



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 24.876 - SC (2008/0252049-9)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
RECORRENTE : RAFAEL ROLOW
RECORRENTE : THIAGO RODRIGO GIRARDI WALDRICH
RECORRENTE : MARLISE GIRARDI WALDRICH
RECORRENTE : LARISSA PRISCILA GIRARDI WALDRICH
ADVOGADO : DANTE AGUIAR AREND
RECORRIDO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LANÇAMENTO DEFINITIVO DESCONSTITUÍDO POR AÇÃO DECLARATÓRIA. PENDÊNCIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO EM QUE SE DISCUTE A EXIGIBILIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento alinhavado na Súmula Vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal Federal aplica-se ao crime descrito no art. 337-A do Código Penal, cuja caracterização, em razão de sua natureza material, depende da constituição definitiva do valor sonegado. Precedentes.

2. No caso, depreende-se dos documentos juntados aos autos que ainda não houve análise dos recursos apresentados contra a Decisão-Notificação n.º 45.20.30.25.00/0191/2077, que julgara procedente a NFDL n.º 37.060.439-3.

3. Caso a conclusão aqui alcançada se desse no bojo do recurso próprio, qual seja, o recurso especial, a consequência não seria outra que não a absolvição dos recorrentes. Contudo, como tal juízo tem sido reiteradamente vedado por esta Corte na via estreita do **habeas corpus** ou do recurso ordinário em **habeas corpus**, por demandar, necessariamente, revolvimento do conjunto fático-probatório, a melhor solução é a concessão da ordem a fim de trancar a ação penal. Precedentes.

4. Recurso ordinário a que se dá provimento a fim de trancar a Ação Penal n.º 2008.72.05.000291-5.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz.
Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 24.876 - SC (2008/0252049-9)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto em favor de Rafael Rolow, Thiago Rodrigo Girardi Waldrich, Marlise Girardi Waldrich e Larissa Priscila Girardi Waldrich, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Narra a denúncia que em ação fiscal no Grupo Dicotone, ficou evidenciado que os funcionários das empresas BETEX - Beneficiamentos Têxteis Ltda. - e TEXTFOR - Têxtil Fornace Ltda., eram dirigidos e trabalhavam em instalações da empresa Dicotone Têxtil Ltda. Diante disso, a esfera administrativa concluiu que esta empresa simulara a contratação de empregados por meio das pessoas jurídicas interpostas - BETEX e TEXTFOR.

De acordo com o relatório fiscal, em agosto de 1994, Pedro Joaquim Waldrich e Marlise Girardi Waldrich, juntamente com seus filhos Larissa Priscila Girardi Waldrich, Thiago Rodrigo Girardi Waldrich e Pedro Guilherme Waldrich, constituíram a pessoa jurídica Dicotone Têxtil Ltda.

As empresas TEXTFOR e BETEX foram constituídas no ano de 1997 por Noberto Cramer. A administração dessas empresas coube a Noberto Cramer até dezembro de 2002. A partir dessa data, entretanto, a gestão passou a ser exercida por Marlise Girardi Waldrich.

A Auditoria Fiscal apontou evidentes indícios de que as sociedades empresárias TEXTFOR e BETEX foram constituídas com o fim de suprimir tributos e contribuições previdenciárias, favorecendo a pessoa jurídica Dicotone Têxtil Ltda.

Em razão da irregularidade encontrada, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - emitiu contra a empresa Dicotone Têxtil Ltda., a Nota Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD - n.º 37.060.439-3.

Contra a Decisão-Notificação n.º 45.20.30.25.00/0191/2077, que julgara



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedente a referida NFDL, a defesa dos ora recorrentes apresentou recurso a Secretaria da Receita Federal (fl. 17).

Tendo em vista que o recurso foi apresentado sem o depósito prévio obrigatório, estabelecido pelo art. 126, § 1º, da Lei n.º 8.213/1991, o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil negou seguimento à irresignação e encaminhou os autos administrativos à Unidade de Atendimento para a emissão de termo de trânsito em julgado e inscrição em dívida ativa.

Aos 25 de julho de 2007, as mencionadas empresas ingressaram em juízo com ação declaratória com pedido de tutela antecipada, visando o recebimento do recurso administrativo pela Secretaria de Receita Federal

Em 28 de novembro de 2007, a ação declaratória foi julgada procedente para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 126, § 1º, da Lei n.º 8.213/1991 e determinar o recebimento e normal seguimento do recurso administrativo relativo à NFDL n.º 37.060.439-3, ficando sem efeito o termo de trânsito em julgado.

Aos 31 de janeiro de 2008, os recorrentes foram denunciados pela suposta prática das condutas descritas no art. 337-A, incisos I e III, c/c o art. 29, do Código Penal, referente à NFDL - n.º 37.060.439-3.

