



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 260.354 - PE (2012/0251966-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

R.P/ACÓRDÃ : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

O

IMPETRANTE : ALAN CLÉCIO DE CARVALHO RAMOS E OUTRO

ADVOGADO : ALAN CLÉCIO DE CARVALHO RAMOS E OUTRO(S)

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

PACIENTE : JOMÁ BALBINO SOARES

PACIENTE : LUZINETE MARIA DE SOUZA LEÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI N. 8.137/90, ART. 1º, INC. V) E CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO (LEI N. 8.078/90, ART. 66). ALCANCE DA SÚMULA VINCULANTE N. 24 DO STF. ANÁLISE DOS PRECEDENTES QUE DERAM ORIGEM AO ENUNCIADO VINCULATIVO. ELASTÉRIO IMPRÓPRIO AO CASO CONCRETO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Não se verifica, nos precedentes que deram origem ao enunciado vinculativo n. 24 do Supremo Tribunal Federal, a concessão da ordem para determinar o trancamento de ação penal ou inquérito policial, em relação à conduta prevista no inciso V do art. 1º da Lei n. 8.137/90.

2. A necessidade de se expor a relação dos precedentes que deram origem à Súmula Vinculante presta-se não só a descortinar o que foi debatido em cada um dos casos, mas, principalmente, a delimitar o alcance do seu enunciado cuja aplicação deve ser excepcional.

3. E quando se voltam os olhos aos julgados que analisam a prática do inciso V, constata-se que a exclusão das condutas de "negar ou deixar de fornecer [nota fiscal ou documento equivalente], (...) ou fornecê-la em desacordo com a legislação" não foi despropositada.

4. O que se percebe nas hipóteses em que o agente usa de fraude (ideológica e/ou documental), para supressão ou redução do imposto, é que a autoridade administrativa ficaria alheia à ação delituosa sem a apreensão dos documentos falsificados – a fraude documental – e/ou emitidos em desacordo com a legislação de regência – a fraude ideológica –, pois, por óbvio, sem esse flagrante e sem a posterior apuração dos fatos mediante instauração de inquérito policial, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Administração Fiscal não teria conhecimento dos valores supostamente sonegados.

5. Em razão de tal peculiaridade, até mesmo nos casos em que praticadas as condutas dos incisos I a IV do artigo 1º da Lei n. 8.137/90, verifica-se possível a instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal. Nessa diretriz: STF, HC n. 95.443, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 18/2/2010; HC n. 96.324, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 17/8/2011. STJ, RHC n. 24.029/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 7/2/2011; RHC n. 19.083/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 4/12/2006.

6. Dessa forma, caracteriza-se impróprio elastecer o comando da Súmula Vinculante n. 24 a condutas que refogem aos tipos dos incisos I a IV da Lei n. 8.137/90, não apenas em razão da literalidade do enunciado, mas, sobretudo, em respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal relativos ao cerne da questão.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, prosseguindo no julgamento após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz não conhecendo do pedido de habeas corpus, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), e o voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente) não conhecendo do pedido de habeas corpus, mas concedendo a ordem de ofício, acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, por unanimidade, não conhecer do pedido de habeas corpus nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora e, por maioria, rejeitar a proposta de concessão da ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão, vencidos, neste ponto, a Sra. Ministra Relatora e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente). Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz (voto-vista), Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto ao não conhecimento da ordem. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com o Sr. Ministro Rogerio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Schietti Cruz quanto à rejeição da proposta de concessão da ordem de ofício.

Brasília, 02 de setembro de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 260.354 - PE (2012/0251966-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ALAN CLÉCIO DE CARVALHO RAMOS E OUTRO
ADVOGADO : ALAN CLÉCIO DE CARVALHO RAMOS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JOMÁ BALBINO SOARES
PACIENTE : LUZINETE MARIA DE SOUZA LEÃO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOMÁ BALBINO SOARES e LUZINETE MARIA DE SOUZA LEÃO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (HC n.º 0012276-98.2012.8.17.0000).

Ressuma dos autos que os pacientes são investigados, nos autos do Inquérito Policial n.º 09905-9031.000004/2010-1.3 (Processo n.º 0010370-38.2011.8.17.1090, da 1.ª Vara Criminal da comarca de Paulista/PE), por suposta afronta ao disposto no art. 1º, V, da Lei n.º 8.137/90 e art. 66 da Lei n.º 8.078/90.

Após o indiciamento, diante da iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, por parte do Juízo de primeiro grau, a defesa impetrou *habeas corpus*, que restou denegado, nos termos da seguinte ementa (fl. 179):

"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA RELAÇÕES DE CONSUMO. OMISSÃO DE INFORMAÇÃO RELEVANTE. CDC, ART. 66. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. NOTA FISCAL. NEGATIVA DE FORNECIMENTO. LEI 8.137/90, ART. 1º, INC. V. DELITOS FORMAIS. VIA ADMINISTRATIVA. EXAURIMENTO DESNECESSIDADE. INQUÉRITO. TRANCAMENTO INVIÁVEL LIBERDADE. RECEIO DE LESÃO. AUSÊNCIA. SALVO-CONDUTO NEGADO.

1. Sendo o delito do art. 66, do CDC - fazer afirmação falsa ou omitir informação relevante sobre preço, alheio à seara administrativo-fiscal, descabe pretender o trancamento das investigações policiais ou de ação penal, a pretexto de faltar o lançamento definitivo do tributo.

2. A negativa de fornecimento de nota fiscal, tipificada no art. 1º, inc. V, da Lei n. 8.137/90, configura delito formal e dispensa o exaurimento da via administrativo-fiscal para instauração de inquérito policial ou de ação penal, pois, não há crédito tributário suprimido ou pago a menor.

3. O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante 24, assentou a atipicidade das condutas previstas nos incs. I a IV do art. 1º, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do crédito tributário, deixando de fora o delito do inc. V, por cuidar-se de crime formal ou de conduta, prescindindo de apuração administrativa de tributo.

