actum* (CPP, art. 2º), a salvaguarda de todas ações penais propostas até então, à vista da indubitosa natureza processual do tema.

6. Antes do disciplinamento vinculativo bastava a caracterização dos indícios de autoria e da materialidade do delito, nos exatos termos do tipo, para respaldar o início, o desenvolvimento e a análise final da imputação, porquanto presente a justa causa e atendidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, a permitir o exercício da ampla defesa do acusado sem nenhuma dificuldade, como sempre ocorreu desde a publicação da Lei n. 8.137/90.

7. Em nítido reconhecimento da jurisprudência como fonte do Direito, a edição da Lei n. 11.417/2006, que veio a regulamentar o art. 103-A da CF (redação dada pela EC n. 45/2004), permitiu ao Supremo Tribunal Federal, "*após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta ou indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (...)." (art. 2º, grifou-se), o que ocorreu, a respeito da matéria, no dia 11.12.2009, com a publicação da Súmula Vinculante n. 24.

8. Veja-se que o aperfeiçoamento da interpretação moldada pelo Pretório Excelso, traduzido no entendimento vinculativo n. 24, ganha, aí sim, peso coercivo como um verdadeiro *stare decisis*, tal qual acontece no modelo judicial anglo saxão (*commow law*).

9. Na espécie, a conduta delitiva remonta ao período compreendido entre janeiro de 1997 e outubro de 2000; a denúncia foi recebida em 25.4.2002; a sentença condenatória foi publicada em 31.5.2007 e o julgamento do Tribunal *a quo* confirmatório da condenação aconteceu em 15.4.2008, atos anteriores ao caráter vinculativo do enunciado.

10. Há, ainda, que se mencionar, *a latere*, que a decisão do recurso na seara administrativa, ensejadora do lançamento definitivo, em nada alterou a descrição dos fatos imputados ao acusado, ora recorrente, que, *"de janeiro de 1997 a outubro de 2000 exerceu comércio informal de veículos usados, realizando operações de venda que totalizaram R\$ 10.363.829,71"*, conduta que redundou na supressão de tributos tipificada no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90.

11. Nesse ponto, a par da questão temporal, em tudo pertinente ao argumento adrede trazido, não se pode olvidar do princípio da instrumentalidade das formas, tal qual argumenta o acórdão recorrido, pois o lançamento definitivo do crédito tributário se aperfeiçoou antes mesmo do julgamento em segundo grau, o que torna mais evidente a inocorrência de prejuízo, situação imprescindível ao reconhecimento de vício insanável, consoante reza o sistema das nulidades.

12. De qualquer sorte, antes da edição da Súmula Vinculante n. 24-STF, devem prevalecer, não somente por imperativo legal, mas também em atendimento ao Sobreprincípio da Segurança Jurídica – aqui abarcadas a reserva legal, a taxatividade e a anterioridade da lei penal –, as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, cuja certeza do direito, erigida dos fatos praticados em data que dista, e muito, da publicação do enunciado – e, como visto, do primeiro precedente acerca da questão –, estava longe de considerar o lançamento definitivo do crédito tributário, seja como *condição de procedibilidade* da ação penal, seja como *elemento normativo do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tipo do inciso I do art. 1º da Lei n. 8.137/91, nos termos do HC n. 81.611/DF (precedentes do STJ e desta Corte).

13. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão. Vencidos o Sr. Ministro Relator e a Sra. Ministra Assusete Magalhães. Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz as Sras. Ministras Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 15 de outubro de 2013(data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz
Relator p/Acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.211.481 - SP (2010/0156185-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso especial interposto por **Carlos Alberto dos Reis**, com fundamento na alínea c do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região na Apelação Criminal n. 2002.61.11.000506-3 (fls. 4.328/4.329):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL DESNECESSÁRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. SONEGAÇÃO FISCAL. ART.1º, I, DA LEI 8.137/90. VIA ADMINISTRATIVA EXAURIDA. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO FISCAL NÃO COMPROVADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE INOCORRENTE. REGULAR APREENSÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS PELOS AGENTES FAZENDÁRIOS NO MOMENTO DA FISCALIZAÇÃO. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ACESSO A INFORMAÇÕES SOBRE A MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DO CONTRIBUINTE PELA RECEITA FEDERAL. LC 105/01. LICITUDE DA PROVA PRODUZIDA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. *QUANTUM* DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ERRONEAMENTE CALCULADO NA SENTENÇA. CORREÇÃO, DE OFÍCIO, DO ERRO MATERIAL. APELAÇÃO DO RÉU IMPROVIDA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARCIALMENTE PROVIDO. REDUÇÃO, DE OFÍCIO, DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

1 - A preliminar de nulidade por cerceamento de defesa deve ser afastada, vez que é facultado ao juiz indeferir pedido de produção de prova pericial quando julgá-la desnecessária ao esclarecimento da verdade, nos termos do artigo 184, do Código de Processo Penal, sendo suficientes para o seu convencimento as demais provas colhidas.

2 - Exaurida a via administrativa, resta atendida a condição de procedibilidade da ação penal nos crimes contra a ordem tributária.

3 - O pagamento integral do débito fiscal após o início da ação fiscal, nos termos do parágrafo 2º do artigo 9º da Lei nº 10.684/2003, configura causa extintiva da punibilidade. Contudo, no presente caso, houve apenas pagamento parcial do débito.

4 - Quando houver suspeita de fraude tributária, caso dos autos, prescinde de autorização judicial a regular apreensão de livros e documentos pelos agentes da Receita Federal, no momento da fiscalização, que são, inclusive, de apresentação obrigatória pelo contribuinte (artigo 195, do Código Tributário Nacional, e Súmula 439, do Supremo Tribunal Federal).

5 - Não há violação ao disposto no art. 5º, X (direito à intimidade) e XII (sigilo de dados) da Constituição Federal, o acesso, pelos agentes fiscais, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

informações sobre a movimentação financeira do contribuinte, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 6º, da Lei Complementar nº 105/2001, não configurando prova ilícita no processo criminal. O sigilo bancário não é absoluto, pois a proteção aos direitos individuais deve ceder diante do interesse público, observados os procedimentos fixados em lei.

