



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.332 - SP (2013/0396561-1)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
RECORRENTE : PAULO RODRIGUES DA SILVA
ADVOGADO : MARIA CRISTINA BORSATO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE CRIME EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. MÁCULA NÃO EVIDENCIADA.

1. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao recorrente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal.

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. AUSÊNCIA DE DOLO DO ACUSADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR NA AÇÃO PENAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. ACÓRDÃO OBJURGADO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE SODALÍCIO.

1. Em sede de *habeas corpus* somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a manifesta ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta.

2. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há falar em absolvição sumária do acusado, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente *mandamus*, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PENA HIPOTÉTICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INADMISSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL ANTES DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ENUNCIADO N. 24 DA SÚMULA VINCULANTE DO STF. NÃO OCORRÊNCIA DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. Este Tribunal adota o entendimento de que é inviável a declaração de extinção da punibilidade do agente pela prescrição da pretensão punitiva com suporte na sanção hipoteticamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

calculada, pois o ordenamento jurídico pátrio não admite o reconhecimento da referida causa em perspectiva, antecipada ou virtual. Enunciado 438 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Considerando que o crime imputado ao recorrente consuma-se com a constituição definitiva do crédito tributário, nos termos do enunciado 24 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, impossível se cogitar do início do curso do prazo prescricional, como pretendido na inicial da insurgência, em momento anterior.

3. Analisando-se os documentos constantes dos autos, inviável a extinção da punibilidade do acusado, pois o período compreendido entre a constituição definitiva do crédito tributário (24.11.2010) e o recebimento da denúncia (17.9.2012), não foi superior ao prazo prescricional estabelecido para os delitos descritos na peça acusatória, na forma do artigo 109 do Código Penal, qual seja, 12 (doze) anos.

AUSÊNCIA PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME. INEXISTÊNCIA DE CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA EMITIDA EM DESFAVOR DO RECORRENTE. NÃO REALIZAÇÃO DE PERÍCIA CONTÁBIL. IRRELEVÂNCIA. MATERIALIDADE CONSTATADA COM A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUANTO À PESSOA JURÍDICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Quando os ilícitos tributários são praticados na gestão de pessoas jurídicas e em favor destas, é irrelevante, para a persecução penal, que os responsáveis pelas condutas delituosas tenham integrado pessoalmente a relação procedimental deflagrada na esfera administrativa com a finalidade de constituir o crédito.

2. Não se revela indispensável a realização de perícia contábil para a comprovação da materialidade dos crimes previstos no artigo 1º da Lei 8.137/1990, já que a constituição definitiva do crédito tributário é suficiente para tal fim. Precedente.

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA ADESÃO A PROGRAMA DE PARCELAMENTO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE QUAISQUER DAS PARCELAS DO AJUSTE. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO.

1. Consoante se observa da inicial e da decisão que não absolveu sumariamente o acusado, houve pedido de parcelamento da dívida, mas não foi adimplida nenhuma de suas parcelas, o que inviabiliza a extinção da punibilidade do acusado nesta sede.

ALEGADA OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE OS FEITOS. DIFERENTES CONDUTAS IMPUTADAS AO RECORRENTE EM CADA UM DOS PROCESSOS. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA.

1. Na hipótese dos autos, não restou evidenciada a ocorrência do alegado *bis in idem*, tendo em vista que as ações penais deflagradas em desfavor do recorrente cuidam de fatos delituosos distintos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE COM BASE NO ARTIGO 40 DA LEI 6.830/1980. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA IMPUTADA AO ACUSADO. INCONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FALTA DE DEFESA DO RECORRENTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM NA DECISÃO COMBATIDA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Inviável a apreciação diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de atuar em indevida supressão de instância, da aventada ocorrência da prescrição intercorrente com base no artigo 40 da Lei 6.830/1980, da pretendida desclassificação da conduta imputada ao acusado, da vislumbrada inconstitucionalidade da previsão de crimes contra a ordem tributária e da indigitada falta de defesa do recorrente na esfera administrativa, tendo em vista que tais questões não foram analisadas pelo Tribunal de origem na decisão objurgada.

2. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

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, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de outubro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.332 - SP (2013/0396561-1)

RECORRENTE : PAULO RODRIGUES DA SILVA
ADVOGADO : MARIA CRISTINA BORSATO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por PAULO RODRIGUES DA SILVA contra acórdão proferido pela 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou a ordem no HC n. 0050210-07.2013.8.26.0000.

Noticiam os autos que o recorrente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no artigo 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/1990.

Recebida a denúncia, a defesa apresentou resposta à acusação, ocasião em que arrolou 26 (vinte e seis) testemunhas.

O magistrado singular afastou as preliminares arguidas pelo acusado, limitando o número de testemunhas a serem ouvidas a 8 (oito).

Inconformada, a defesa interpôs recurso em sentido estrito e apelação, que não foram recebidos, tendo o magistrado singular os acolhido como *habeas corpus*, remetendo os autos ao Tribunal Estadual, que denegou a ordem.

Sustentam os patronos do recorrente que entre a data dos fatos a ele imputados - janeiro de 1999 - e o recebimento da denúncia - ocorrido em setembro de 2012 - já teriam se passado mais de 13 (treze) anos, motivo pelo qual a pretensão punitiva estatal estaria prescrita.

Alegam que a contagem do prazo prescricional deveria se iniciar a partir do lançamento do crédito tributário - data da entrega da GIA e homologação pela Fazenda -, e não a partir da constituição definitiva do crédito.

Entendem que a previsão de crimes contra a ordem tributária seria inconstitucional, pois violaria os princípios da proporcionalidade, da intervenção mínima e da insignificância.

Argumentam que o recorrente não teria agido com dolo, motivo pelo qual a conduta a ele imputada seria típica, já que as figuras previstas nos artigos 1º e 2º da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.137/1990 não admitiriam a culpa como elemento subjetivo.

Afirmam que não haveria qualquer certidão da dívida ativa em nome do recorrente, motivo pelo qual a materialidade do delito não estaria comprovada.

Aduzem que somente as GIA's declaradas e entregues pela empresa seriam insuficientes para comprovar materialmente a existência de sonegação fiscal, o que ensejaria o reconhecimento da inépcia da denúncia.

Asseveram que os fatos imputados ao recorrente, ocorridos entre os meses de janeiro de 1999 a março de 2000, já teriam sido objeto de outra ação penal deflagrada contra o corréu Joel, em que foi absolvido, o que ensejaria a sua absolvição sumária no feito em tela.

Consignam que nos termos do artigo 40 da Lei 6.830/1980 deveria ser reconhecida a prescrição intercorrente, pois passados mais de 2 (dois) anos entre a data da inscrição do débito em dívida ativa, não havendo, assim, lesão ao Fisco.

Destacam que o recorrente seria primário e de bons antecedentes, motivo pelo qual sua reprimenda deveria ser fixada no mínimo legal, de modo que estaria configurada a prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva.

Apontam que o recorrente teria sido excluído do pólo passivo do outro processo instaurado contra o corréu Joel, o que revelaria que seria parte ilegítima para figurar na presente ação penal, a qual versaria sobre os mesmos fatos.

Esclarecem que o débito tributário apontado na inicial teria sido objeto de parcelamento, motivo pelo qual sua punibilidade deveria ser extinta.

Enfatizam a necessidade de realização de exame contábil na empresa autuada, consoante o disposto no artigo 158 do Código de Processo Penal.

Assinalam que a conduta imputada ao recorrente deveria ser desclassificada para a prevista no artigo 2º, inciso I, da Lei 8.137/1990.

Requerem o provimento do reclamo para que o recorrente seja absolvido sumariamente.

Contra-arrazoada a irresignação (e-STJ fls. 642/648), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 671/680, manifestou-se pelo desprovimento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconformismo.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.332 - SP (2013/0396561-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste recurso ordinário pretende-se, em síntese, a absolvição sumária do recorrente.

De acordo com a denúncia, o recorrente e o corréu Joel Aparecido Gerolin, na condição de proprietários da empresa Joel Gerolin & Cia Ltda. ME, teriam suprimido ICMS no montante de R\$ 28.011,22 (vinte e oito mil, onze reais e vinte e dois centavos) em prejuízo da Fazenda Pública Estadual, pois teriam omitido informações às autoridades fazendárias e, em atitude fraudulenta à fiscalização, creditado-se ilegalmente valores referentes ao referido tributo, deixando de recolhê-los aos cofres públicos (e-STJ fl. 3).

O ora recorrente teria conduzido a mencionada pessoa jurídica a partir de setembro de 1999, quando a adquiriu do corréu Joel Aparecido Gerolim, motivo pelo qual ambos seriam responsáveis pelo recolhimento dos tributos devidos ao Fisco (e-STJ fl. 4).

Com base neste breve relato feito acerca das acusações atribuídas ao recorrente, é imperioso destacar que o devido processo legal constitucionalmente garantido deve ser iniciado com a formulação de uma acusação que permita ao acusado o exercício do seu direito de defesa, para que eventual cerceamento não macule a prestação jurisdicional reclamada.

É dever do órgão acusatório, portanto, narrar de forma satisfatória a conduta delituosa atribuída ao agente, descrevendo todas as suas circunstâncias, conforme a norma disposta no artigo 41 do Código de Processo Penal, para que seja viável o contraditório a ser instituído em juízo.

A doutrina e jurisprudência se alinham ao apontar os requisitos mínimos de uma peça acusatória, podendo-se citar, por todos, as lições de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

"A instauração válida do processo pressupõe o oferecimento de denúncia ou queixa com exposição clara e precisa de um fato criminoso, com todas as suas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias (art. 41 do CPP), isto é, 'não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis), o malefício que produziu (quid), os motivos que a determinaram a isso (cur), a maneira por que a praticou (quomodo), o lugar onde a praticou (ubi), o tempo (quando)' (João Mendes Jr.). (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 90-91.)

No caso dos autos, verifica-se que o Ministério Público narrou satisfatoriamente a conduta atribuída ao recorrente, consignando que no período em que era proprietário e administrava a empresa - a partir de setembro de 1999 - teria omitido informações à Fazenda Estadual e creditado-se ilegalmente de valores referentes ao ICMS.

Vê-se, assim, que narrativa exposta é apta ao exercício do direito de defesa constitucionalmente garantido ao recorrente, razão pela qual não há falar em inépcia da exordial acusatória, já que atendidos todos os requisitos elencados no artigo 41 do Código de Processo Penal.

No que se refere à alegação de que o recorrente não teria agido com dolo e de que seria parte ilegítima para figurar na presente ação penal, é imperioso consignar que se sedimentou na doutrina e jurisprudência pátria o entendimento de que para se acolher o pleito de trancamento da ação penal na via do *habeas corpus* é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação de provas, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade, consoante, aliás, assevera Vicente Greco Filho:

*"No **habeas corpus**, não se deve fazer o exame da prova de processo em tela, o que é cabível através dos meios de defesa de que dispõe o réu no curso da ação. Todavia, aliando-se o inc. VI do art. 648 com o inc. I, que considera ilegal a coação sem justa causa, a jurisprudência e a doutrina têm trancado a ação penal quando não houver base para a acusação, fazendo, assim, análise das provas. O exame, contudo, não é o mesmo que seria feito pelo juiz ao proferir sentença condenatória ou absolutória. Trata-se de um exame de que deve resultar, inequivocadamente, a ausência, em tese, de possibilidade da acusação, de forma que a absoluta inviabilidade de processo signifique constrangimento indevido. Seria o caso, por exemplo, de ação penal por fato atípico ou em que alguém é acusado*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem nenhuma prova que sustente a imputação que lhe é feita" (Manual de processo penal. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 394).

Por oportuno, conveniente registrar que toda denúncia é uma proposta de demonstração da ocorrência de fatos típicos e antijurídicos atribuídos a determinado acusado, sujeita, evidentemente, à comprovação e contrariedade, a qual somente deve ser repelida quando não houver prova da existência de crime ou de indícios de sua participação no evento criminoso noticiado, ou, ainda, quando se estiver diante de flagrante causa de exclusão da ilicitude ou da tipicidade, ou se encontrar extinta a punibilidade.

E como o remédio constitucional não é o instrumento adequado à discussão aprofundada a respeito de provas e fatos, não há como se valorar os elementos probatórios até então colacionados, como pretende o impetrante, para perquirir se a conduta do recorrente seria culposa, bem como se não teria participado dos fatos descritos na denúncia.

Com efeito, para debate dessa natureza reserva-se ao acusado o processo criminal, ocasião em que as partes podem produzir aquelas provas que melhor entenderem alicerçar seus respectivos interesses, além daquela que pode ser feita pelo Juiz da causa, e não nesta oportunidade e instância, no âmbito estreito do *writ*.

Portanto, qualquer conclusão diversa, na via eleita, consoante vem decidindo esta colenda Turma, inevitavelmente levaria à vedada análise de provas em sede de *habeas corpus*.

A propósito:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I E II, DA LEI N. 8.137/1990). (...) PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL COM BASE EM INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE NARRA SATISFATORIAMENTE AS CONDUTAS IMPUTADAS AOS PACIENTES, COM A INDICAÇÃO DO INDISPENSÁVEL NEXO CAUSAL. COAÇÃO ILEGAL. AUSÊNCIA.
(...)

5. O trancamento da ação penal em sede de habeas corpus é medida excepcional, somente se justificando quando demonstrada, inequivocamente, a absoluta ausência de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria, a atipicidade da conduta ou a existência de causa extintiva da punibilidade, hipóteses que não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mostram configuradas na espécie dos autos.

6. Encontra-se suficientemente delineado na exordial acusatória o vínculo subjetivo entre os pacientes, sócios-gerentes e administradores da empresa, e os fatos a eles atribuídos como crimes contra a ordem tributária, de forma o bastante para o prosseguimento da ação penal.

7. Nos crimes societários, de autoria coletiva, a doutrina e a jurisprudência têm abrandado o rigor do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, dada a natureza dessas infrações, uma vez que nem sempre é possível, na fase de formulação da peça acusatória, realizar uma descrição detalhada da atuação de cada um dos indiciados, de forma que se tem admitido um relato mais generalizado do comportamento tido como delituoso.

8. Não há como se exigir que a denúncia narre minuciosamente todos os detalhes do delito supostamente cometido, tendo em vista que inúmeras outras questões importantes somente serão elucidadas durante a fase instrutória e eventualmente até em favor do próprio acusado.

9. Habeas corpus não conhecido.

(HC 151.863/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 04/09/2013)

No que se refere à pretendida extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, seja com base na pena em abstrato, seja com fundamento na sanção em perspectiva, a irresignação não merece acolhida.

Com efeito, a prescrição da pretensão punitiva utilizando como base de cálculo suposta pena a ser concretizada numa possível e futura sentença condenatória, também conhecida por virtual, antecipada ou hipotética, não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico, o qual prevê apenas que a referida causa extintiva regula-se pelo máximo da pena abstratamente cominada ou, ainda, pela sanção concretamente aplicada.

A propósito, confira-se lição de José Frederico Marques:

*A prescrição pode ocorrer 'antes de transitar em julgado a sentença final' (CP, art. 109), ou 'depois de transitar em julgado a sentença final condenatória' (CP, art. 110). No primeiro caso, prescreve o direito de punir no que diz respeito à pretensão de aplicar o preceito sancionador ainda em abstrato; no segundo caso, prescreve o direito de aplicar a sanção constante, **in concreto**, do título penal executório. (Curso de direito penal. São Paulo: Saraiva, v. 3, p. 412.)*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na mesma esteira são os ensinamentos de Júlio Fabbrini Mirabete:

"(...) duas são as espécies da prescrição: 1. prescrição da pretensão punitiva, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença e cujo prazo tem por base de cálculo o máximo da pena cominada ao crime; 2. prescrição da pretensão executória, que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e cujo prazo tem por base de cálculo a pena aplicada. Aplicada porém a pena e não havendo recurso da acusação, a sanção privativa de liberdade não pode ser elevada, devendo por isso ser ela a base para o cálculo da prescrição ainda antes do julgado da decisão para a defesa." (Manual de direito penal. 8ª ed. São Paulo: Atlas, v. 1, p. 393.)

O mencionado jurista, mais adiante, assinala que, *"no Código Penal, em decorrência da reforma penal, a prescrição da pretensão punitiva está prevista no artigo 109 e no artigo 110, pars. 1º e 2º (prescrição intercorrente e retroativa) e a prescrição da pretensão executória é objeto do artigo 110, caput."* (Op. cit., p. 382).

Consoante se infere da irresignação, o recorrente pretende que se utilize de um tipo de prescrição inexistente na legislação pátria, considerando-se uma pena abaixo do máximo previsto para delito pelo qual restou denunciado, na medida em que possuiria condições pessoais favoráveis.

No entanto, o Código Penal, no artigo 109, determina que enquanto não houver pena concreta aplicada, a causa extintiva deve regular-se pelo máximo da sanção privativa de liberdade cominada ao ilícito (prescrição *in abstracto*).

Segundo a doutrina, inviável o reconhecimento desse tipo de prescrição, conforme se pode extrair da seguinte ensinança:

"(...) em tese não é possível falar-se na prescrição da pretensão punitiva com base na pena em concreto sem que haja a sentença condenatória, ou seja, não é admissível o seu reconhecimento tendo como fundamento um previsível ou provável apenamento. Na verdade, somente com a instrução criminal completada, é que o juiz, na sentença, pode aferir todos os elementos probatórios referentes às circunstâncias que influem na fixação da pena, que, em tese, pode sempre atingir o máximo cominado abstratamente. (Op. cit., p. 394.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A mesma opinião é emitida por Damásio de Jesus, leia-se:

"(...)a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição retroativa pressupõe a existência de uma sentença condenatória. Em face disso, não pode ser reconhecida antes da condenação. (Prescrição penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 145.)

Na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a questão também se encontra pacificada, conforme se pode depreender dos julgados do Supremo Tribunal Federal abaixo colacionados:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO TENTADO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. RECOMENDAÇÃO.

I – As causas de aumento ou diminuição de pena – sejam elas gerais ou especiais – influem na contagem do prazo de prescrição da pretensão punitiva do Estado. Precedentes.

II – Segundo o art. 109, II, do Código Penal, a reprimenda prevista de 10 (dez) anos de reclusão prescreve em 16 (dezesseis) anos.

III – Não se verificou lapso temporal igual ou superior a 16 (dezesseis) anos desde o recebimento da denúncia, não se havendo falar, portanto, em prescrição da pretensão punitiva quanto ao delito de roubo qualificado tentado.

IV – Embora tenha transcorrido quase 15 (quinze) anos desde o recebimento da denúncia, a remansosa jurisprudência desta Corte tem repellido, de forma sistemática, a denominada prescrição antecipada pela pena em perspectiva, em razão de ausência de previsão em nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, menciono as seguintes decisões, entre outras: RHC 94.757/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 94.729/SP e RHC 88.291/GO, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 90.337/SP e HC 99.614/SC, Rel. Min. Ayres Britto; HC 88.087/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

V – Recurso ordinário ao qual se nega provimento, com recomendação. (RHC 121152, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 27-03-2014 PUBLIC 28-03-2014.)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AGRAVO REGIMENTAL QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA, PROJETADA OU ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INADMISSIBILIDADE. A petição de agravo regimental não impugnou os fundamentos da decisão agravada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

limitando-se a repetir as razões de mérito desenvolvidas no recurso extraordinário. Nesses casos, é inadmissível o agravo, conforme a orientação do Supremo Tribunal Federal. Precedente. De qualquer forma, é inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 708233 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 05-11-2013 PUBLIC 06-11-2013.)

Tal entendimento foi, inclusive, sumulado por esta Corte Superior de Justiça, consoante se infere no enunciado 438, *verbis*:

"É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal."

Além do que, não obstante os relevantes argumentos deduzidos na presente insurgência, ao aceitar a possibilidade da existência de uma prescrição hipotética estar-se-ia violando a garantia ao devido processo legal, segundo o qual o acusado em processo penal tem o direito de ter um julgamento onde lhe seja oportunizada a ampla defesa, o contraditório e o duplo grau de jurisdição, amputando-se a possibilidade de um juízo de mérito legalmente constituído, no âmbito do qual, inclusive, poderá ter afastada a responsabilidade criminal que lhe é atribuída na exordial acusatória.

Também não há falar, na hipótese, em prescrição considerando-se a pena máxima cominada ao delito no que tange aos fatos ocorridos no ano de 1999.

Nos termos do enunciado 24 da Súmula Vinculante, não há crime material contra a ordem tributária antes da constituição definitiva do crédito.

Ora, se o delito sequer havia se consumado antes do esgotamento da via administrativa, impossível se cogitar do início do curso do prazo prescricional, como pretendido na inicial da insurgência.

E, analisando-se os documentos constantes dos autos, inviável a extinção da punibilidade do acusado, pois o período compreendido entre a constituição definitiva do crédito tributário (24.11.2010 - e-STJ fl. 5) e o recebimento da denúncia (17.9.2012 -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e-STJ fl. 320), não foi superior ao prazo prescricional estabelecido para os delitos descritos na peça acusatória, na forma do artigo 109 do Código Penal, qual seja, 12 (doze) anos.

Quanto à afirmação de que não haveria certidão de dívida ativa emitida em nome do recorrente, é necessário esclarecer que tal fato em nada interfere na comprovação da materialidade dos delitos a ele assestados, uma vez que teriam sido praticados no âmbito de pessoa jurídica com relação a quem o crédito tributário foi definitivamente constituído, o que é suficiente para que possa ser deflagrada a persecução penal em desfavor dos autores do delito segundo os indícios que acompanham a exordial acusatória.

De fato, para que o Ministério Público possa oferecer denúncia, basta que o crédito tributário esteja definitivamente constituído, sendo irrelevante se o foi em nome de um, alguns ou todos aqueles que venham a ser acusados na esfera criminal, até mesmo porque a responsabilidade tributária e penal não se confundem, possuindo características e pressupostos distintos.

Ademais, não se revela indispensável a realização de perícia contábil para a comprovação da materialidade dos crimes previstos no artigo 1º da Lei 8.137/1990, já que a constituição definitiva do crédito tributário é suficiente para tal fim.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME TIPIFICADO NO ART. 1.º, INCISO I, DA LEI N.º 8.137/90. LANÇAMENTO DEFINITIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MATERIALIDADE DELITIVA DEVIDAMENTE COMPROVADA. SÚMULA VINCULANTE N.º 24. POSTERIOR PERÍCIA CONTÁBIL. PRESCINDIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Os crimes contra ordem tributária, previstos no art. 1.º, incisos I a IV, da Lei n.º 8.137/90, não se tipificam antes do lançamento definitivo do tributo, nos termos da Súmula Vinculante n.º 24.

Todavia, constatada a materialidade delitiva no decorrer do processo administrativo, com a consequente constituição do crédito tributário, mostra-se prescindível a realização de ulterior perícia contábil, mormente no caso em que o Juízo sentenciante consigna que a sonegação fiscal se encontrava devidamente comprovada mediante outros elementos de convicção constantes dos autos.

2. Nesse contexto, o Juízo processante pode indeferir as provas desnecessárias ao esclarecimento da verdade, como in casu, nos moldes do art. 184 do Código de Processo Penal.

3. Recurso desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(RHC 28.568/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 23/11/2012)

Ainda que assim não fosse, das peças processuais acostadas ao reclamo constata-se que foi realizada perícia contábil em determinados documentos que instruíram o inquérito policial (e-STJ fls. 86/89), o que afasta a ilegalidade suscitada pela defesa.

Em arremate, é imperioso destacar que, ao contrário do que sustentado na irresignação, a materialidade dos delitos em tela não foi comprovada apenas por meio das GIA's declaradas e entregues pela empresa, mas sim por meio da íntegra do processo administrativo, conforme se depreende do seguinte excerto da denúncia:

"Lavrado o mencionado Auto de Infração e Imposição de Multa - AIIM, os denunciados não pagaram o tributo e a respectiva multa. Houve pedido de parcelamento da dívida, mas sequer a 1ª parcela foi honrada, demonstrado a intenção dos agentes de não recolher os tributos que suprimiram. O montante devido foi inscrito na dívida ativa da Fazenda Pública em 24 de novembro de 2010 (fls. 43), após apuração do fato na esfera administrativa, tudo conforme demonstrado nas cópias acostadas aos autos pelo Fisco Estadual (fls. 04/39).

No tocante à alegação de que teria ocorrido o parcelamento do débito tributário, consoante se infere do ofício encaminhado à Promotoria de Justiça pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, o parcelamento originado do auto de infração lavrado contra a Joel Gerolin & Cia Ltda. ME **"NÃO FOI CELEBRADO, já que não houve o pagamento da 1ª (primeira) parcela no prazo fixado"** (e-STJ fl. 48), o que inviabiliza o reconhecimento da extinção da punibilidade do recorrente.

Também não procede o entendimento de que o recorrente estaria sendo processado duas vezes pelos mesmos fatos.

Como é cediço, o ordenamento jurídico pátrio não admite que o Estado ajuíze mais de uma ação penal contra o mesmo réu pelos mesmos fatos criminosos.

Para se analisar a ocorrência de litispendência ou de violação à coisa julgada, deve-se verificar se o acusado é o mesmo e se a imputação coincide nos processos em questão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso dos autos, da leitura da denúncia ofertada na presente ação penal, observa-se que o recorrente e o corréu Joel Aparecido Gerolim foram acusados de, entre os meses de janeiro de 1999 a março de 2000, suprimirem ICMS ao omitirem informações às autoridades fazendárias, creditando-se ilegalmente do tributo devido, no âmbito da empresa Joel Gerolin & Cia Ltda. ME (e-STJ fls. 3/4).

Por outro lado, na outra ação penal deflagrada contra o corréu Joel, na qual foi absolvido (e-STJ fls. 158/169), o órgão ministerial aduziu que entre os meses de janeiro de 1999 a abril de 2000, teria, mediante 16 (dezesesseis) condutas distintas, sempre se prevalecendo das mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, suprimido tributo, mediante fraudes à fiscalização tributária, consistentes na prestação de declaração falsa à autoridade tributária e na inserção de elementos inexatos em documentos e livros exigidos pela legislação fiscal (e-STJ fl. 176).

Vê-se, assim, que as condutas atribuídas ao recorrente nos processos em apreço são totalmente distintas, já que o indevido creditamento do tributo na ação penal em tela se deu em razão da omissão de informações, ao passo que na apontada acusação geradora da litispendência houve supressão de tributo mediante fraude, o que evidencia a inexistência de *bis in idem*.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. (...) 2. LITISPENDÊNCIA. INEXISTÊNCIA. 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(...)

2. Não há que se cogitar de litispendência se os fatos versados nas ações penais são absolutamente distintos, inexistindo identidade de causa de pedir e pedido.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RHC 30.182/AL, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 29/04/2013)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE, PREVISTO NO ART. 1º, INCISO XIII, DO DECRETO-LEI N.º 201/1967, C.C. O ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE IDENTIDADE NAS ACUSAÇÕES PROCEDIDAS CONTRA O ORA PACIENTE.

LITISPENDÊNCIA: NÃO CONFIGURAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Litispendência significa identidade da lide, ou seja, igualdade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

partes, de pedido e de causa de pedir, concomitantemente, o que não ocorre na hipótese. Embora nas ações penais mencionadas tenha o Paciente sido acusado de contratar, irregularmente, servidores públicos municipais, entre 2002 e 2004, os fatos não são comuns, pois referem-se a servidores diversos. Não ocorrência de identidade de pedidos.

2. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 176.940/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013)

Finalmente, inviável a apreciação da aventada ocorrência da prescrição intercorrente com base no artigo 40 da Lei 6.830/1980, da pretendida desclassificação da conduta imputada ao acusado e da vislumbrada inconstitucionalidade da previsão de crimes contra a ordem tributária, uma vez que tais questões não foram objeto de apreciação pelo Tribunal Estadual, o que impede sua análise diretamente por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância, consoante reiterados julgados desse Sodalício.

Nesse norte:

HABEAS CORPUS. (...) MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...)

6. Inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, de matérias não analisadas pela Corte de origem, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC

279.802/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 05/05/2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. (...) NULIDADES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) NÃO CONHECIMENTO.

1. Se as apontadas nulidades no trâmite processual - informações anônimas, ausência de fundamentação para o recebimento da denúncia, revelia, vício na oitiva de testemunha e impropriedade no laudo pericial -, deixaram de ser questionadas e debatidas perante a Corte originária, não merece conhecimento o writ nestes pontos, sob pena de supressão de instância. Precedentes.

(...)

7. Recurso ordinário conhecido em parte e, nesta extensão, não provido.

(RHC 42.294/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 05/05/2014)

Assim, estando a decisão impugnada em total consonância com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há falar em absolvição sumária do acusado, pois de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente *mandamus*, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses previstas no artigo 397 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, **conhece-se** parcialmente do recurso e, nessa extensão, **nega-se-lhe provimento**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0396561-1

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 43.332 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00039284020118260400 00502100720138260000 39284020118260400 4000120110039281

EM MESA

JULGADO: 14/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PAULO RODRIGUES DA SILVA
ADVOGADO : MARIA CRISTINA BORSATO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : JOEL APARECIDO GEROLIN

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.