4. A concessão de *habeas corpus* preventivo reclama demonstração de manifesto receio de lesão à liberdade individual, não evidenciado pela mera



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência de investigações policiais em curso.
5. Ordem denegada. Decisão por maioria."

Daí o presente *writ*, no qual os impetrantes alegam que houve *erro in judicando* no acórdão lavrado pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, pois o STF, após muita discussão, acabou definindo que os crimes previstos no artigo 1º da Lei n.º 8.137/90 são crimes materiais que apenas se consumam com a supressão ou redução de tributos ou de acessório, o que resultou na publicação da Súmula Vinculante n.º 24.

Sustentam que, apesar do verbete sumular fazer referência expressa apenas aos incisos I a IV, dando margem à interpretação de que o inciso V estaria de fora, os precedentes nos quais o STF se baseou para estabelecer a súmula vinculante consideram que todos os incisos do art. 1º, da Lei n.º 8.137/90 são crimes materiais. Obtemperam que, assim, torna-se imprescindível o lançamento definitivo do crédito tributário como condição para que se deflagre a persecução criminal.

Defendem que a "configuração do delito tipificado no art. 1º, inciso V da Lei 8.137/90, depende da ocorrência de prejuízo para o Estado, o que não é o caso, haja vista que após o esaurimento da discussão administrativa do procedimento realizado pelo estabelecimento dos Pacientes é que haverá ou não prejuízo ao estado, e, portanto tipo penal" (fl. 5).

Pontuam que o Tribunal de origem equivocou-se ao afirmar que "descabe pretender o trancamento das investigações policiais ou de ação penal, a pretexto de faltar o lançamento definitivo do tributo", porquanto que o preço do produto depende da decisão administrativa, de modo que resta imprescindível o trancamento do inquérito policial a fim de aguardar a referida decisão, nos autos do Processo n.º 2011.000001779498-83, do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco - TATE.

Destaca que falta justa causa para o inquérito policial pela apuração do crime tipificado no art. 1º, inciso V, da Lei n.º 8.137/90, que é material e de resultado, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo tributário de lançamento.

Requer, liminarmente e no mérito, o trancamento do Feito n.º 001370-38.2011.8.17.1090, em trâmite na 1ª Vara Criminal da Comarca de Paulista-PE, com a expedição de salvo-conduto, até a constituição definitiva do crédito no caso em apreço.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 195/197), sendo solicitadas informações ao Juízo singular, trazidas às fls. 203/205, e à autoridade apontada como coatora, acostadas às fls. 208/214 e 217/220.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Rodrigo Janot Monteiro de Barros (fls. 222/226), pelo não conhecimento do *writ*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Notícias colhidas em contato telefônico com a instância de origem e juntadas aos autos dão conta de que o Juízo primevo declinou da competência em 4.2.2013, sendo o feito remetido para a Comarca de Cabo de Santo Agostinho/PE, sob o novel n.º 0004839-26.2013.8.17.0370, estando o inquérito policial ainda em andamento.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 260.354 - PE (2012/0251966-2)

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

De proêmio, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las." (HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do REsp ou a impetração do *habeas corpus*. Mostra-se imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração. Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente violação da lei.

Para o deslinde da questão objeto deste *habeas corpus*, faz-se necessário fixar qual é o bem jurídico tutelado pelas normas em apreço.

Relativamente ao artigo 66 do Código de Defesa do Consumidor, salta aos olhos a proteção às relações de consumo, a fim de que o adquirente obtenha adequados informes acerca do preço do produto; do valor pago pelo objeto.

No tocante ao artigo 1.º da Lei n.º 8.137/90, o bem que se visa proteger é a ordem tributária, cujo escopo, por sua vez, consiste em viabilizar o recolhimento de tributos, os quais se revertem em prol dos indivíduos integrantes do Estado Social de Direito, permitindo que logrem propósitos de justiça social distributiva e democrática no Brasil.

O fim último dessa norma penal é propiciar a arrecadação de um tributo, de forma a beneficiar uma coletividade, em nome do princípio da solidariedade, que rege toda a matéria tributária. Desse modo, nos crimes previstos na Lei n.º 8.137/90, extingue-se a punibilidade com o pagamento do tributo, por força dos artigos 68 e 69 da Lei n.º 11.941/09, que assim dispõem:

"Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal."

De se notar que, enquanto não haja decisão definitiva no processo administrativo, diante da ausência de crédito tributário, certo e líquido, falta justa causa para a persecução penal.

De fato, só é possível deixar de recolher quando o tributo deva ser efetivamente recolhido. Trata-se de um pressuposto lógico: somente deverá ser recolhido o tributo quando houver a certeza de sua existência, seu valor e sua exigibilidade, o que só será possível após a sua declaração, por quem de direito. E somente cabe o lançamento definitivo à autoridade administrativa, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Nessa seara, verifica-se que o conceito de "tributo" da norma penal em voga é elemento normativo do tipo. Assim, para que possa existir a conduta de omissão no repasse do tributo, imprescindível, logicamente, se faz a existência do tributo a ser recolhido.

Pairando discussão sobre o que se é devido, o exaurimento da instância administrativa constitui, então, condição de procedibilidade para a eventual ação penal. Desse modo, enquanto não constituído definitivamente o débito devido, inexistente crime, nos termos da Súmula vinculante n.º 24 do Pretório Excelso, *verbis*:

"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."

Na espécie, o delito imputado aos paciente - o artigo 1º, inciso V, da Lei nº 8.137/90 - elenca múltiplos verbos:

"Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, **ou fornecê-la em desacordo com a legislação.**

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa."

Ao caso, aplica-se a figura de "fornecer" nota fiscal em desacordo com a legislação, conforme enaltece o relatório policial (fl. 82).

Pontue-se que o citado inciso não restou abrangido pelo enunciado sumular. Contudo, alguns dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, que serviram de supedâneo para a redação sumular, consideram todos os incisos do artigo 1.º da Lei dos Crimes contra a Ordem Tributaria como crimes materiais, ou seja, o reconhecimento da tipicidade da ação do agente somente ocorre mediante a efetiva supressão ou redução do tributo - conduta definida no *caput* da norma e comum a todos os subsequentes incisos -, o que somente restará apurado com a constituição do crédito devido pelo agente. Sobre a abrangência da citada súmula, confirmam-se os arestos basilares do Pretório Excelso:

"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."

(HC 81611/DF; Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Julgamento: 10/12/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 13-05-2005 PP-00006; EMENT VOL-02191-1 PP-00084)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"I. Habeas corpus: admissibilidade: trancamento de inquérito policial. Se se trata de processo penal ou mesmo de inquérito policial, a jurisprudência do STF admite o Habeas corpus, dado que de um ou outro possa advir condenação à pena privativa de liberdade, ainda que não iminente, cuja aplicação poderia ser viciada pela ilegalidade contra a qual se volta a impetração da ordem.

II. Crime material contra a ordem tributária (L. 8.137/90, 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: precedente (HC 81.611, Pleno, 10.12.2003, Pertence, Inf.STF 333)."

(HC 86120/SP; Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Julgamento: 09/08/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma; DJ 26-08-2005 PP-00028; EMENT VOL-02202-3 PP-00520; LEXSTF v. 27, n. 321, 2005, p. 496-500)

"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO HÁ JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL ENQUANTO O LANÇAMENTO DO TRIBUTO ESTIVER PENDENTE DE DECISÃO DEFINITIVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 86611, fixou o entendimento de que para o oferecimento da denúncia por crime contra a ordem tributária é imprescindível o exaurimento da via administrativa.

Habeas corpus concedido para trancar a ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia após exaurida a esfera administrativa. Razão pela qual fica suspenso o curso do prazo prescricional."

(HC 85463/RJ; Relator(a): Min. CARLOS BRITTO; Julgamento: 07/06/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma; DJ 10-02-2006 PP-00009; EMENT VOL-02220-02 PP-00240; LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 373-377)

Não se descarta do entendimento exarado pela Egrégia Quinta Turma desta Corte, no sentido de se expurgar o inciso V do alcance da súmula da Corte Constitucional, mediante a consideração de crime formal, *verbis*:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISOS II E V, E ART. 2º, INCISO II, DA LEI N.º 8.137/90. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO COM PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO PACIENTE. ANULAÇÃO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. NOVA DENÚNCIA. ART. 1º, INCISO V, DA LEI N. 8.137/90. CRIME FORMAL, QUE SE CONSUMA COM A MERA OMISSÃO DO AGENTE. PRESCRIÇÃO VERIFICADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. MATÉRIA DE DIREITO PÚBLICO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA RECONHECER A PRESCRIÇÃO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL, COM EXTENSÃO DA ORDEM AOS CORRÉUS.

1. Os crimes contra a ordem tributária previstos no art. 1º, incisos I a IV da Lei 8.137/90 não se tipificam antes do lançamento definitivo do tributo, nos termos da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal. Contudo, o delito do art. 1º, inciso V, da Lei n.º 8.137/90 é formal, não estando incluído na exigência da referida Súmula Vinculante. Assim, a prescrição para o referido crime ocorre na forma prevista no art. 111, inciso I, do Código Penal.

2. No caso dos autos, em que os fatos ocorreram nos anos de 1993 e 1994, e a nova denúncia, oferecida apenas em 05/11/2008, imputou ao Paciente apenas a prática do delito previsto no art. 1º, inciso V, da Lei n.º 8.137/90, verifica-se a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

3. Ordem de *Habeas corpus* concedida, de ofício, para reconhecer a extinção da punibilidade do Paciente pela prescrição da pretensão punitiva, com extensão da ordem aos corréus, que se encontram em idêntica situação processual."

(HC 195.824/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 06/06/2013)

Assim já me manifestei, em decisão unipessoal prolatada no AREsp n.º 187.334/SP, DJe de 21.11.2013, *verbis*:

"(...)

De igual maneira, no que toca à aventada negativa de vigência ao artigo 1º da Lei n.º 8.137/90, verifica-se que o Tribunal recorrido adotou entendimento que não destoa da jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça. Em verdade, a respeito da matéria, assim manifestou-se a Corte *a quo*:

"(...)

Dessa forma, observa-se que o entendimento adotado pelo Tribunal recorrido guarda fina sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, conforme já assentou esta Corte o crime previsto no inciso V do artigo 1º da Lei n.º 8.137/90 não exige o encerramento do processo administrativo para ensejar justa causa para a ação penal.

Ademais, é de se destacar que tal entendimento está de acordo com a exegese contida na Súmula Vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: '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.' Confirmam-se, neste sentido, os precedentes:

'HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISOS II E V, E ART. 2º, INCISO II, DA LEI N.º 8.137/90. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO COM PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO PACIENTE. ANULAÇÃO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. NOVA DENÚNCIA. ART. 1º, INCISO V, DA LEI N. 8.137/90. CRIME FORMAL, QUE SE CONSUMA COM A MERA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OMISSÃO DO AGENTE. PRESCRIÇÃO VERIFICADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. MATÉRIA DE DIREITO PÚBLICO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA RECONHECER A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL, COM EXTENSÃO DA ORDEM AOS CORRÉUS.

1. Os crimes contra a ordem tributária previstos no art. 1º, incisos I a IV da Lei 8.137/90 não se tipificam antes do lançamento definitivo do tributo, nos termos da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal. Contudo, o delito do art. 1º, inciso V, da Lei n.º 8.137/90 é formal, não estando incluído na exigência da referida Súmula Vinculante. Assim, a prescrição para o referido crime ocorre na forma prevista no art. 111, inciso I, do Código Penal.

2. No caso dos autos, em que os fatos ocorreram nos anos de 1993 e 1994, e a nova denúncia, oferecida apenas em 05/11/2008, imputou ao Paciente apenas a prática do delito previsto no art. 1º, inciso V, da Lei n.º 8.137/90, verifica-se a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

3. Ordem de Habeas corpus concedida, de ofício, para reconhecer a extinção da punibilidade do Paciente pela prescrição da pretensão punitiva, com extensão da ordem aos corréus, que se encontram em idêntica situação processual.'

(HC 195.824/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 06/06/2013)

'RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 1º, I E II, DA LEI N.º 8.137/90, NA FORMA DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL. VIA INADEQUADA. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Consoante o disposto no enunciado n.º 24 da Súmula Vinculante, '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. No caso dos autos, demonstrado que o débito tributário foi devidamente constituído na esfera administrativa, não há que se falar em ausência de justa causa.

3. Eventuais irregularidades ocorridas no curso do processo administrativo-fiscal devem ser alegadas na esfera adequada, visando à anulação do crédito tributário.

4. É cediço que na estreita via do remédio heróico só se admite o trancamento da ação penal caso exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação do contexto de provas, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade, o que não ocorre no caso em questão.

5. Recurso a que se nega provimento.'

(RHC 28.940/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 20/03/2012)

No mesmo sentido, confira-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

'CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - NEGATIVA EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FORNECER DOCUMENTO OBRIGATÓRIO - PRESCINDIBILIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. O crime previsto no inciso V do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 - 'negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação' - prescinde do processo administrativo-fiscal e a instauração deste não afasta a possibilidade de imediata persecução criminal.' (HC 96.200/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, Dje 28/05/2010)

Dessarte, verifica-se que quanto à sustentada violação aos artigos 619 do Código de Processo Penal e 1º da Lei nº 8.137/90, está pacificada a jurisprudência nesta Corte, sendo aplicável, portanto, a orientação prevista no enunciado 83 deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que 'não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida'. Importante, destacar que referida orientação se aplica tanto no que concerne aos recursos interpostos com base na alínea 'c' quanto com base na alínea 'a' do permissivo constitucional.
(...)"

Não obstante, debruçando-me melhor sobre a *quaestio*, creio que, independentemente da existência do fato gerador, a ensejar a obrigação tributária, a cobrança do tributo somente ocorre quando devidamente constituído o crédito, mediante ordeiro lançamento definitivo (processo fiscal às fls; 37/40). Assim, até o seu adimplemento, não há falar em supressão ou redução tributária (Artigo 1.º da Lei n.º 8.137/90), mediante o fornecimento de nota fiscal em desacordo com a legislação (inciso V).

Igual sorte compartilha o artigo 66 do Código de Defesa do Consumidor pois, apesar de crime formal, consoante o entendimento doutrinário, o reconhecimento da feitura de afirmação falsa ou omissão de informação relevante ao consumidor sobre o preço do produto depende de decisão administrativa, a especificar o valor do bem adquirido pelo consumidor.

Portanto, prematura se mostra a assertiva de que ocorre prejuízo ao Estado, sendo despidendo o dano para o adquirente, mas imprescindível a configuração de elementar do tipo, a demonstrar em que consistiu o suposto preço da *res*, em prol da própria caracterização de eventual falsidade ou omissão. Nesse sentido, veja-se este precedente:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUEDA DE EDIFÍCIO. CONTROVÉRSIA ACERCA DA ABRANGÊNCIA DO CONTRATO DE SEGURO. DENÚNCIA CONTRA OS DIRETORES DA SEGURADORA POR ESTELIONATO, CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR E CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. INÉPCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Hipótese em que se instalou controvérsia entre empresa seguradora e condomínio contratante acerca do significado e alcance da terminologia empregada no contrato de seguro firmado, cujos termos foram regularmente aprovados pela Superintendência de Seguros Privados –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUSEP, Autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro. Questão adstrita ao direito privado. Ausência de elementares dos crimes denunciados. Inépcia da denúncia.

2. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal n.º 222.2006.000387-0, em trâmite perante a 2.ª Vara Criminal da Comarca de Jaboatão dos Guararapes/PE."

(HC 64.849/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 449)

Ao que cuido, maior cuidado deve ser dispensado no âmbito criminal, em que se encontra em risco a liberdade de locomoção, eis que a questão que se discute na esfera administrativa interfere diretamente no reconhecimento da própria existência do tipo penal.

Dessarte, como já assentado nesta Corte, a dúvida razoável acerca da existência ou não do crédito é pressuposto para o reconhecimento de elemento do tipo. Vejam-se, nesse sentido, a jurisprudência deste Areópago:

"*HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EXPOSIÇÃO DE MERCADORIAS À VENDA SEM A EMISSÃO DA NOTA FISCAL DE TRÂNSITO. ATOS TENDENTES À SUPRESSÃO DE TRIBUTO. ART. 2º., I DA LEI 8.137/90. AUSÊNCIA DE EFETIVA VENDA DA MERCADORIA (FATO GERADOR DO ICMS). NÃO CONFIGURAÇÃO DO DELITO DO ART. 1º., V DA LEI 8.137/90 QUE DEPENDE DA OCORRÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO À FAZENDA PÚBLICA. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR A REMESSA DOS AUTOS AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

1. O STJ possui o entendimento no sentido de que para a configuração do delito tipificado no art. 1º., V da Lei 8.137/90 é necessária a efetiva venda da mercadoria ou prestação do serviço (fato gerador do ICMS), isso porque é crime material, dependendo da ocorrência de prejuízo para o Estado, consistente na supressão ou redução do tributo.

2. No caso, a paciente apenas expôs a mercadoria à venda sem a emissão da nota fiscal de trânsito, conduta tipificada, em tese, no art. 2º., I da Lei 8.137/90 (atos preparatórios da sonegação), porquanto não houve a efetiva venda da mercadoria (fato gerador do tributo).

3. A inscrição do débito na dívida ativa, conquanto seja condição objetiva de punibilidade (art. 83 da Lei 9.430/96), não altera a tipificação da conduta da paciente, mormente quando evidenciado que a ré não praticou sequer o fato gerador do tributo, como *in casu*.

Precedentes do STJ.

4. Ordem concedida, em conformidade com o parecer ministerial, para determinar a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal para a apuração do suposto delito tipificado no art. 2º., I da Lei 8.137/90."

(HC 174120/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2010, DJe 13/12/2010)

"PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO DÉBITO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FISCAL. CONDIÇÃO OBJETIVA DE PROCEDIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE N.º 24/STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

I. As Cortes Superiores entendem ser ilegal a instauração de qualquer ato investigatório tendente a apurar delitos tributários, antes que se tenha notícia da instauração de procedimento administrativo fiscal que redunde na constituição definitiva do crédito equivalente, pois só então haverá condição objetiva de punibilidade naquelas infrações penais.

II. Não há justa causa para a apuração de qualquer figura típica prevista no art. 1º, da Lei n.º 8.137/90, enquanto o crédito tributário não for constituído definitivamente pelas autoridades fazendárias. Súmula Vinculante n.º 24/STF.

III. Hipótese na qual o Tribunal a quo inverteu o ônus probandi, entendendo não vislumbrar a comprovação de plano, pelos impetrantes, da inexistência da constituição de crédito fiscal.

IV. Eventual desdobramento do Inquérito Policial n.º 044-04023/2010, instaurado pela 44ª DP de Inhaúma/RJ, somente será legítimo se o ato que lhe der origem for instruído, obrigatoriamente, da constituição definitiva do tributo devido, condição objetiva de procedibilidade da atuação estatal.

V. Recurso provido."

(RHC 31.173/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 24/05/2012)

"HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – ARTIGO 1º, V DA LEI 8.137/1990 – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INSTAURAÇÃO EM CONCOMITÂNCIA COM O PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO – INEXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO DEVIDO – ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – TRANCAMENTO – SUSPENSÃO DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL – ORDEM CONCEDIDA.

1. O trancamento de ação penal 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 recorrente ou ausência de prova da existência do crime.

2. Consoante 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.

3. Os incisos do artigo 1º da Lei 8.137/1990 devem ser interpretados segundo o caput, ou seja, exigem o resultado danoso contra o erário para a sua consumação.

4. Ordem concedida para trancar a ação penal instaurada contra os pacientes com o fim de averiguar a ocorrência de possível crime contra a ordem tributária, suspendendo-se, também, o curso do prazo prescricional."

(HC 102.853/TO, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 25/08/2008)

"RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONFIGURAÇÃO DO DELITO DO ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEI Nº 8.137/90. IMPOSSIBILIDADE. CRIME MATERIAL. EXIGÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO.

1. Esta Corte firmou entendimento de que o delito de supressão ou redução de tributo capitulado no art. 1º da Lei nº 8.137/90 é material, consumando-se apenas no momento da efetiva supressão ou redução de tributo.

2. Na espécie, a conduta praticada pelo recorrente descrita no acórdão recorrido não se amolda à figura descrita no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.137/90.

3. O delito previsto no parágrafo único do referido artigo deve ser interpretado em conjunto com o seu caput, pois é de natureza material, consumando-se apenas com a supressão ou omissão de tributo.

4. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença de primeiro grau."

(REsp 1113460/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 14/12/2009)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. AÇÃO AJUIZADA NA ESFERA CÍVEL EM QUE SE DISCUTE O DÉBITO FISCAL. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CÍVEL E CRIMINAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nos crimes contra a ordem tributária, a constituição definitiva do crédito tributário configura condição objetiva de punibilidade.

Inteligência da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal.

2. O ajuizamento de ação ordinária em que se pretende discutir o débito fiscal, perante o Juízo cível, não interfere na persecução penal, em razão da independência das esferas cível e criminal.

3. Considerando que já havia sido constituído definitivamente o crédito tributário, bem como por não ser o caso de aplicação do art. 93 do Código de Processo Penal, mostra-se escorreita a decisão do Juízo de primeiro grau que recebeu a denúncia e determinou o prosseguimento do curso da ação penal instaurado contra os recorridos.

4. Considerando que o Tribunal de Justiça, ao reconhecer a falta de justa causa para a ação penal, por óbvio, não adentrou no exame dos pedidos subsidiários veiculados pela defesa no *writ* ali impetrado, tais como a inépcia da denúncia, a nulidade do inquérito, entre outros, é de rigor o envio dos autos para que a Corte Estadual proceda à análise dos demais pedidos formulados.

5. Recurso parcialmente provido."

(REsp 962087/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 22/03/2012)

Outrossim, não se inicia a contagem do prazo prescricional, podendo o órgão ministerial oferecer denúncia, após a constituição definitiva do tributo devido.

No que pertine à expedição de salvo-conduto, verifica-se que o permanece no plano das conjecturas e ilações a possibilidade de segregação dos pacientes, não se caracterizando qualquer violação ou iminência de ameaça à liberdade de ir e vir dos acusados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no caso.

Por fim, sobre a temática aqui tratada, observe-se o voto-vencido do relator do prévio *mandamus* (fls. 167/171):

"(...)

Ou seja, para a instauração da persecução penal ou, em alguns casos, do próprio inquérito penal, exige-se o lançamento definitivo do tributo, objeto de investigação.

Depreende-se da leitura dos autos, o impetrante se desincumbiu do ônus de comprovar a existência de processo administrativo fiscal pendente, no qual se objetiva desconstituir a cobrança da espécie tributária ICMS nas operações de venda a prazo.

E válido salientar, que não há provas quanto à constituição definitiva do crédito tributário, como bem observa o Ministério Público Estadual, obstando qualquer iniciativa do Poder Público relativamente ao crime contra a ordem tributária.

Logo, quando há no caso discussão quanto da incidência ou não tributária, o indivíduo deve ficar protegido quanto eventual arbitrariedade praticada pelo Poder Público, pois não haveria lógica constranger o cidadão, no direito à liberdade, quando o próprio fisco não se manifestou pelo dever de pagamento de determinado tributo em certas situações.

(...)

Contudo, como bem explicitada nas palavras do julgado acima, a constituição posterior do crédito definitivo legitima o desarquivamento do inquérito policial, bem como da instauração da ação penal competente, podendo o contribuinte fazer jus aos benefícios da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, conforme art. da Lei 8.137/90.

Antes de provado o lançamento definitivo do tributo, não pode o Poder Público iniciar procedimento contra o crime tipificado no art. 1º da citada lei, devendo qualquer abuso ser corrigido pela vias hábeis, inclusive, por meio de reclamação no STF.

Nesse tocante, entendo que a pretensão do paciente se encontra respaldada pelo ordenamento jurídico, devendo ser trancado o inquérito policial nesse particular.

(...)

Em função do exposto, em divergindo em parte do entendimento da Douta Procuradoria de Justiça, voto pela concessão em parte do presente writ, devendo ser trancado o inquérito e/ou ação penal em relação ao crime contra a ordem tributária, estampado no art. 1º, V, da Lei 8.137/90, por ausente a constituição definitiva do tributo e da pendência de processo administrativo fiscal, ao tempo em que denego a pretensão da expedição do salvo conduto, por não vislumbrar, na hipótese, manifesto receio de lesão ao direito de locomoção. Assim, voto pela concessão em parte da ordem de *habeas corpus* requerida."

Ante o exposto, **não conheço** do writ. Contudo, **de ofício, concedo** a ordem a fim de determinar o trancamento do Inquérito Policial n.º 0004839-26.2013.8.17.0370, da Vara Criminal da Comarca de Cabo do Santo Agostinho/PE - antigo Inquérito Policial n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

001370-38.2011.8.17.1090, da 1.^a Vara Criminal da Comarca de Paulista/PE -, sem prejuízo de renovação da persecução penal, diante da eventual superveniência de lançamento definitivo no feito administrativo.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0251966-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 260.354 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 122769820128170000 13703820118171090 201100000177949883 2780425

EM MESA

JULGADO: 18/06/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALAN CLÉCIO DE CARVALHO RAMOS E OUTRO
ADVOGADO : ALAN CLÉCIO DE CARVALHO RAMOS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JOMÁ BALBINO SOARES
PACIENTE : LUZINETE MARIA DE SOUZA LEÃO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL

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 da Sra. Ministra Relatora não conhecendo do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Aguardam os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 260.354 - PE (2012/0251966-2)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JOMÁ BALBINO SOARES e LUZINETE MARIA DE SOUZA LEÃO, pacientes neste *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, estariam sofrendo constrangimento ilegal, em face de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco**, que, por maioria, denegou a ordem ao julgar o HC n. 0012276-98.2012.8.17.0000, para afastar o pedido de trancamento de inquérito policial que apura a suposta prática dos crimes do arts. 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/90 e 66 da Lei n. 8.078/90.

Na assentada de julgamento do dia 18 de junho do corrente ano, a Ministra relatora, Maria Thereza de Assis Moura, proferiu voto no sentido de não conhecer o *habeas corpus*, mas conceder a ordem, de ofício, para determinar o trancamento do inquérito policial, "sem prejuízo de renovação da persecução penal, diante da eventual superveniência de lançamento definitivo do feito administrativo."

Argumentou a Relatora, quanto ao delito do art. 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/90, que "conquanto a não abrangência do inciso V da citada norma pelo enunciado n.º 24 da Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, alguns dos precedentes que serviram de supedâneo para a redação sumular consideram todos os incisos do artigo 1º da Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária como crimes materiais". E, quanto ao crime do art. 66 da Lei n. 8.078/90, de igual modo, entendeu que "o reconhecimento da feitura de afirmação falsa ou omissão de informação relevante ao consumidor sobre o preço do produto depende de decisão administrativa, a especificar o valor do bem adquirido pelo consumidor."

Pedi vista dos autos para um exame mais acurado da matéria.

O inquérito policial, que ora é atacado pela impetração, tem como objeto as supostas práticas dos delitos previstos nos arts. 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/90 e 66 da Lei n. 8.078/90, cujos preceitos pontuam, respectivamente:

Negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços.

Pois bem. O teor da designada Súmula Vinculante n. 24, publicada no DOU de 11/12/2009, 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. (grifei)

O enunciado tem como origem da discussão *habeas corpus* da relatoria do em. Ministro Sepúlveda Pertence, apreciado pelo Plenário da Suprema Corte 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

13/5/2004, destaquei).

A menção simples ao art. 1º da Lei n. 8.137/90, sem qualquer discriminação aos incisos alcançados pelo entendimento, é encontrada em outros pronunciamentos da Suprema Corte. Nem por isso, porém, pode se afirmar acobertado pelo disciplinamento da Súmula Vinculante n. 24 o inciso V do citado dispositivo legal.

Com efeito, não se verifica, nos **precedentes que deram origem ao enunciado vinculativo**, a concessão da ordem para determinar o trancamento de ação penal ou inquérito policial, em relação à conduta prevista no inciso V do art. 1º da Lei n. 8.137/90.

Os **HHCC n. 81.611/DF e n. 86.032/RS** tratam de casos em que houve a suposta prática dos incisos I e II do mencionado diploma legal; o **HC n. 85.185/SP** diz respeito aos crimes dos incisos I a IV; os **HHCC n. 94.096/SP e n. 83.353/RJ** abordam sonegação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS); os **HHCC n. 86.120/SP e 85.463/RJ** e a **PET (QO) n. 3593/SP** não especificam qual das condutas elencadas no art. 1º foi objeto de apuração e o **HC n. 85.428/MA** trata das condutas dos incisos II e III.

A quase totalidade desses julgados traz retrato da época em que ora se falava em *condição de procedibilidade*, consoante o entendimento esposado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, ora em *elemento normativo do tipo*, na esteira do voto do Ministro Cezar Peluso.

Após a devida maturação da controvérsia, passados seis anos entre o primeiro pronunciamento da Corte Suprema e a Proposta da Súmula Vinculante n. 29, prevaleceu a sugestão de redação de autoria do Ministro Cezar Peluso, a qual limita a atipicidade das condutas do art. 1º da Lei n. 8.137/90, se ausente o lançamento do crédito tributário, aos incisos I a IV.

A necessidade de se expor a relação dos precedentes que deram origem à Súmula Vinculante presta-se não só a descortinar o que foi debatido em cada um dos casos, mas, principalmente, a delimitar o alcance do seu enunciado **cuja aplicação deve ser excepcional**.

E quando se voltam os olhos a julgado que analisa a prática do inciso V, constata-se que **a exclusão das condutas** de "negar ou deixar de fornecer [nota fiscal ou documento equivalente], (...) ou fornecê-la em desacordo com a legislação" **não foi despropositada**. Nesse sentido,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confira-se a ementa abaixo transcrita:

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - NEGATIVA EM FORNECER DOCUMENTO OBRIGATÓRIO - PRESCINDIBILIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. O crime previsto no inciso V do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 - "negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação" – **prescinde do processo administrativo-fiscal e a instauração deste não afasta a possibilidade de imediata persecução criminal.** (HC n. 96.200/PR, Min. Rel. Marco Aurélio, 1ª T., DJe 28.5.2010, grifei)

No bojo do voto prolatado pelo e. Ministro Marco Aurélio ressalta, ao citar outro precedente de sua lavra:

Repito à exaustão: **não se aplica ao crime do inciso V do artigo 1º da Lei n. 8.137/90 a exigência de aguardar-se, para a propositura da ação penal, o exaurimento da fase administrativo-fiscal.** Precedente: *Habeas Corpus* n.º 90.795-4/PE, por mim relatado, com acórdão veiculado no Diário da Justiça Eletrônico de 29 de fevereiro de 2008. (Grifei)

Nesse precedente mencionado – anterior à confecção da Súmula Vinculante n. 24 –, a situação peculiar do caso, no qual apurava-se a apreensão de notas fiscais e guias falsas, justifica, nas palavras do Ministro Marco Aurélio, a inaplicabilidade do consolidado entendimento jurisprudencial ao inciso V do art. 1º da Lei n. 8.137/90. Leia-se:

Tenho votado quanto à necessidade de esgotar-se o meio administrativo, de formalizar-se o processo-administrativo fiscal, mas, no caso, exige situação peculiar: houve a apreensão de notas fiscais frias. Não se trata de insuficiência de recolhimento de tributo, quando essa deficiência deve estar demonstrada no campo administrativo.

E mais à frente, em consonância com o voto do relator, esclarece o saudoso Ministro Menezes de Direito:

Senhor Presidente, apenas para esclarecer: da leitura do meu voto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

será possível constatar, especificamente, que, conforme eu disse, essa questão estava superada no voto de Vossa Excelência. Mesmo porque há um precedente da Suprema Corte, Habeas Corpus n. 86.611, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, em que se acolheu, como posição majoritária quanto a esse aspecto, o entendimento assinalado por Vossa Excelência, embora haja na Corte pronunciamentos divergentes.

Neste caso, efetivamente, se tolhêssemos a ação do Ministério Público, diante das circunstâncias postas nos autos, condicionáramos a iniciativa do procedimento administrativo ao Código Penal. Em uma palavra: não haveria mais flagrante possível quando se constatasse negligência relativamente ao dispositivo legal permitido.

O que se percebe nas hipóteses em que o agente usa de **fraude (ideológica e/ou documental)**, para supressão ou redução do imposto, é que a autoridade administrativa ficaria alheia à ação delituosa sem a apreensão dos documentos falsificados – a fraude documental – e/ou emitidos em desacordo com a legislação de regência – a fraude ideológica –, pois, por óbvio, sem esse flagrante e sem a posterior apuração dos fatos mediante instauração de inquérito policial, a Administração Fiscal não teria conhecimento dos valores supostamente sonegados.

Em razão de tal peculiaridade, até mesmo nos casos em que praticadas as condutas dos incisos I a IV do artigo 1º da Lei n. 8.137/90, verifica-se possível a instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária **antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal**. Nessa diretriz: STF, **HC n. 95.443**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, DJe 18/2/2010; **HC n. 96.324**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe 17/8/2011. STJ, **RHC n. 24.029/SP**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe 7/2/2011; **RHC n. 19.083/SP**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJe 4/12/2006.

Aqui se configura o *distinguish*, apropriando-me do termo da *Common Law*, usado para justificar a inaplicabilidade de um precedente em hipótese fora das circunstâncias de fato que motivaram a confecção de enunciado vinculativo.

Ou, nas palavras de Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira:

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, **seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente, **seja porque** a despeito de existir uma aproximação entre eles, **alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente**. (*Curso de direito processual civil*. Volume 2. Salvador. Juspodivm, 2010, p. 393, destaquei).

Não olvido que os autores das condutas previstas em todos os incisos dos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 – além de outros crimes dispostos no Código Penal – são contemplados pela suspensão da pretensão punitiva estatal ou pela extinção da punibilidade, se concedido o parcelamento do débito ou efetuado o pagamento integral, consoante dispõem os arts. 68 e 69 da Lei n. 11.941/09, *in verbis*:

Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei. Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Porém, à exceção das figuras dos incisos I a IV do art. 1º da Lei n. 8.137/90, **a benevolência do legislador ordinário não pode ser confundida com a exigência do lançamento definitivo do crédito tributário para se ver consumados os demais delitos acima elencados.**

Não por outro motivo é que **entendo inadequada a extensão do fundamento da Súmula Vinculante n. 24 a outros crimes que não os incisos I a IV do art. 1º da Lei n. 8.137/90**, tal como se verifica em alguns julgados desta Corte, ao entenderem que a natureza intrinsecamente tributária dos crimes de **descaminho** (CP, art. 334), de **apropriação indébita previdenciária** (CP, art. 168-A) e de **sonegação previdenciária** (CP, art. 337-A) permitiria tal elastério do comando sumular.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E aqui é necessário fazer mais um *distinguish*, **em relação aos dois últimos delitos**, porque buscam tutelar a higidez financeira do sistema previdenciário nacional, hipótese que em tudo refoge ao que discutido nos precedentes que deram origem ao enunciado; e **em relação ao primeiro**, porque não há, na grande maioria das vezes, sequer o lançamento definitivo do crédito tributário.

Sobre essa questão, aliás, já tive a oportunidade de esposar meu entendimento, consoante se vê da ementa do **REsp n. 1.343.463/BA**, no qual findei como relator para o acórdão. Veja-se a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. COMPLEXIDADE DO BEM JURÍDICO TUTELADO. CONSUMAÇÃO QUE OCORRE COM O TRANSPASSE DAS BARREIRAS ALFANDEGÁRIAS SEM O PAGAMENTO DE IMPOSTO OU DIREITO. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA COM A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE.

1. O objeto jurídico tutelado no descaminho é a administração pública, considerada sob o ângulo da função administrativa que, vista pelo prisma econômico, resguarda o sistema de arrecadação de receitas; pelo prisma da concorrência leal, tutela a prática comercial isonômica; e, por fim, pelo ângulo da probidade e moralidade administrativas, garante, em seu aspecto subjetivo, o comportamento probo e ético das pessoas que se relacionam com a coisa pública.
2. Havendo indícios de infração penal - qual a de descaminho - punível com a pena de perdimento, entre as quais se insere a prática de descaminho, cabe à fiscalização, efetivada pela Secretaria da Receita Federal, apreender, quando possível, os produtos ou mercadorias importadas/exportadas.
3. A apreensão de bens pelos agentes fiscais enseja a lavratura de representação fiscal ou auto de infração, a desaguar em duplo de procedimento: 1º) envio ao Ministério Público e 2º) instauração de procedimento de perdimento.
4. Uma vez efetivada a pena de perdimento, inexistirá a possibilidade de constituição de crédito tributário.
5. A descrição típica do descaminho exige a realização de engodo para supressão (no todo ou em parte) do pagamento de direito ou imposto devido no momento da entrada, saída ou consumo da mercadoria. Impõe, portanto, a ocorrência desse episódio, com o efetivo resultado ilusório, no transpasse das barreiras alfandegárias.
6. A ausência do pagamento do imposto ou direito no momento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desembaraço aduaneiro, quando exigível, revela-se como o resultado necessário para consumação do crime.

7. A instauração de procedimento administrativo para constituição definitiva do crédito tributário no descaminho, nos casos em que isso é possível, não ocasiona nenhum reflexo na viabilidade de persecução penal.

8. Recurso não provido. (julgado em 20/3/2014)

Por fim, quanto à conduta do art. 66 da Lei n. 8.078/90, tampouco se pode fazer ligação de interdependência entre a prática desse delito e o exaurimento da via administrativa, dada a natureza formal do crime.

Nesse rumo são os escólios doutrinários de José Geraldo Brito Filomeno, que, após realizar a conceituação de publicidade enganosa ou abusiva disposta no art. 37 do CDC, assevera, ao comentar o art. 66 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

Dessa forma, *fazer afirmação falsa ou enganosa sobre os requisitos elencados pelos dispositivos retrocolacionados, independentemente do resultado prático que tal afirmação venha a acarretar*, já dá ensejo à punição do responsável, mesmo porque se trata, apesar de delito que se materialize pela mensagem publicitária ou oferta, de *delito instantâneo e de perigo*, dada a sua manifesta *potencialidade* de dano à saúde, vida, segurança, e economia de um sem-número de receptores-alvos das mensagens veiculadas pelos mais variados meios de comunicação de massa que se possa imaginar.

Da mesma forma *não se exigirá um prejuízo de natureza econômica efetivo*, como no caso do estelionato ou outras fraudes. (*Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover... [et al]. – 10. ed. revista, atualizada e reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 736).

Dessa forma, rogando a mais respeitosa vênua ao voto da eminente Ministra relatora, **diviso impróprio elastecer o comando da Súmula Vinculante n. 24 a condutas que refogem aos tipos dos incisos I a IV da Lei n. 8.137/90, não apenas em razão da literalidade do enunciado, mas, sobretudo, em respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal relativos ao cerne da questão.**

À vista do exposto, **não conheço do habeas corpus.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 260.354 - PE (2012/0251966-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Srs. Ministros, peço vênica ao Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que inaugurou a divergência, e acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, **não conhecendo** do pedido de *habeas corpus*, mas **concedendo** a ordem **de ofício**, nos exatos termos do voto de S. Exa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0251966-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 260.354 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 122769820128170000 13703820118171090 201100000177949883 2780425

EM MESA

JULGADO: 02/09/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

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. **EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALAN CLÉCIO DE CARVALHO RAMOS E OUTRO
ADVOGADO : ALAN CLÉCIO DE CARVALHO RAMOS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JOMÁ BALBINO SOARES
PACIENTE : LUZINETE MARIA DE SOUZA LEÃO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL

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 antecipado do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz não conhecendo do pedido de habeas corpus, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), e o voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente) não conhecendo do pedido de habeas corpus, mas concedendo a ordem de ofício, acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, a Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido de habeas corpus nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora e, por maioria, rejeitou a proposta de concessão da ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão, vencidos, neste ponto, a Sra. Ministra Relatora e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente).

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz (voto-vista), Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto ao não conhecimento da ordem.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TJ/SE) votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz quanto à rejeição da proposta de concessão da ordem de ofício.