Em 13 de fevereiro de 2008, com base nos elementos constantes da Representação Fiscal e da notícia de esgotamento das etapas para a cobrança administrativa, foi recebida a denúncia em relação aos ora recorrentes, bem assim acolhido o pedido de arquivamento em relação a Pedro Waldrich e a Noberto Cremer.

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, impetrou-se **habeas corpus** com o fim de se extinguir a ação penal, tendo em vista a ausência de constituição definitiva do crédito tributário.

A Oitava Turma Criminal, por unanimidade de votos, concedeu em parte a ordem para determinar a suspensão da ação penal originária pelo prazo de seis meses, bem como da prescrição da pretensão punitiva.

Recebeu o acórdão a seguinte ementa (fls. 53/59):

**PROCESSO PENAL HABEAS CORPUS. ARTIGO 337-A DO CP
SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL.
QUESTÃO CÍVEL PREJUDICIAL, ARTIGO 93 DO CPP.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Se a sentença proferida nos autos da ação ordinária, que determinou o processamento do recurso administrativo do contribuinte ainda pende de trânsito em julgado, não é possível o trancamento da ação penal, por ausência de condição de procedibilidade. A providência mais adequada, neste caso, é a suspensão do curso do processo e da prescrição da pretensão punitiva. Inteligência dos artigos 93 do CPP e 116,1, do CP.

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs recurso especial, inadmitido na origem. Contra essa decisão foi interposto o agravo de instrumento n.º 1.115.763. O recurso não foi conhecido por esta Corte, tendo em vista a deficiente instrução do feito (art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil).

A decisão transitou em julgado em 26/3/2009.

No presente recurso ordinário, sustentam os recorrentes a inexistência de justa causa para a ação penal, uma vez que o crédito tributário não foi definitivamente constituído. Argumentam que "suspender uma ação penal que é nula desde o oferecimento da denúncia fere os mais mezinhos princípios constitucionais, mormente o princípio do devido processo legal" (fl. 65).

Ouvido, o Ministério Público Federal se manifestou pelo provimento do recurso (fls. 109/114).

As informações complementares de fls. 135/137 esclareceram que nenhum dos recorrentes se encontra recolhido em estabelecimento prisional em decorrência desta ação penal.

É o relatório.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 24.876 - SC (2008/0252049-9)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Sabemos todos que o bem juridicamente protegido pelo delito de sonegação de contribuição previdenciária está apto a exercer funções de limite ao **ius puniendi** e de instrumento crítico do direito positivo.

Nesse contexto, não se deve descurar que o merecimento da pena é insuficiente, por si só, para fundamentar o emprego da sanção penal na tutela do bem jurídico. Impõe-se, além disso, a comprovação da necessidade da pena, isto é, a demonstração de que outras formas de proteção ao bem jurídico são insuficientes, bem assim da danosidade social da conduta.

A observação é importante para que não se pense que com o reconhecimento da arrecadação previdenciária como bem jurídico se está, implicitamente, aceitando o emprego da tutela penal contra a mera omissão nos pagamentos das contribuições previdenciárias ou de seus acessórios. Embora não seja esta a sede apropriada a tal discussão, não se deve olvidar que a tutela penal desse bem jurídico somente estará autorizada contra as formas de ataque mais graves a ele dirigidas, após a comprovada insuficiência da tutela sancionadora extrapenal.

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa construção hermenêutica, passou a adotar, mais recentemente, decisões no sentido de que a pendência de procedimento administrativo fiscal impede a instauração da ação penal, bem como de inquérito policial, relativamente aos crimes materiais descritos no art. 1º da Lei n.º 8.137/1990, tendo em vista que a consumação destes apenas ocorre após a constituição definitiva do crédito tributário. Há, sobre o ponto, Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nestes termos:

Súmula Vinculante n.º 24: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n.º 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

O entendimento alinhavado na Súmula Vinculante n.º 24 vem sendo aplicado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelos Tribunais Superiores ao crime descrito no art. 337-A do Código Penal, cuja caracterização, também em razão de sua natureza material, depende da constituição definitiva do valor sonegado.

Nesse sentido:

A - HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º DA LEI 8.137/1990), SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (ARTIGO 337-A DO CÓDIGO PENAL) E FALSIDADE DOCUMENTAL (ARTIGO 297, § 4º, DO ESTATUTO REPRESSIVO). AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. PENDÊNCIA DE PROCESSOS EM QUE SE QUESTIONA A EXIGIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS AO INSS. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. CONCESSÃO DA ORDEM.

[...]

2. Segundo entendimento adotado por esta Corte Superior de Justiça, o crime de sonegação de contribuição previdenciária, por se tratar de delito de caráter material, também só se configura após a constituição definitiva, no âmbito administrativo, das exações que são objeto das condutas (Precedentes).

3. Estando em curso processos administrativos nos quais se questiona a exigibilidade das contribuições devidas ao INSS, não há justa causa para a persecução criminal.

[...]

5. Ordem concedida para trancar os inquéritos policiais instaurados contra o paciente. (HC n.º 114.051/SP, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 25/4/2011.)

B - PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 337-A, INCISOS II E III, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE PRÉVIO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DA AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

I - Esta Corte, em outras oportunidades, destacando a mudança de entendimento do Pretório Excelso em relação a existência de justa causa para a apuração do delito de apropriação indébita previdenciária, que só se verificaria após o esgotamento da via administrativa com a constituição definitiva do crédito tributário, passou a adotar o mesmo raciocínio em relação ao delito de sonegação de contribuição previdenciária previsto no art. 337-A do Código Penal.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso desprovido. (RHC n.º 26.174/MG, Relator o Ministro FELIX FISCHER, DJe de 28/9/2009.)

Diante desse quadro, forçoso é reconhecer que tais crimes de sonegação de contribuição previdenciária não se consumam enquanto inexistir o imprescindível lançamento definitivo do débito.

Nesse contexto, somente após a aferição da irregularidade no recolhimento da contribuição social, seguida de procedimento tendente a verificar se efetivamente ocorreu a omissão descrita na lei, é que se poderá cogitar em processo criminal contra o infrator.

No caso, depreende-se dos documentos juntados aos autos que ainda não houve análise dos recursos apresentados contra a Decisão-Notificação n.º 45.20.30.25.00/0191/2077, que julgara procedente a NFDL n.º 37.060.439-3. Em consulta ao endereço eletrônico da Secretaria da Receita Federal - Seção de Controle e Acompanhamento Tributário, confirmou-se a ausência de constituição definitiva do débito, uma vez que ainda não foram apreciados os referidos recursos administrativos (Processo Fiscal n.º 37.060.439-3).

Sendo esse o contexto, reconheço que se impõe o provimento do recurso, tendo em vista que as razões constantes da inicial evidenciam a plausibilidade jurídica da pretensão, especialmente se considerarmos o julgamento do **Habeas Corpus** n.º 81.929/SP, em que o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de afirmar que a constituição definitiva do crédito tributário ou previdenciário no âmbito administrativo seria condição objetiva de punibilidade, com o que sequer seria possível a instauração de inquérito policial ou a tramitação de ação penal enquanto não realizada a mencionada condição.

Já me encaminhando para o desfecho deste voto, averbo que, se a conclusão aqui alcançada se desse no bojo do recurso próprio, qual seja, o recurso especial, a consequência não seria outra que não a absolvição dos recorrentes. Contudo, como tal juízo tem sido reiteradamente vedado por esta Corte na via estreita do **habeas corpus** ou do recurso ordinário em **habeas corpus**, por demandar, necessariamente, revolvimento do conjunto fático-probatório, a melhor solução é a concessão da ordem a fim de trancar a ação penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito:

PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS**. QUADRILHA ARMADA. AÇÃO PENAL. DESMEMBRAMENTO. ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS NA OUTRA AÇÃO PENAL. PLEITO DE EXTENSÃO. ANTERIOR **WRIT**. NÃO CONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.

O **habeas corpus**, garantia constitucional das mais importantes, não pode ter o seu emprego exagerado, ainda mais ausente qualquer dado de cautelaridade a lhe emoldurar o manejo. **In casu**, buscou-se a absolvição, quando sequer em primeiro grau, o juiz proferira sentença. **A absolvição não é um juízo a ser realizado no habeas corpus; mesmo em casos de reconhecimento de atipicidade, o correto é se promover o trancamento da ação penal e, não, a absolvição, que demanda acurado exame de fatos e provas.**

2. Ordem denegada. (HC 121.305/TO, Relatora a Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 3/10/2011.)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário em **habeas corpus** a fim de trancar a Ação Penal n.º 2008.72.05.000291-5, Vara de Execuções Fiscais e Juizado Especial Federal Criminal Adjunto de Blumenau.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0252049-9

RHC 24.876 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200804000202197 200804000360404 200872050002915

EM MESA

JULGADO: 14/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: RAFAEL ROLOW
RECORRENTE	: THIAGO RODRIGO GIRARDI WALDRICH
RECORRENTE	: MARLISE GIRARDI WALDRICH
RECORRENTE	: LARISSA PRISCILA GIRARDI WALDRICH
ADVOGADO	: DANTE AGUIAR AREND
RECORRIDO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Sonegação de contribuição previdenciária

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz.