



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 70.075 - SP (2006/0248344-4)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : ANA CRISTINA NASSIF KARAM OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GENIVALDO GOMES
PACIENTE : JOSÉ AILTON GOMES

EMENTA

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.

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, "Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior concedendo a ordem, o voto da Sra. Ministra Assusete Magalhães no mesmo sentido e os votos divergentes das Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura denegando a ordem, a Turma, por maioria, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidas as Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira e Maria Thereza de Assis Moura. O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 27 de novembro de 2012 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 70.075 - SP (2006/0248344-4) (f)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Cuidam os autos de *habeas corpus* impetrado em favor de Genivaldo Gomes e José Ailton Gomes, apontando-se como coator o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Os pacientes foram denunciados como incurso nos arts. 1º, I e IV, e 2º, I, ambos da Lei nº 8.137/90, visto que, valendo-se de notas fiscais fraudulentas, registraram, em contabilidade, crédito de ICMS em benefício da empresa Rib Silk Comércio de Artigos Promocionais Ltda., no importe de R\$ 30.711,31.

A defesa manejou *habeas corpus* perante a Corte de origem, pretendendo o trancamento da ação penal por falta de justa causa, argumentando a pendência de recurso na esfera administrativa-fiscal, não se mostrando, portanto, exigível o crédito tributário.

O Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu parcialmente a ordem apenas para determinar a suspensão da tramitação da ação penal, bem como do transcurso do prazo prescricional.

Sustenta a impetração a existência de constrangimento ilegal, na medida em que, reconhecida a inexistência de lançamento definitivo, impor-se-ia o trancamento da ação penal pela ausência de condição objetiva de punibilidade.

Prestadas as informações, o parecer do Ministério Público Federal é pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 70.075 - SP (2006/0248344-4) (f)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Extrai-se da denúncia, em síntese, que *"os indiciados utilizaram-se de documentos inidôneos, resultando em não recolhimento do imposto no valor total de R\$ 30.711,31, conforme o laudo pericial de fls. 85/88"*.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar o *Habeas Corpus* nº 81.611/DF, de Relatoria do ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no DJ de 13.5.05, entendeu que, nos crimes contra a ordem tributária, a constituição definitiva do crédito tributário e consequente reconhecimento de sua exigibilidade configura condição objetiva de punibilidade.

Tal entendimento foi reafirmado por ocasião do julgamento da ADI 1.571, de Relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes, oportunidade em que consignou que a constituição definitiva do crédito tributário configura condição necessária para o início da persecução criminal.

A questão consolidou-se com a edição da Súmula Vinculante nº 24 que diz o seguinte:

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.

Logo, faz-se necessário que haja o lançamento definitivo do crédito fiscal, de forma que o início da persecução penal fica vinculado ao encerramento de eventual discussão sobre a existência do crédito tributário.

Não foi por outro motivo que a Corte de origem, reconhecendo a pendência do procedimento administrativo, determinou a suspensão do curso da ação penal aqui tratada, em acórdão assim vazado:

O Pedido merece atendimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consta da denúncia (fls. 190/191) que os pacientes, na qualidade de sócios-proprietários da empresa "Rib Silk Com. de Artigos Promocionais LT", prestaram declarações falsas de modo a suprimir o montante de tributo a ser pago, bem como utilizaram documentos inidôneos, creditando-se indevidamente do ICMS no valor de R\$ 30.711,31 (trinta mil, setecentos e onze reais e trinta e um centavos).

O feito, entretanto, deve ser suspenso, em face da ausência da inscrição regular do débito na dívida ativa.

Pois, como já se decidiu:

"O reconhecimento de dívida tributária através de procedimento administrativo fiscal de competência exclusiva da autoridade administrativa (art. 142 do CTN) configura questão prejudicial de mérito da ação penal, cabendo ao juiz suspender o processo criminal até decisão final da esfera administrativa (art. 92 e 93 do CPP), sem nenhum prejuízo ao direito de punir do Estado, eis que suspensão também a prescrição (art. 116, I, do CP)" (TRF - 2ª Reg. - 3ª T. - Ap. 00.1861 - Rel. Paulo Freitas Borda - j. 08/02/2000 - Boletim IBCCrim 99/518, fev. de 2001).

Existe, é bem verdade, entendimento contrário, porém, cuidando-se de um crime material, é de se exigir, para a sua tipificação, a presença de um resultado, qual seja, a efetiva supressão ou redução do tributo, de sorte que, enquanto pendente a decisão administrativa, não há como admitir a materialidade do crime de sonegação fiscal. Confirma-se, a propósito, aresto em Habeas Corpus nº 513.308/7, TJ/SP, Rel. Lopes da Silva.

O Pretório Excelso, em r. decisão, proferida em Habeas Corpus nº 81.611-DF, pelo Plenário e por maioria, que acompanhou o voto do Min. Sepúlveda Pertence, datada de 10 de dezembro de 2003, entendeu que, nos crimes do art. 1º, da Lei n 8.137/90, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, configurando-se como elemento essencial à exigibilidade da obrigação tributária cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa. Considerou-se, ainda, o fato de que, consumando-se o crime apenas com a constituição definitiva do lançamento, fica sem curso o prazo prescricional.

E nesse mesmo sentido, há outros precedentes desta Corte e do extinto Tribunal de Alçada Criminal: HC nº 494.640/6, deste Relator; HC nº 481.686/4, Rel. Lopes da Silva; HC nº 481.668/7, Rel. Cardoso Perpétuo, etc.

Além do mais, temos que "o parágrafo único do art. 83, da Lei n 9.430/96 (embora numa redação que peca pela pureza técnica) está a dizer que continuam em vigor as disposições do art. 34 da Lei n 9.249/95, permitindo a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contribuições antes do recebimento da denúncia. Ora, a real existência do crédito tributário só se verifica após o lançamento definitivo. O crime consiste em suprimir ou reduzir tributos ou contribuições devidos. Se o contribuinte tem o direito de discutir o lançamento provisório através dos meios específicos e se a lei lhe faculta o pagamento daquilo que for apurado como devido antes da denúncia, como se reconhecer a validade de uma denúncia oferecida antes do término do processo administrativo? Não estar-se-ia, assim, suprimindo uma faculdade que a lei processual lhe outorga? Uma interpretação contrária revelaria uma incongruência entre as disposições da cabeça do artigo e seu parágrafo!" (Nelson Bernardes de Souza, Crimes Contra a Ordem Tributária e Processo Administrativo, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 18, p. 93/101).

Ante o exposto, pelo meu voto, estou concedendo parcialmente a ordem para determinar a suspensão do processo e do prazo prescricional, em andamento contra os pacientes GENIVALDO GOMES E JOSÉ AILTON GOMES, perante o juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto (ação penal nº 461/02).

Contudo, a ausência de condição objetiva de punibilidade, consubstanciada na falta de constituição definitiva do crédito tributário, representa fator impeditivo ao oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, razão pela qual o simples sobrestamento da ação penal não é apto a sanar o constrangimento ilegal, impondo-se, em verdade, o seu trancamento, na forma pretendida pela defesa.

É bem verdade que as informações prestadas pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, à fl. 232, dão conta que o lançamento tributário tornou-se, posteriormente, definitivo, notadamente porque julgado o recurso interposto perante a 3ª Câmara Temporária do Tribunal de Impostos e Taxas, encontrando-se o débito inscrito em dívida ativa desde 13/3/2007.

Poder-se-ia argumentar, diante de tal fato novo, ou seja, o advento do lançamento definitivo, que a ação penal, a esta altura, retormaria simplesmente o seu curso, preservando-se os atos processuais anteriormente praticados.

Não me parece, contudo, acertada a conclusão.

Em verdade, a constituição definitiva do crédito tributário é condição imprescindível para o oferecimento da denúncia, pois a acusação de prática de crime deve vir calcada em indícios de materialidade e autoria delitiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Com efeito, ausente a necessária condição de punibilidade à época do oferecimento da denúncia, de rigor a decretação da nulidade do processo desde a sua deflagração.

Vejam-se os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, INCISO II, DA LEI Nº 8.137/90 E ART. 16 DA LEI Nº 7.492/86. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO À ÉPOCA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PERSECUTIO CRIMINIS IN IUDICIO ANULADA DESDE O RECEBIMENTO DA PROEMIAL ACUSATÓRIA. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA QUE SE IMPÕE EM RELAÇÃO A UM DOS RECORRENTES. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO. NÃO INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE EM RELAÇÃO À CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 16 DA LEI Nº 7.492/86 EM RELAÇÃO A AMBOS OS RECORRENTES.

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 consequente 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 justifica após a constituição definitiva do crédito tributário, sendo flagrante o constrangimento ilegal decorrente da inobservância deste dado objetivo (Precedentes do STF e desta Corte).

*III - Na presente hipótese, conforme restou consignado no próprio voto condutor do vergastado acórdão, **o recebimento da exordial acusatória***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se deu em data anterior à constituição definitiva do crédito tributário, patente, portanto, a ausência de justa causa para a ação penal no que concerne à persecução penal relativa à prática do crime contra a ordem tributária.

(...)

Recurso especial interposto em benefício de GUILDNER MARCIUS CARVALHO provido. Extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime previsto no art. 16 da Lei nº 7.492/86.

Recurso especial interposto em benefício de WANDERLÉIA RITTER provido. Extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime contra a ordem tributária.

(REsp nº 927.321/DF, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ de 8/10/2007)

PENAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. LAVAGEM DE DINHEIRO. INEXISTÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL ENCERRADO EM RELAÇÃO AO DESCAMINHO. MESMO TRATAMENTO CONFERIDO AOS CRIMES CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL RELATIVA AO DESCAMINHO COM EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO AOS CORRÉUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. AUTONOMIA EM RELAÇÃO AO CRIME ANTECEDENTE. ORIGEM DOS VALORES ILÍCITOS. EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. EXISTÊNCIA DE CRIMES PRATICADOS EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTO SUFICIENTE À MANUTENÇÃO DO CURSO DA AÇÃO PENAL SOBRE LAVAGEM DE DINHEIRO. TRANCAMENTO EM SEDE DE HABEAS CORPUS. MEDIDA EXCEPCIONAL. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1 - A Sexta Turma desta Corte firmou o entendimento de que o tratamento conferido aos delitos previstos no art. 1º da Lei nº 8.137/1990 deve também ser aplicado ao descaminho, por se tratarem todos, em última análise, de crimes contra a ordem tributária.

2 - Se na data do oferecimento da denúncia não havia se encerrado o processo administrativo fiscal falta condição objetiva de punibilidade exigida pelo tipo penal, devendo ser trancada a ação penal que apura o descaminho, sem prejuízo de que nova denúncia seja oferecida após o trânsito em julgado na esfera administrativa e a respectiva constituição definitiva do crédito tributário.

(...)

10 - Habeas corpus concedido em parte para trancar a ação penal que apura o crime de descaminho na Ação Penal nº 2006.51.01.523722-9, da 2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, sem prejuízo de que nova denúncia seja oferecida após o encerramento do processo administrativo fiscal, estendo, de ofício, os efeitos desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão aos corréus, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, mantido o curso da referida ação penal em relação aos demais delitos.

(HC nº 137.628/RJ, Relator o Desembargador convocado Horoldo Rodrigues, DJe de 17/12/2010)

Do Supremo Tribunal Federal:

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.

1. O pano de fundo ou a razão de ser da impetração não passou pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça. Casa Superior de Justiça que se limitou a confirmar a intempestividade da apelação manejada pela defesa técnica do acusado. O que impede o conhecimento da ação constitucional por parte do Supremo Tribunal Federal.

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”.

3. 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.

4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal.

(HC nº 105.197/PB, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 18/6/2012)

PROCESSO PENAL E PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DELITO DE NATUREZA MATERIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 1º DA LEI 8.137/90. IMPOSSIBILIDADE DE PROCEDER-SE A QUALQUER ATO DE CUNHO PERSECUTÓRIO PENAL ANTES DA FORMAÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INTELIGÊNCIA DA DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1.571, REL. MIN. GILMAR MENDES. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STF. ENTENDIMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JÁ VIGENTE À ÉPOCA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. E HOJE CONSOLIDADO NA SÚMULA VINCULANTE 24. ORDEM CONCEDIDA.

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

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

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

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

V - Ordem concedida.

(HC nº 97.118/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 23/4/2010)

Impende ressaltar que, quando do oferecimento da denúncia, é dizer, em maio de 2004, o entendimento de que a constituição definitiva do crédito tributário consubstancia condição necessária ao oferecimento da denúncia já se encontrava sedimentado por decisão plenária do Supremo Tribunal Federal tomada no HC nº 81.611/DF, em 10/12/2003, embora o acórdão tenha sido publicado em 13/5/2005.

Pelo exposto, meu voto concede a ordem para trancar a ação penal de que aqui se cuida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2006/0248344-4

HC 70.075 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4612002 8520413

EM MESA

JULGADO: 07/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANA CRISTINA NASSIF KARAM OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GENIVALDO GOMES
PACIENTE : JOSÉ AILTON GOMES

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:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator concedendo a ordem de habeas corpus, pediu vista o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Aguardam as Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura."

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 70.075 - SP (2006/0248344-4) (f)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Sr. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 70.075 - SP (2006/0248344-4) (f)

VOTO-VENCIDO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

O ilustre Ministro Og Fernandes, Relator, assim sumariou a controvérsia:

Cuidam os autos de *habeas corpus* impetrado em favor de Genivaldo Gomes e José Ailton Gomes, apontando-se como coator o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Os pacientes foram denunciados como incurso nos arts. 1º, I e IV, e 2º, I, ambos da Lei nº 8.137/90, visto que, valendo-se de notas fiscais fraudulentas, registraram, em contabilidade, crédito de ICMS em benefício da empresa Rib Silk Comércio de Artigos Promocionais Ltda., no importe de R\$ 30.711,31.

A defesa manejou *habeas corpus* perante a Corte de origem, pretendendo o trancamento da ação penal por falta de justa causa, argumentando a pendência de recurso na esfera administrativa-fiscal, não se mostrando, portanto, exigível o crédito tributário.

O Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu parcialmente a ordem apenas para determinar a suspensão da tramitação da ação penal, bem como do transcurso do prazo prescricional.

Sustenta a impetração a existência de constrangimento ilegal, na medida em que, reconhecida a inexistência de lançamento definitivo, impor-se-ia o trancamento da ação penal pela ausência de condição objetiva de punibilidade.

Prestadas as informações, o parecer do Ministério Público Federal é pela denegação da ordem.

É o relatório.

Sua Excelência concedeu a ordem, adotando o entendimento de que, não constituído definitivamente o crédito tributário, por ocasião da denúncia, há de ser trancada a ação penal, por falta de justa causa.

Ressalvou ainda o Ministro que, mesmo tendo havido a superveniente constituição do crédito, esse fato não é bastante para autorizar a convalidação do processo penal, pois 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.*"

O ilustre Relator foi acompanhado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior e pela Ministra Assusete Magalhães.

Ousei divergir, fazendo-o à conta do entendimento de que, não faz muito sentido, com o reconhecimento superveniente da constituição definitiva do crédito tributário,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

invalidar-se o inquérito ou o processo penal, como no caso, para que tudo seja novamente repetido, exatamente sobre os mesmos fatos.

Não desconheço a existência de precedente no âmbito do Pretório Excelso, firmando a imprestabilidade da persecução penal, mesmo diante de superveniente constituição definitiva do crédito tributário:

Habeas Corpus. 1. Pedido de trancamento de inquérito policial. 2. Crime de sonegação fiscal. 3. A pendência do procedimento administrativo-fiscal impede a instauração da ação penal, como também do inquérito policial. Precedentes: PET (QO) nº 3.593/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, unânime, DJ 2.3.2007; HC nº 84.345/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unânime, DJ 24.3.2006; HC (AgR) nº 88.657/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ 10.8.2006; HC nº 87.353/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, unânime, DJ 19.12.2006; e HC nº 88.994/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJ 19.12.2006. 4. Inquérito policial instaurado antes de devidamente concluído o procedimento administrativo-fiscal. Posterior encerramento da instância administrativa fiscal e a constituição definitiva do crédito tributário não convalida o inquérito policial aberto anteriormente. 5. *Habeas Corpus* deferido. (HC 89902, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/09/2007, DJe-121 DIVULG 10-10-2007 PUBLIC 11-10-2007 DJ 11-10-2007 PP-00056 EMENT VOL-02293-01 PP-00170 RT v. 97, n. 868, 2008, p. 521-528 RDDT n. 147, 2007, p. 159-165)

Todavia, penso que a melhor solução é mesmo de dar andamento ao processo, com a constituição superveniente do crédito, pois aquilo que, num primeiro momento, pendia de acerto administrativo-fiscal, acabou se confirmando, ficando definitivamente constituído.

Trago, nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte, *mutatis mutandis*:

HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – SONEGAÇÃO FISCAL – TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL – INSTAURAÇÃO EM CONCOMITÂNCIA COM O PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO – INEXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO DEVIDO – RECENTE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - TRANCAMENTO DO INQUÉRITO – IMPOSSIBILIDADE

I. O trancamento de inquérito policial somente é viável ante a cabal e inequívoca demonstração da atipicidade do fato ou da completa inexistência de qualquer indício de autoria em relação ao paciente.

II. Consoante recente orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte, eventual crime contra a ordem tributária depende, para sua caracterização, do lançamento definitivo do tributo devido pela autoridade administrativa.

III- Encerrado o procedimento administrativo, e aparentemente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mantido o lançamento definitivo do tributo, não há que se falar em trancamento do inquérito policial.

III. Negaram provimento."

(RHC nº 20.741/SP, Relatora a Desembargadora convocada do TJ/MG JANE SILVA, SEXTA TURMA, DJU de 22/10/2007)

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LEI Nº 8.137/90. LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO. NULIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. IRREGULARIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Na esteira da compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, esta Corte vem entendendo não ser possível o indiciamento ou a deflagração de ação penal pela prática do crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90 enquanto não houver lançamento definitivo do tributo.

2. No caso em exame, contudo, os processos administrativos estão concluídos, não havendo que se falar em falta de justa causa para a ação penal ou para o prosseguimento do inquérito policial, eis que constituído definitivamente o crédito tributário.

.....
5. *Habeas corpus* denegado."

(HC nº 48.822/SP, Relator Ministro PAULO GALLOTI, SEXTA TURMA, DJe 23/06/2008)

Evidenciado não haver nos autos qualquer documento apto a demonstrar a pendência de processo administrativo, além de ter sido noticiado pelo Juízo de 1º grau o término da tramitação do recurso administrativo interposto pelo paciente, com o lançamento definitivo do débito tributário, resta afastado o argumento de falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal.

(HC 56374/SP, Relator Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJ 06/08/2007)

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 70.075 - SP (2006/0248344-4) (f)

VOTO-VENCIDO

A EXMA. SRA. MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE): Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de **GENIVALDO GOMES** e **JOSÉ AILTON GOMES**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (*HC n.º 852041.3/6-0000-000*).

Consta dos autos que os pacientes foram denunciados e estão sendo processados, perante a 4ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto/SP, por suposta infração ao art. 1º, incisos I e IV e ao art. 2º, inciso I, ambos da Lei n.º 8.137/90.

Sustenta a impetração que *"mesmo diante da pendência de decisão no âmbito administrativo, o MM. Juiz a quo deu prosseguimento à Ação Penal"* (fls. 4).

Alega, ainda, que *"somente ao ser constituído definitivamente o crédito tributário em favor da Fazenda Estadual, o bem jurídico a ser tutelado pelo Estado terá sido delimitado e, exclusivamente por esta razão, existirá um crime material e, conseqüentemente, existirá também a condição de procedibilidade para a esfera penal"* (e-STJ 7).

Daí o presente *writ*, no qual a impetrante pugna pela concessão da ordem a fim de que seja determinado o trancamento da ação penal.

A pretensão não merece guarida.

No caso, embora o crédito tributário não estivesse definitivamente constituído, isso já ocorreu, e entendo que não faz mais sentido trancar a ação penal.

Ante o exposto, pedindo vênias ao Min. Relator, DENEGO a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2006/0248344-4

HC 70.075 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4612002 8520413

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANA CRISTINA NASSIF KARAM OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GENIVALDO GOMES
PACIENTE : JOSÉ AILTON GOMES

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:

"Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior concedendo a ordem, o voto da Sra. Ministra Assusete Magalhães no mesmo sentido e os votos divergentes das Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura denegando a ordem, a Turma, por maioria, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidas as Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira e Maria Thereza de Assis Moura."

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.