6 - Materialidade delitiva comprovada pelos documentos que instruíram o procedimento fiscalizatório.

7 - Autoria demonstrada pelos depoimentos das testemunhas, em consonância com os demais elementos dos autos.

8 - É descabida a alegação da defesa de que a conduta praticada configura o delito previsto no artigo 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, que não exige a efetiva redução ou supressão do tributo para a sua consumação, constituindo crime de mera conduta.

9 - É inegável a vontade livre e consciente do réu de suprimir tributos. A figura do sócio não se confunde com a da pessoa jurídica. A movimentação de numerário desta em conta particular do sócio dificulta a fiscalização tributária da pessoa jurídica, evidenciando o intuito fraudulento do réu que, inclusive, confirmou em seu interrogatório a existência do comércio informal de veículos e o depósito do valor total das transações na sua conta corrente.

10 - *Dolo específico* demonstrado, embora o especial fim de agir não seja elemento do tipo.

11 - As circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal são desfavoráveis ao réu, razão pela qual, relativamente à pena privativa de liberdade, deve ser mantida a pena-base fixada na sentença em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e aumentada a pena de multa para 100 (cem) dias-multa.

12 - Ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes da pena.

13 - Aumento de 1/3 da pena em decorrência da continuidade delitiva, segundo entendimento de proporcionalidade assentado nesta Turma. Pena privativa de liberdade reduzida, de ofício, para 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime aberto. Pena de multa majorada para 133 (cento e trinta e três) dias-multa, mantido o valor unitário de cada dia-multa nos termos da sentença.

14 - Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, que deverão perdurar por prazo igual ao da pena ora aplicada.

15 - Correção, de ofício, de erro material na sentença.

16 - Apelação do réu improvida. Recurso do Ministério Público parcialmente provido.

Opostos embargos de declaração pela defesa, foram rejeitados (fls. 4.340/4.345).

Alega o recorrente divergência jurisprudencial, sustentando a nulidade do processo, porque a denúncia teria sido oferecida desacompanhada do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovante da constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa, que, na ocasião, ainda não havia ocorrido.

Pede o provimento do recurso nos termos explicitados.

Oferecidas contrarrazões (fls. 4.569/4.573), inadmitiu-se o recurso na origem (fls. 4.575/4.577), subindo os autos a esta Corte por força do provimento dado ao Ag n. 1.163.096/SP, em decisão do Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) – fl. 4.617.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso especial (fl. 4.631):

CRIME TRIBUTÁRIO – LANÇAMENTO – CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL – INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: POSSIBILIDADE – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA.

1) A Súmula Vinculante nº 24 - STF diz: "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".

2) Porém, esta Súmula não veda a possibilidade de, em face das peculiaridades do caso, instaurar-se a investigação criminal através de inquérito próprio, mesmo antes do término do processo administrativo-fiscal, para se apurar fatos que não poderiam ser objeto de investigação no processo administrativo (HC nº 95.443/SC, sessão de 2/2/2010, posterior à edição da SV nº 24).

Parecer no sentido de que seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.211.481 - SP (2010/0156185-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

No que interessa à análise do presente recurso, disse o acórdão recorrido que (fls. 4.317/4.318):

[...]

O Supremo Tribunal Federal assentou que o exaurimento da via administrativa é condição de procedibilidade da ação penal nos crimes contra a ordem tributária.

EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8.137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo do tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo."

Na hipótese vertente, o crédito tributário foi constituído em **19.12.2001** (fls. 24/37), tendo sido interposta impugnação administrativa em 24.01.02 (fls. 1163/1196), que foi julgada improcedente (fl. 3745). Desta decisão, foi interposto recurso administrativo ao qual foi negado provimento em **16.04.03**, com intimação do contribuinte em 23.06.03 (fl. 3.745).

Assim, é evidente a presença de tal condição no momento do julgamento do presente feito, ocorrido em **31.05.07**, sendo irrelevante a sua ausência quando do oferecimento da denúncia e do seu recebimento, em 25.04.02, que, aliás, ocorreu anteriormente ao julgamento do RHC 81611 pelo Supremo Tribunal Federal (em **10.12.03**), acima transcrito.

[...]

Também a sentença consignou que, *no caso, o procedimento fiscal*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que apurou o débito descrito na denúncia teve término, como bem apontou o Ministério Público Federal a fls. 3995/3996, em 23 de junho de 2003, com a ciência do acórdão lá proferido (fl. 4.157).

No caso concreto, como se vê, a constituição definitiva do crédito tributário ocorreu apenas em 23/6/2003. No entanto, a denúncia foi oferecida em 2/3/2002 (fl. 8) e recebida em 25/4/2002 (fl. 1.230).

Contudo, esta Corte, em observância ao comando da Súmula Vinculante 24/STF, tem entendimento assente de que a ausência de constituição definitiva de crédito tributário impede a propositura da ação penal por ilícito fiscal.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. REMÉDIO CONSTITUCIONAL SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. TRANCAMENTO. PRÉVIO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. À luz do disposto no art. 105, I, II e III, da Constituição Federal, esta Corte de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não vêm mais admitindo a utilização do *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal, sob pena de se frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

2. Entretanto, esse entendimento deve ser mitigado, em situações excepcionais, nas hipóteses em que se detectar flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser eliminada, situação ocorrente na espécie.

3. O exaurimento da esfera administrativa é condição para a deflagração da ação penal e tal situação é verificada apenas quando há o lançamento definitivo do crédito.

4. Na hipótese, a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito foi objeto de recurso administrativo e o referido processo aguardava julgamento no momento em que foi recebida a denúncia. Verificando-se que não foram esgotadas as vias administrativas, obstáculo ao prosseguimento da ação penal.

5. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para trancar a ação penal.

(HC n. 186.200/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 23/5/2013)

Na mesma linha de raciocínio, sendo indispensável que o crédito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tributário esteja definitivamente constituído no momento do recebimento da denúncia, a superveniência da sua constituição no curso da instrução processual não afasta a nulidade existente quando da deflagração da ação penal.

A esse respeito:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO À ÉPOCA DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DA NECESSÁRIA CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1 - Nos crimes contra a ordem tributária, a constituição definitiva do crédito tributário configura condição necessária ao oferecimento da denúncia.

2 - Constatado que o lançamento definitivo se consolidou apenas em momento posterior ao recebimento da denúncia, a qual atribui ao paciente a prática de sonegação fiscal, de rigor a decretação da nulidade do processo criminal desde o seu início.

3 - Não há como cogitar no exercício da pretensão punitiva estatal, em se tratando de crimes contra a ordem tributária, se a exigibilidade do crédito estava, à época, sendo debatida no âmbito administrativo, daí se falar na impossibilidade de determinação dos contornos da própria materialidade delitiva.

4 - Ordem concedida.

(HC n. 70.075/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 19/3/2013)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n. 1.113.568/RJ, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 3/5/2010 – grifo nosso)

Pertinente, aqui, a reprodução das minhas razões de decidir postas por ocasião do julgamento do HC n. 70.075/SP, acima referido, em que, enfrentando a questão aqui também em debate, disse que:

Presidente, a questão posta aqui em debate não é estranha a este Colegiado: é constrangimento ilegal a continuidade da ação penal em que a denúncia cuida de crimes tributários sem que tenha ocorrido o lançamento definitivo?

Vossa Excelência, seguindo jurisprudência reiterada da Casa, entende que sim, afirmando que, *nos crimes contra a ordem tributária, a constituição definitiva de crédito tributário e consequente reconhecimento de sua exigibilidade configura condição objetiva de punibilidade*.

O que diferencia, porém, este caso de inúmeros outros já examinados por esta Turma é o fato de que, apesar de não haver a constituição definitiva do crédito tributário quando da instauração da ação penal, no momento atual ela já se efetivou. E é aí que surge a dúvida que me fez pedir vista dos autos: a superveniente constituição definitiva do crédito tributário sana o vício anterior?

Com respeito a quem pensa de forma diferente e apesar de alguns precedentes desta Turma, posiciono-me no sentido de que, como já dito pelo Ministro Gilmar Mendes por ocasião do julgamento do HC n. 89.902/SP (DJ 11/10/2007), *o posterior encerramento da instância administrativa fiscal e a constituição definitiva do crédito tributário não convalida o inquérito policial aberto anteriormente*.

E assim penso porque *a constituição do crédito tributário projeta um novo quadro fático e jurídico para o oferecimento da denúncia* (HC n. 84.345/PR, Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 24/3/2006), quadro fático e jurídico este que pode, inclusive, ser diferente daquele que existia quando da denúncia precipitada.

A meu ver, sendo a constituição definitiva do crédito tributário condição essencial à própria instauração do procedimento policial, não há como se admitir válido nem o procedimento nem a própria ação penal que se inicia sem que a justa causa esteja presente. Como já disse o Ministro Cezar Peluso, tal situação importaria na *possibilidade de a autoridade policial, em imaginação ou em juízo de probabilidade de cometimento de um futuro crime por parte de alguém, instaurar um inquérito e suspendê-lo, esperando que o crime venha ser cometido* (QO na PET 3.593/SP).

Entender de forma contrária, acredito eu, será um incentivo aos procedimentos e denúncias 'condicionadas' a uma futura constituição do crédito definitivo, impondo ao particular o ônus de se defender na esfera penal, com todas as consequências daí decorrentes, sem que tenha



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esgotado todos os meios de defesa na esfera administrativa.

Também o Ministro Aires Brito já afirmou que a ausência de constituição de crédito definitivo antes da propositura de ação penal é vício insanável:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (INCISOS I, II E IV DO ART. 1º DA LEI 8.137/1990). DENÚNCIA OFERECIDA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

2. **É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à necessidade do exaurimento da via administrativa para a validade da ação penal, instaurada para apurar as infrações penais dos incisos I a IV do art. 1º da Lei 8.137/1990.** Precedentes: HC 81.611, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence (Plenário); HC 84.423, da minha relatoria (Primeira Turma). Jurisprudência que, de tão pacífica, deu origem à Súmula Vinculante 24: “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”.

2. **A denúncia ministerial pública foi ajuizada antes do encerramento do procedimento administrativo fiscal. A configurar ausência de justa causa para a ação penal. Vício processual que não é passível de convalidação.**

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal.

(HC n. 105.197, Segunda Turma, DJe 18/6/2012 – grifo nosso)

Nesses termos, pedindo vênias a quem entende de forma diferente, acompanho o eminente Ministro Relator e também concedo a ordem.

Ante o exposto, **conheço** do recurso especial e **dou-lhe provimento** para anular integralmente a ação penal e extingui-la, por ausência de justa causa, ressalvada a possibilidade da propositura de nova ação, desde que não consumado o lapso prescricional, em cuja apuração deve ser observada a pena fixada no acórdão recorrido, pela vedação à *reformatio in pejus* indireta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.211.481 - SP (2010/0156185-0)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I. Este recurso especial interposto por **CARLOS ALBERTO DOS REIS**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "c", da Constituição Federal, suscita divergência jurisprudencial, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal Federal da 3ª Região, cuja ementa segue abaixo transcrita, fl. 972:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL DESNECESSÁRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. SONEGAÇÃO FISCAL. ART. 1º, I, DA LEI 8.137/90. VIA ADMINISTRATIVA EXAURIDA. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO FISCAL NÃO COMPROVADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE INOCORRENTE. REGULAR APREENSÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS PELOS AGENTES FAZENDÁRIOS NO MOMENTO DA FISCALIZAÇÃO. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ACESSO A INFORMAÇÕES SOBRE A MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DO CONTRIBUINTE PELA RECEITA FEDERAL. LC 105/01. LICITUDE DA PROVA PRODUZIDA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. QUANTUM DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ERRONEAMENTE CALCULADO NA SENTENÇA. CORREÇÃO, DE OFÍCIO, DO ERRO MATERIAL. APELAÇÃO DO RÉU IMPROVIDA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARCIALMENTE PROVIDO. REDUÇÃO, DE OFÍCIO, DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

1- A preliminar de nulidade por cerceamento de defesa deve ser afastada, vez que é facultado ao juiz indeferir pedido de produção de prova pericial quando julgá-la desnecessária ao esclarecimento da verdade, nos termos do artigo 184, do Código de Processo Penal, sendo suficientes para o seu convencimento as demais provas colhidas.

2- Exaurida a via administrativa, resta atendida a condição de procedibilidade da ação penal nos crimes contra a ordem tributária.

3- O pagamento integral do débito fiscal após o início da ação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fiscal, nos termos do parágrafo 2º do artigo 9º da Lei nº 10.684/2003, configura causa extintiva da punibilidade. Contudo, no presente caso, houve apenas pagamento parcial do débito.

4- Quando houver suspeita de fraude tributária, caso dos autos, prescinde de autorização judicial a regular apreensão de livros e documentos pelos agentes da Receita Federal, no momento da fiscalização, que são, inclusive, de apresentação obrigatória pelo contribuinte (artigo 195, do Código Tributário Nacional, e Súmula 439, do Supremo Tribunal Federal).

5- Não há violação ao disposto no art. 5º, X (direito à intimidade) e XII (sigilo de dados) da Constituição Federal, o acesso, pelos agentes fiscais, a informações sobre a movimentação financeira do contribuinte, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 6º, da Lei Complementar nº 105/2001, não configurando prova ilícita no processo criminal. O sigilo bancário não é absoluto, pois a proteção aos direitos individuais deve ceder diante do interesse público, observados os procedimentos fixados em lei.

6- Materialidade delitiva comprovada pelos documentos que instruíram o procedimento fiscalizatório.

7- Autoria demonstrada pelos depoimentos das testemunhas, em consonância com os demais elementos dos autos.

8- É descabida a alegação da defesa de que a conduta praticada configura o delito previsto no artigo 2º, inciso 1, da Lei nº 8.137/90, que não exige a efetiva redução ou supressão do tributo para a sua consumação, constituindo crime de mera conduta.

9- É inegável a vontade livre e consciente do réu de suprimir tributos. A figura do sócio não se confunde com a da pessoa jurídica. A movimentação de numerário desta em conta particular do sócio dificulta a fiscalização tributária da pessoa jurídica, evidenciando o intuito fraudulento do réu que, inclusive, confirmou, em seu interrogatório a existência do comércio informal de veículos e o depósito do valor total das transações na sua conta corrente.

10- Dolo específico demonstrado, embora o especial fim de agir não seja elemento ao tipo.

11- As circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal são desfavoráveis ao réu, razão pela qual, relativamente à pena privativa de liberdade, deve ser mantida a pena-base fixada na sentença em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e aumentada a pena de multa para 100 (cem) dias-multa. |



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12- Ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes da pena.

13- Aumento de 1/3 da pena em decorrência da continuidade delitiva, segundo entendimento de proporcionalidade assentado nesta Turma. Pena privativa de liberdade /eduzida, de ofício, para 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime aberto. Pena de multa majorada para 133 (cento e trinta e três) dias-multa, mantido o valor unitário de cada dia-multa nos termos da sentença.

14- Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, que deverão perdurar por prazo igual ao da pena ora aplicada.

15- Correção, de ofício, de erro material na sentença.

16- Apelação do réu improvida. Recurso do Ministério Público parcialmente provido.

A defesa opôs embargos de declaração, os quais restaram rejeitados, consoante registra o resumo de fl. 4.345.

O recurso especial sustenta, em resumo, a nulidade do processo, desde o oferecimento da denúncia, *"isto porque naquela oportunidade não existia justa causa para dar início a ação penal [pela prática do delito do art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90], justamente pela ausência do imprescindível requisito processual e até constitucional da existência do trânsito em julgado na área administrativa-fiscal, que tratava dos mesmos fatos deduzidos no presente feito"*.

Nesse sentido, argúi o recorrente dissídio jurisprudencial do aresto com os HCs n. 90.957-4/RJ e n. 81.611-8/DF, ambos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e com o HC n. 2004.01.00.041369-4/AC, do Tribunal Federal da 1ª Região, *"para o fim de reforma dos v. acórdãos agora impugnados, com a decretação da nulidade do feito, desde a denúncia ministerial e inclusive ela, para o fim de, ao alvedrio do ilustre representante do "Parquet" Federal, se ofereça outra, agora se comprovada a justa causa, com a exibição da constituição definitiva do débito não pago, para que com isso, o recorrente se defenda com a maior amplitude possível, fazendo-se com isso, aquela proverbial e tão decantada justiça."* (fls. 4.352/4.384).

O Ministério Público Federal, em parecer acostado às fls. 4.631/4.635, opinou pelo não provimento do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministro relator Sebastião Reis Júnior entendeu, em obediência ao comando da Súmula Vinculante n. 24, que é *"indispensável que o crédito tributário esteja definitivamente constituído no momento do recebimento da denúncia"* porquanto *"a superveniência da sua constituição no curso da instrução processual não afasta a nulidade existente quando da deflagração da ação penal"*.

Dessa forma, deu provimento ao recurso especial para *"anular integralmente a ação penal e extingui-la, por ausência de justa causa, ressalvada a possibilidade da propositura de nova ação, desde que não consumado o lapso prescricional, em cuja apuração deve ser observada a pena fixada no acórdão recorrido, pela vedação à reformatio in pejus indireta."*

II. Pedi vista antecipada dos autos, para tecer melhor análise sobre a controvérsia.

A ausência de justa causa para a propositura da ação penal, ante a falta de exaurimento da instância administrativa é o ponto nodal do recurso especial, interposto tão somente pela divergência jurisprudencial (alínea "c" do permissivo constitucional), o que, de pronto, reconhecimento devidamente realizada, nos moldes exigidos do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

A matéria igualmente está a salvo dos óbices das Súmulas 282 e 356-STF, ante o inequívoco debate, pelo Tribunal *a quo*, da questão ora recorrida, cuja natureza é eminentemente de direito, à margem, portanto, da aplicação da Súmula 7-STJ.

II.1. Preenchidos os requisitos de admissibilidade, analiso o mérito.

Sustenta o recurso especial que, enquanto o Tribunal recorrido *"declarou irrelevante o fato de ter sido a denúncia oferecida e recebida sem a comprovação do lançamento definitivo do crédito tributário, os Tribunais acima indicados [STF e TRF da 1ª Região] não admitem a instauração de uma ação penal, sem a comprovação antecedente da decisão definitiva e com o trânsito em julgado dos procedimentos fiscais que teriam gerado os tributos sonegados ou eventualmente suprimidos, por considerar condição de procedibilidade da ação penal, tudo conforme se infere do atual posicionamento esposado tanto por esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça, quanto pela Suprema Corte, que ao tratar do crime de sonegação fiscal (art. 1º da Lei n. 8.137/90), o erige na condição daqueles de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resultado," (fls. 4.378/4.379), consoante os termos da Súmula Vinculante n. 24 do STF.

Respondo a esse questionamento referindo-me, inicialmente, ao teor da designada Súmula Vinculante n. 24, publicada no DOU de 11.12.2009:

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.

O enunciado tem como origem da discussão *mandamus* da relatoria do em. Ministro Sepúlveda Pertence, apreciado pelo Plenário da Suprema Corte – vencidos os Ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Carlos Ayres Britto –, no dia 10.12.2003. Veja-se a ementa do HC n. 81.611/DF:

EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo.

1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo.

2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal.

3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo. (DJ 13.5.2004, destaquei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesses poucos mais de 6 anos que separam esses dois pronunciamentos [HC n. 81.611-DF e SÚMULA VINCULANTE n. 24] – o que evidencia o amplo e duradouro debate nos diversos julgados que antecederam e respaldaram o amadurecimento da proposta da aludida súmula –, não há dificuldade em encontrar pronunciamentos dos Tribunais pátrios, ora pela manutenção da independência entre as instâncias administrativa e penal, ora em atendimento à orientação do Pretório Excelso.

Nesta Colenda Corte Nacional não foi diferente. **Em prestígio à primeira corrente:** HC n. 16.282/DF, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 23.3.2004; REsp n. 625.253/PR, rel. Min. Felix Fischer, DJ 28.2.2005; AgRg na MC n. 9.353/SP, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 11.4.2005, *inter alia*. **Na esteira do STF:** RHC n. 13.659/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 11.4.2005; HC n. 38.694, rel. Min. Nilson Naves, DJ 22.2.2005; HC n. 39.268, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 9.5.2005; RHC n. 16.503/SP, rel. Min. Hélio Quaglia, DJ 22.3.2005.

E não seria de outra maneira, pois, **em que pese a força de uma decisão plenária do STF, tal entendimento cristalizou-se em processo subjetivo, no qual, insta ressaltar, não houve declaração incidental de inconstitucionalidade de lei**, provimento dotado de alcance retroativo, ou *ex tunc*, como ocorrido, *v.g.*, quando da análise das questões da progressão de regime nos crimes hediondos, vedação da liberdade provisória e substituição da pena nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes.

A incipiência da questão julgada, que, a par da inexistência de declaração de inconstitucionalidade, **ainda não definia a natureza jurídica da obstaculização da ação penal**, quer de direito substantivo – *condição de procedibilidade* –, quer de direito material – *elemento normativo de tipo* –, **não desautorizou as autoridades fiscais a que, legitimamente, continuassem, então, a comunicar condutas supostamente subsumidas nos incisos do art. 1º da Lei n. 8.137 ao Ministério Público, e este, a que continuasse, de modo independente, a oferecer denúncia ou a sustentar imputações já aforadas, ante a presença de justa causa para a ação penal.**

Nesse descortino, insta colacionar os escólios doutrinários da em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, aos quais ora faço coro:

Depreende-se das diversas conceituações que a maioria dos processualistas relaciona a justa causa com a legalidade da coação à liberdade pessoal. Vale dizer, é a causa fundada na lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que torna legal a restrição imposta ao direito de ir e vir.

Contudo, não se pode olvidar que a norma obriga não simplesmente porque é válida, mas também porque contém valor, razão pela qual, sob o plano axiológico, não há como negar que a justa causa seja a causa legítima, ou a causa que ordem jurídica prevê.

Mostra-se, pois, evidente que, também no processo penal, "justa causa" é um conceito político, pois a legitimidade ou não da causa guarda estreita relação com o contexto político vivido em determinada época, segundo o entendimento que se tenha de justiça, sob seus aspectos formal e material. (Justa causa para a ação penal – Doutrina e jurisprudência – Coleção de estudos de processo penal, Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 170, destaquei).

E após mencionar outras fontes doutrinárias em debate ao conceito de justa causa, conclui a em. Ministra:

Concordamos ser inviável estabelecer-se uma definição absoluta; mas um conceito-limite é praticável para, a partir dele, examinar-se o caso concreto, dentro do amplíssimo leque de hipóteses de falta de justa causa. A pergunta que deve ser sempre feita é: Há, segundo a ordem jurídica vigente, causa legítima para a coação processual?

Assim posta a questão, afigura-se-nos factível a análise, pelo magistrado, da existência ou não de justa causa, quer para a prisão, quer para ação penal e para a condenação, no caso concreto. A base para o exame será sempre a mesma, e a resposta deverá resultar da verificação de tais situações específicas, porque, obviamente, cada uma delas exige o preenchimento de determinados e específicos requisitos. (Ob. cit. p. 172-173, grifou-se).

A própria hipótese de ser o lançamento definitivo condição de procedibilidade para a ação penal, discussão que ainda perdurou por algum tempo, deve impor, em respeito ao princípio *tempus regit actum* (CPP, art. 2º), a salvaguarda de todas ações penais propostas até então, à vista da indubitosa natureza processual do tema.

A rigor, era considerado crime contra a ordem tributária, "suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório",



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mediante a conduta de *"omitir informação ou prestar a declaração falsa às autoridades fazendárias"* (inciso I do art. 1º da Lei n. 8.137/91).

O elemento do tipo "tributo" não comportava a atual aceção disciplinada pela Súmula Vinculante n. 24, exigente da sua configuração apenas com a ocorrência do lançamento definitivo, que, em realidade, abarca o prévio exaurimento da instância administrativa como condição de procedibilidade da ação penal, **mas transformada pela aludida súmula em questão de direito material, ao incluí-la como elemento normativo do tipo**, no sentido do voto proferido pelo em. Ministro Cezar Peluso – que alude a imposto **"devido"** – no HC n. 81.611/DF e em julgados posteriores.

Antes do disciplinamento vinculativo **bastava a caracterização dos indícios de autoria e da materialidade do delito, nos exatos termos do tipo, para respaldar o início, o desenvolvimento e a análise final da imputação, porquanto presente a justa causa e atendidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, a permitir o exercício da ampla defesa do acusado sem nenhuma dificuldade, como sempre ocorreu desde a publicação da Lei n. 8.137/90.**

A pertinência da edição da Súmula Vinculante n. 24, assim, nos moldes dos debates quando do seu aperfeiçoamento, refletiu *"não apenas decisões que são tomadas relativamente a temas infraconstitucionais, mas, também, o substrato dessas discussões todas que foram travadas nas Turmas e no Plenário, as quais têm como fundamento o princípio da segurança jurídica"* (Ministro Ricardo Lewandowski, *PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE N. 29*, p. 24 - destaquei).

Em nítido reconhecimento da jurisprudência como fonte do Direito, a edição da **Lei n. 11.417/2006**, que veio a regulamentar o art. 103-A da CF (redação dada pela EC n. 45/2004), **permitiu ao Supremo Tribunal Federal, "após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta ou indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (...)"** (art. 2º, grifou-se).

Deveras, quando se adjetiva a segurança de jurídica, compreende-se, dentre outros aspectos, ter o Poder Judiciário, os Órgãos indispensáveis ao seu funcionamento e o jurisdicionado conhecimento de qual o direito certo para determinada situação, antes mesmo que o fato empírico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ensejador do evento jurígeno aconteça.

Ou em outras palavras, “*a segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes.*” (Mauro Nicolau Júnior. *Segurança Jurídica e certeza do direito. Realidade ou utopia num Estado Democrático de Direito?* ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas, nº. 9, Set. de 2004, pp. 18-34).

Nesse passo, insta diferenciar a segurança jurídica e a certeza do direito. “*A Segurança é objetiva, visível, publicada, está nas leis, nos sinais, e a própria lei é um sinal, pode-se dizer. Certeza é confiança em algo que a Segurança projeta em cada um de nós: a segurança externa nos dá Certeza interna.*” (Carlos Aurélio Mota de Souza. *Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico.* São Paulo. Editora LTR. 1996, p. 24).

A certeza do direito, então, começaria a se aperfeiçoar justamente no momento em que é proferida uma decisão judicial, ou seja, a aplicação do preceito legal ao caso controvertido dos autos confere razão a uma das partes, revelando a certeza do direito para aquela lide.

Percebe-se, assim, que os conceitos de segurança jurídica e certeza do direito se complementam; a primeira está na lei, a segunda no dispositivo das decisões judiciais, quando confirmam ou não a validade da norma.

E é justamente em atendimento a essa **sinergia entre a segurança jurídica e a certeza do direito** que é cogente aos cidadãos e aos profissionais do direito reconhecer, sob pena do cabimento de “*reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação*” (Lei n. 11.417/06, art. 7º), os efeitos da Súmula Vinculante n. 24, **desde a data de sua publicação, dia 11.12.2009**, momento a partir do qual a interpretação emanada do enunciado, quanto à tipificação do crime do art. 1º, incisos I, II, III e IV, da Lei n. 8.137/91, cria a força de um verdadeiro *stare decisis*, tal qual presente no modelo judicial anglo saxão (*commow law*).

Nessa quadra, cumpre colacionar os escólios doutrinários de André Ramos Tavares:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*O chamado precedente (stare decisis) utilizado no modelo judicialista, é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (leading case) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídico são induzidos a partir da decisão judicial, porque esta não se ocupa senão da solução do caso concreto apresentado. **Esse precedente, com o princípio jurídico que lhe servia de pano de fundo, haverá de ser seguido nas posteriores decisões como paradigma (ocorrendo, aqui, portanto, uma aproximação com a idéia de súmula vinculante brasileira).**" (Nova Lei da Súmula Vinculante: estudos e comentários à Lei n. 11.417/2006, 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 23, grifou-se).*

No ponto, igualmente, Geovany Jevaux e Elsa Maria Lopes, *Comentários às sumulas vinculantes com pesquisa sobre a regra do art. 52, X, da CF*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p.p. 10-13; Gilmar Mendes e Samantha Meyer, *Passado e Futuro da Súmula Vinculante: Considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004 em Reforma do Judiciário*, coordenadores: Pierpaolo Bottini e Sérgio Tamm Renault, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 343; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 4ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora RT, 2010, p. 409.

Veja-se que o aperfeiçoamento do entendimento moldado pelo Pretório Excelso e há pouco tempo traduzido no entendimento vinculativo **ganha, aí sim, peso coercitivo e efeitos próprios de uma declaração de inconstitucionalidade.**

Nesse sentido, o magistério de Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet, cuja abordagem tem-se por oportuno colacionar, ainda que a respeito dos reflexos do instituto da súmula vinculante no art. 52, inciso X, da CF :

Desde já, afigura-se inequívoco que a súmula vinculante conferirá eficácia geral e vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sem afetar diretamente a vigência de leis porventura declaradas inconstitucionais no controle de processo incidental. É que não foi alterada a cláusula clássica, constante hoje do art. 52, X, da Constituição, que outorga ao Senado a atribuição para suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. (Curso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Direito Constitucional, 4. ed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1012).

Ou, em outras palavras: *"diante da analgesia da regra do art. 52, X, da CF, as súmulas vinculantes têm o condão de dotar as sucessivas decisões repetidas do STF dos mesmos efeitos das decisões do controle concentrado, muito embora sem um número certo de decisões anteriores e de modo não automático."* (Geovany Jeveaux e Elsa Maria Lopes, ob. cit. p. 10).

Porém, soa claro que **seu alcance não poderia se operar de maneira retroativa**, nos termos facultados pelas Leis n. 9.868/99 (art. 27) e n. 9.882/99 (art. 11), sob pena de ofender o próprio sobreprincípio da segurança jurídica. Leia-se, uma vez mais, a doutrina de André Tavares, ao citar Gilmar Mendes e Samantha Pflug:

Numa compreensão lata do efeito vinculante (seja em súmula, seja em ação direta), a decisão "não resolveria apenas o caso singular, mas conteria uma determinada concretização jurídica da Constituição para o futuro" (Mendes e Pflug, 2005:354). Isso significa que seriam alcançadas, pelo efeito vinculante, situações futuras, idênticas àquela considerada pelo STF em decisão anterior. Com isso, a súmula, em seu efeito vinculante, assumiria "caráter transcendente", na expressão de Gilmar Mendes, não sendo passível de ser reconduzida aos institutos da coisa julgada e da força de lei (Mendes, 2001: 339-41). (André Ramos Tavares, ob. cit., p. 38, destaquei).

No mesmo passo: Márcia Regina Lusa Cadore, *Súmula Vinculante e Uniformização de Jurisprudência*, São Paulo: Atlas, 2007, p. 141; Geovany Jeveaux e Elsa Maria Lopes, ob. cit. p. 23.

Na espécie, a conduta delitiva remonta ao período compreendido entre janeiro de 1997 a outubro de 2000; a denúncia foi recebida em 25.4.2002 (fl. 1230); a sentença condenatória foi publicada em 31.5.2007 (fl. 4164) e o julgamento do Tribunal a quo confirmatório da condenação aconteceu em 15.4.2008 (fl. 4329), atos anteriores ao caráter vinculativo do enunciado.

II.2. Há, ainda, que se mencionar, a latere, que a decisão do recurso na seara administrativa, ensejadora do lançamento definitivo, em nada alterou a descrição dos fatos delituosos imputados ao acusado, ora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrente, que, "de janeiro de 1997 a outubro de 2000 exerceu comércio informal de veículos usados, realizando operações de venda que totalizaram R\$ 10.363.829,71" (fl. 4.159), conduta que redundou na supressão de tributos tipificada no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/91).

Nesse ponto, tal qual argumenta o acórdão recorrido, a par da questão temporal, em tudo pertinente ao argumento adrede trazido, não se pode olvidar do princípio da instrumentalidade das formas, pois **o lançamento definitivo do crédito tributário se aperfeiçoou antes mesmo do julgamento em segundo grau**, o que torna mais evidente a **inocorrência de prejuízo, na espécie, situação imprescindível ao reconhecimento de vício insanável, consoante reza o sistema das nulidades**.

Vale citar trecho do aresto vergastado, na parte em que interessa:

Na hipótese vertente, o crédito tributário foi constituído em 19.12.2001 (fls. 24/37), tendo sido interposta impugnação administrativa em 24.01.02 (fls. 1163/1196), que foi julgada improcedente (fl. 3745).

Desta decisão, foi interposto recurso administrativo ao qual foi negado provimento em 16.04.03, com intimação do contribuinte em 23.06.03) (fl. 3745).

Assim, é evidente a presença de tal condição no momento do julgamento do presente feito, ocorrido em 31.05.07, sendo irrelevante a sua ausência quando do oferecimento da denúncia e do seu recebimento, em 25.04.02, que, aliás, ocorreu anteriormente ao julgamento do RHC 81611 pelo Supremo Tribunal Federal (em 10.12.03), acima transcrito.

Transcrevo, por oportuno, trechos do voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso, relator do HC nº 85.207-6/RS, julgado em 12.05.05, por votação unânime:

"(...) É que, conforme se vê das informações prestadas pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, fl. 379, em 12.09.2004, a 2ª Câmara do Tribunal, por unanimidade, não conheceu do Pedido de Esclarecimentos - ao que parece, corresponde aos embargos de declaração - faltando, apenas, a publicação do acórdão.

(...) No caso, como foi dito, o procedimento do lançamento fiscal está concluído, já existe crédito constituído. É verdade que o acórdão ainda não foi publicado. O que precisa ser considerado, entretanto, é que não cabe mais recurso da decisão (Lei estadual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6.537, de 1973, art. 63). *Sendo assim, decidir pelo trancamento da ação venal importaria sobrepor-se a forma à substância, com a prevalência de filigrana processual em detrimento da realidade.*

Posta assim a questão, tenho como correta a conclusão do parecer do Ministério Público Federal, parecer do ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Edson Oliveira de Almeida, certo, entretanto, que não estamos nos afastando, com o indeferimento do presente habeas corpus, da orientação fixada no HC 81.611/DF. Ao contrário, estamos dando aplicação, às inteiras, ao decidido no citado HC 81.611/DF. " (grifei, fls. 4.317/4.318)

Ao revés, estar-se-ia privilegiando um exacerbado formalismo, em total desprestígio à economia e à celeridade processuais, com o ensejo de nova persecução penal.

II.3. De qualquer sorte, eminentes pares, **diviso que**, antes da edição da Súmula Vinculante n. 24-STF, **devem prevalecer**, não somente por imperativo legal, mas também **em atendimento ao Sobreprincípio da Segurança Jurídica** – aqui abarcadas a reserva legal, a taxatividade e a anterioridade da lei penal –, **as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, cuja certeza do direito, erigida dos fatos praticados em data que dista, e muito, da publicação do enunciado – e, como visto, do primeiro precedente acerca da questão –**, estava longe de considerar o lançamento definitivo do crédito tributário, seja como *condição de procedibilidade* da ação penal, seja como *elemento normativo do tipo* do inciso I do art. 1º da Lei n. 8.137/91, nos termos do HC n. 81.611/DF.

A conduta ora examinada já era por todos conhecida como antijurídica e culpável, nos moldes estritos dos incisos do art. 1º da Lei n. 8.137/91, cuja evolução jurisprudencial, amadurecida com o tempo e **consolidada com efeito vinculante pela Suprema Corte somente em dezembro de 2009**, manteve a sua ilicitude – como não poderia deixar de ser –, porém interpretando-a sob novo enfoque, a atribuir maior acepção ao termo *tributo*, insculpido no tipo.

Assim, a higidez da inicial acusatória, chancelada mediante a comprovação da autoria e da materialidade do delito, por ambas as instâncias ordinárias, justamente quando o tema ensejava controvérsia no meio jurídico – **cuja época, como visto, não é alcançada pela Súmula Vinculante n. 24 – afasta nulidade da ação penal por atipicidade da conduta.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido é o vaticínio da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgado no qual se apreciou a mesma questão, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio Mello, para quem *"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"*.

Confira-se a ementa do HC n. 108.037/ES (DJe-022, p. 01-02-12):

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 desaguiarem em débito do contribuinte.

Tal julgamento confirmou julgado desta Corte, da relatoria do Ministro Og Fernandes, cuja ementa registra:

"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRÂNSITO EM JULGADO. DENÚNCIA OFERTADA ANTES DA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. JURISPRUDÊNCIA QUE, À ÉPOCA, ADMITIA A INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL INDEPENDENTEMENTE DE CONCLUÍDO O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. O entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a constituição definitiva do crédito pelo lançamento é condição necessária a validar a justa causa para o oferecimento da ação penal, nos crimes insertos no art. 1º da Lei nº 8.137/90.

2. Inexiste, todavia, constrangimento ilegal em execução de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença penal condenatória, já transitada em julgado, quando, à época do oferecimento da denúncia, a jurisprudência então dominante nas Cortes Superiores resguardava de legalidade a propositura da ação antes do lançamento definitivo do crédito tributário.

3. *Ordem denegada.*" (HC n. 166.984/ES, Rel. Ministro Og Fernandes, 6T., DJe 7.2.11, destaquei).

Ainda há, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, outros precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 557 DO CPC E ART. 34, XVIII, DO RISTJ. 2. DESCAMINHO. DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DO ESGOTAMENTO DA ESFERA ADMINISTRATIVA. SÚMULA VINCULANTE 24/STF. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DOMINANTE À ÉPOCA. DESCONSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...)

2. Nos termos da Súmula Vinculante 24/STF, é imprescindível a prévia conclusão do procedimento administrativo-fiscal para que se dê início à persecução criminal. *Referido entendimento sedimentou-se apenas após o regular trâmite da ação penal, a qual se processou nos termos da orientação predominante à época, que resguardava de legalidade a propositura da ação antes do lançamento definitivo do crédito tributário.*

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 184.788/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ªT., DJe 21.5.2013. No mesmo sentido, também relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, HC n. 121.284/RJ, DJe 11.10.12, destaquei).

HABEAS CORPUS . CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. MUTATIO LIBELLI. APLICAÇÃO EM 2º GRAU. IMPOSSIBILIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. SÚMULA VINCULANTE N.º 24. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS CONHECIDO PARCIALMENTE. (...)

5. Dispõe a Súmula Vinculante n.º 24 do STF que a prévia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conclusão do procedimento administrativo-fiscal é condição necessária para configurar o delito definido no art. 1º, inciso I, da Lei n.º 8.137/90. Não figura razoável, todavia, desconstituir entendimento manifestado pelo Tribunal a quo, em sentido contrário, se, ao tempo do julgamento, a ação penal encontrava-se resguardada de legalidade, com embasamento em jurisprudência então dominante. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida parcialmente, de ofício. (HC n. 197.604/CE, Rel. Min. Campos Marques (Desembargador Convocado do TJPR), 5ªT., DJe 16.4.2013, grifou-se).

Assim, na espécie, em atendimento ao Sobreprincípio da Segurança Jurídica, filio-me à corrente alhures colacionada, para afastar o argumento de nulidade da ação penal por atipicidade da conduta, pois, em que pese haver ocorrido o lançamento definitivo do tributo em data posterior ao recebimento da denúncia, tal circunstância não tinha – como não poderia realmente ter – o condão de impedir a autoridade fazendária, o membro do Ministério Público e o órgão jurisdicional competente de realizar, cada um, seu respectivo *munus* –, sob pena até da caracterização do crime de prevaricação (CP, art. 319) –, dada a então plena subsunção do fato ao tipo disposto no inciso I do art. 1º da Lei n. 8.137/90.

À vista de todo o exposto, nego provimento ao recurso especial, para confirmar a higidez da ação penal que condenou **CARLOS ALBERTO DOS REIS**, pelo crime do art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, à pena de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime aberto, substituída a reprimenda corporal por duas restritivas de direito, nos moldes do v. acórdão recorrido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0156185-0 **PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.211.481 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200261110005063 2008109527 200900237865

PAUTA: 15/10/2013

JULGADO: 15/10/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO FRANCISCO SOBRINHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CARLOS ALBERTO DOS REIS
ADVOGADO : JOÃO SIMÃO NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão. Vencidos o Sr. Ministro Relator e a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz as Sras. Ministras Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura.