



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 61.672 - RS (2015/0168169-5)

RELATOR : **MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO)**
RECORRENTE : JORGE LUIZ BATISTA KAIMOTI PINTO
RECORRENTE : NATAL SCHINCARIOL JUNIOR
ADVOGADOS : JOSE LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S)
RODRIGO NASCIMENTO DALL'ACQUA
VERONICA CARVALHO RAHAL
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. COMÉRCIO DE CERVEJAS. FRAUDES PRATICADAS PARA SUPRIMIR O PAGAMENTO DE ICMS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. SÚMULA VINCULANTE Nº 24/STF. INCIDÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA.

1. Nos crimes contra a ordem tributária, a constituição definitiva do crédito tributário e conseqüente reconhecimento de sua exigibilidade configura condição necessária para o início da persecução criminal. Assim, se ainda houver pendência de decisão definitiva no processo administrativo que pretende a revisão do lançamento do tributo, falta justa causa para a ação penal.
2. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 24, assentando o entendimento de que a pendência de procedimento administrativo fiscal impede a instauração da ação penal, bem como de inquérito policial, relativamente aos crimes materiais descritos no art. 1º, I a IV, da Lei nº 8.137/1990, tendo em vista que a consumação destes delitos somente ocorre após a constituição definitiva do crédito tributário.
3. Esta Corte já refutou a argumentação de que o enunciado nº 24 da Súmula Vinculante só teria aplicação aos crimes cometidos após a sua vigência. Trata-se de consolidação de interpretação judicial, e não de lei mais gravosa, com observância obrigatória para todos os órgãos do Poder Judiciário. Precedentes.
4. A constituição definitiva do crédito tributário após o recebimento da denúncia não tem o condão de convalidar os atos realizados em ação penal instaurada em descompasso com a Súmula Vinculante nº 24, porquanto o processo é inválido desde a origem. Precedentes.
5. Recurso ordinário provido para anular a ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA, do Superior Tribunal de Justiça, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas (com ressalva) votaram com o Sr. Ministro Relator.

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. JOSE LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA
(P/RECTES)

Brasília, 17 de março de 2016 (Data do Julgamento).

MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 61.672 - RS (2015/0168169-5)

RELATÓRIO

Exmo. Sr. MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO) - Relator: — Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por JORGE LUIZ BATISTA KAIMOTI PINTO e NATAL SCHINCARIOL JÚNIOR, contra acórdão proferido pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que denegou a ordem, nos termos do acórdão assim ementado:

LEI Nº 8.137/90. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INC. II. FRAUDE À FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 24-STF.

Fatos considerados criminosos praticados em 1995/1996. Denúncia recebida em 18.07.2002. Sentença proferida em 12.08.2008. Pretensão de incidência da Súmula Vinculante nº 24-STF. Matéria não debatida na instância ordinária, ainda que a Súmula tenha sido editada antes do julgamento da apelação. Via recursal esgotada junto ao STJ. Pendência de julgamento no STF. Inviável retroagir o entendimento expressado na Súmula.

ORDEM DENEGADA. UNÂNIME (e-STJ Fl. 107).

Consta dos autos que os recorrentes foram processados perante a 10ª Vara Criminal de Porto Alegre/RS e condenados pela prática do delito previsto no art. 1º, II, da Lei nº 8.137/90 (Ação Penal nº 001/2.05.0017520-0).

A sentença condenatória foi confirmada no segundo grau (Apelação Criminal nº 7003879117, julgada em 04/11/2010).

Seguiram-se recursos especial e extraordinário, não admitidos pelo Tribunal de origem, oportunizando agravos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

Nesta Corte, o agravo foi desprovido pelo Relator, Ministro Jorge Mussi. A decisão foi mantida pela 5ª Turma no AgRg no AREsp nº 103.443/RS e transitou em julgado em 12/03/2014.

No Supremo Tribunal Federal, o agravo também foi desprovido pelo Relator, Ministro Cezar Peluso, e a decisão mantida pela Segunda Turma no ARE-AgR 688.986/RS. Sobrevieram embargos de declaração, os quais foram rejeitados (DJe 10/02/2016). O processo está na pendência de julgamento dos segundos embargos declaratórios.

Nesse ínterim, JORGE LUIZ BATISTA KAIMOTI PINTO e NATAL SCHINCARIOL JÚNIOR impetraram *habeas corpus* perante o TJ/RS, alegando nulidade insanável quando do recebimento da denúncia (18/07/2002), porquanto o auto de lançamento ainda estava pendente de recurso administrativo, apreciado em maio de 2003. Alegaram violação à Súmula Vinculante nº 24.

O *habeas corpus* deixou de ser conhecido pelo TJ/RS, ao fundamento de que a matéria não tinha sido argüida na apelação.

Sobreveio *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça (HC nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

224.045/RS), substitutivo de recurso ordinário, no âmbito do qual a 5ª Turma, Relator o Ministro Jorge Mussi, concedeu a ordem de ofício para cassar o acórdão objurgado, determinando que o Tribunal de origem apreciasse o mérito do *writ* ali impetrado.

Em cumprimento à ordem emanada do Superior Tribunal de Justiça, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferiu novo julgamento do *habeas corpus* originário, em 11/06/2015, denegando a ordem, nos termos da ementa citada acima e dando ensejo à interposição do presente recurso ordinário.

A teor das razões do recurso:

Entretanto, em acórdão publicado em 22 de junho de 2015, a Colenda 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul denegou a ordem, por entender que não seria viável "diante de fato posterior - Súmula Vinculante nº 24 - STF - que nem mesmo era imaginado ao tempo do recebimento da denúncia, processamento da ação penal e sentença, reformar o que foi decidido, ou, indo além, anular a decisão que recebeu a denúncia (proferida em 18.07.2002) e, por via de consequência, todo o processo".

Equivocadamente, observou-se, na decisão ora recorrida, que "na realidade a pretensão do presente *habeas corpus* é reabrir a discussão, a qual já se encontra sepultada no âmbito deste Tribunal, e também do Superior Tribunal de Justiça, pendente o julgamento do agravo no Supremo Tribunal Federal. E a verdadeira pretensão é de desconstituir tudo, como se revisão criminal fosse, sem que exista, ainda, trânsito em julgado para a defesa".

Ainda, segundo o Colendo Tribunal de Justiça *a quo*, "ao seu devido tempo, a questão aqui proposta não foi agitada, nem debatida, nem mesmo no julgamento da apelação".

Contudo, a r. decisão proferida pelo nobre Colegiado não merece prosperar.

Conquanto a Súmula Vinculante nº 24 tenha sido aprovada em data posterior ao recebimento da denúncia, há de se reconhecer que ela não inovou, mas apenas sedimentou a interpretação, que já vinha sendo proclamada pelos tribunais pátrios, no sentido de que "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".

E mais, o manejo do *habeas corpus* visou o reconhecimento de nulidade ocorrida no recebimento da denúncia, e não a reapreciação dos termos da condenação dos Pacientes. Tratando-se de nulidade insanável e não havendo trânsito em julgado, nada impediria o seu reconhecimento, lembrando-se que a questão ainda não havia sido debatida pelo Egrégio Tribunal de Justiça *a quo*.

[...]

Ora, no entendimento do Colendo Tribunal de Justiça *a quo*, ainda que se trate de nulidade insanável, não deverá ser reconhecida por estar relacionada a fatos ocorridos antes da aprovação da Súmula Vinculante nº 24, assim como não ter sido suscitada em sede de apelação.

No entanto, não há óbice algum à declaração da nulidade de ato processual viciado por meio da impetração de *habeas corpus*, mormente quando se tratar de ilegalidade com repercussão efetiva na liberdade do réu, como é o caso dos autos.

[...]

Tratando-se de pronunciamento com efeito vinculante, o princípio da retroatividade benéfica também deve ser aplicado às súmulas vinculantes editadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Logo, não há que se falar em inviabilidade da retroação da Súmula Vinculante nº 24. Ao se deparar com decisão de recebimento de denúncia anterior ao término do procedimento administrativo, impõe-se o reconhecimento de nulidade absoluta. [...]

O fato de a declaração da nulidade da decisão que recebeu a denúncia ter como efeito a anulação do ato e, logicamente, da sentença e acórdão condenatórios, em nada se confunde com uma tentativa de "desconstituir tudo, como se revisão criminal fosse, sem que exista, ainda, trânsito em julgado para a defesa.

Instada a se pronunciar sobre causa de nulidade absoluta e, assim sendo, insanável, não pode a Autoridade judicial quedar-se inerte, sob pena de, ratificando o ato contestado, praticar, ela também, a ilegalidade denunciada.

Nunca é demais lembrar que o cidadão jamais deverá suportar o grave fardo de uma condenação, com a perda da sua própria liberdade, quando esta for baseada em uma acusação flagrantemente nula (e-STJ fl. 140/151).

O Ministério Público Federal, na pessoa do Subprocurador-Geral da República Dr. Moacir Mendes Sousa, opina pelo não conhecimento da impetração (e-STJ fls. 227/248).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 61.672 - RS (2015/0168169-5)

VOTO

Exmo. Sr. MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO) - Relator: — A impetração originária funda-se no constrangimento ilegal causado pelo recebimento da denúncia, em 18/07/2002, antes do término do processo administrativo fiscal, o qual ocorreu com o julgamento do recurso administrativo em 21/05/2003.

Alega-se que a ação penal teve início sem que ainda existisse a constituição definitiva do crédito tributário, em flagrante ilegalidade, posto que para o oferecimento da denúncia por crime contra a ordem tributária é imprescindível o exaurimento da via administrativa.

Segundo os impetrantes, ora recorrentes, tal ilegalidade na instauração da ação penal seria causa de nulidade absoluta e insanável do processo, podendo ser constatada mesmo após a prolação da sentença condenatória.

Inicialmente, o *mandamus* deixou de ser conhecido pelo TJ/RS, em virtude de supressão de instância, porquanto o tema não havia sido ventilado na apelação criminal. O Superior Tribunal de Justiça, todavia, concedeu de ofício a ordem no HC nº 224.045/RS para determinar a apreciação do mérito do *writ*.

Os autos retornaram para novo julgamento, no âmbito do qual o TJ/RS denegou a ordem, afastando a invocada aplicação da Súmula Vinculante nº 24 - STF.

Lê-se no acórdão recorrido:

Possível perceber, então, que na realidade a pretensão do presente *habeas corpus* é reabrir a discussão, a qual já se encontra sepultada no âmbito deste Tribunal, e também do Superior Tribunal de Justiça, pendente de julgamento o agravo no Supremo Tribunal.

E a verdadeira pretensão é de desconstituir tudo, como se revisão criminal fosse, sem que exista, ainda, trânsito em julgado para a defesa.

De dizer, ainda, que embora a Súmula Vinculante nº 24 tenha sido aprovada em 02.12.2009, a ação penal que aqui se estuda teve início em 2002, e a sentença condenatória foi proferida em 12 de agosto de 2008.

E os fatos ditos criminosos, conforme a denúncia, ocorreram no período de 06 de outubro de 1995 a 13 de junho de 1996.

De acrescentar, ainda, que em 21 de maio de 2003, no Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, foi julgado o Recurso nº 078/03, de cuja ementa destaco a seguinte passagem:

"O auto de lançamento recorrido preenche todos os requisitos previstos da legislação (art. 142 do CTN e art. 17, § 1º da Lei nº 6.537/73).

Nenhuma das formalidades para tal exigidas deixou de ser preterida. A matéria tributável está correta e perfeitamente determinada, especialmente no que diz com o fundamento de autuação (simulação de exportação). Como o ICMS omitido é um tributo de competência estadual, o Fisco Gaúcho é o agente capaz para efetuar o lançamento".

Portanto, ao seu devido tempo, a questão aqui proposta não foi agitada, nem debatida, nem mesmo no julgamento da apelação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim é que não vejo presente qualquer motivo para, diante de fato posterior - Súmula Vinculante nº 24 - STF - que nem mesmo era imaginado ao tempo do recebimento da denúncia, processamento da ação penal e sentença, reformar o que foi decidido, ou, indo além, anular a decisão que recebeu a denúncia (proferida em 18.07.2002) e, por via de consequência, todo o processo (e-STJ fls. 129/130).

A questão controvertida cinge-se, portanto, à incidência da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal à ação penal iniciada e julgada na primeira instância, antes de sua edição, e definitivamente julgada já na sua vigência, de modo a fulminar de nulidade todo o processo.

Destaca-se que a ação penal ainda não transitou em julgado, em virtude da pendência, no Supremo Tribunal Federal, de segundos embargos declaratórios opostos no ARE-AgR 688.986/RS.

Nos crimes contra a ordem tributária, a constituição definitiva do crédito tributário e conseqüente reconhecimento de sua exigibilidade configura condição necessária para o início da persecução criminal. Assim, se ainda houver pendência de decisão definitiva no processo administrativo que pretende a revisão do lançamento do tributo, falta justa causa para a ação penal.

A respeito da matéria, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 24, DJe 11/12/2009, assentando o entendimento de que a pendência de procedimento administrativo fiscal impede a instauração da ação penal, bem como de inquérito policial, relativamente aos crimes materiais descritos no art. 1º, I a IV, da Lei nº 8.137/1990, tendo em vista que a consumação destes delitos somente ocorre após a constituição definitiva do crédito tributário.

A propósito, confira-se o teor da Súmula Vinculante nº 24/STF: "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".

É inequívoco o entendimento de que, se não houve a constituição definitiva do tributo, é inviável a instauração de inquérito policial ou a tramitação de ação penal enquanto não realizada a mencionada condição objetiva de punibilidade.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça já refutou a argumentação de que o enunciado nº 24 da Súmula Vinculante só teria aplicação aos crimes cometidos após a sua vigência. Trata-se de consolidação de interpretação judicial, e não de lei mais gravosa. Sua observância, portanto, é obrigatória para todos os órgãos do Poder Judiciário. Nesse sentido, confirmam-se:

PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. NÃO OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. MOMENTO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE 24 DO STF. RETROATIVIDADE DE INTERPRETAÇÃO JUDICIAL MAIS GRAVOSA AO RÉU. INOCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO NA ORIGEM. DECISÃO CONFIRMADA NO STJ. FORMAÇÃO DA COISA JULGADA. MOMENTO.

1. A fluência do prazo prescricional dos crimes contra a ordem tributária,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previstos no art. 1º, I a IV, da Lei n. 8.137/1990, nos termos da jurisprudência desta Corte, tem início somente após a constituição do crédito tributário.

2. O Superior Tribunal de Justiça já afastou a alegação de que o enunciado 24 da Súmula Vinculante só se aplicaria aos crimes cometidos após a sua vigência, tendo em vista que não se está diante de norma mais gravosa, mas de consolidação de interpretação judicial, bem como porque a sua observância é obrigatória por parte de todos os órgãos do Poder Judiciário, exceto a Suprema Corte, a quem compete eventual revisão do entendimento adotado.

3. A decisão que inadmite o recurso especial ou extraordinário possui natureza jurídica eminentemente declaratória, tendo em vista que apenas pronuncia algo que já ocorreu anteriormente – e não naquele momento – motivo pelo qual opera efeitos *ex tunc*. Desse modo, o trânsito em julgado retroage à data de escoamento do prazo para a interposição do recurso admissível.

4. Hipótese em que não houve transcurso do prazo prescricional, uma vez que, entre a constituição definitiva do crédito tributário e o recebimento da denúncia, e, ainda, entre a sentença condenatória (último marco interruptivo) e a data do trânsito em julgado não transcorreu lapso de tempo legalmente previsto.

5. Agravo regimental desprovido (AgRg nos Edcl no AREsp nº 699.517/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gurgel de Faria, DJe 04/02/2016).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

CRIME MATERIAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. TERMO INICIAL. MOMENTO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE 24. RETROATIVIDADE DE INTERPRETAÇÃO JUDICIAL MAIS GRAVOSA AO RÉU. CRIAÇÃO DE MARCO INTERRUPTIVO NÃO PREVISTO EM LEI. INOCORRÊNCIA.

1. Consoante consolidado no verbete 24 da Súmula Vinculante, não há crime material contra a ordem tributária antes da constituição definitiva do crédito, razão pela qual é irrelevante o momento no qual ocorreu a omissão ou declaração falsa ao Fisco.

2. Esta colenda Quinta Turma já afastou a alegação de que o enunciado 24 da Súmula Vinculante só se aplicaria aos crimes cometidos após a sua vigência, seja porque não se está diante de norma mais gravosa, mas de consolidação de interpretação judicial, seja porque a sua observância é obrigatória por parte de todos os órgãos do Poder Judiciário, exceto a Suprema Corte, a quem compete eventual revisão do entendimento adotado. Precedente.

3. Considerada a constituição do crédito tributário como termo inicial da prescrição da pretensão punitiva, não se verifica a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Habeas corpus* não conhecido (HC nº 322.821/PE, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 21/10/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. INDEFERIMENTO LIMINAR DA IMPETRAÇÃO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INSCRIÇÃO IRREGULAR DE EMPRESA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. LAPSO TEMPORAL INSUFICIENTE. DECISÃO MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

I - Em que pesem os argumentos apresentados pela parte, a decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, merecendo ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

II - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* n. 109.956/PR, julgado em 07.08.12, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma desse Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do *writ* como substitutivo de recurso próprio, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

III - Inocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição, porquanto entre a data da constituição definitiva do crédito tributário (20.09.2003), e o recebimento da denúncia (02.06.2004), não transcorreu período suficiente (8 anos), aferível em razão da pena aplicada (3 anos e 9 meses de reclusão).

IV - Impossibilidade de acolhimento da pretensão no sentido de que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sua Súmula Vinculante n. 24 aplicar-se-ia apenas aos crimes cometidos após sua publicação (19.02.2010), diante da irretroatividade da interpretação mais gravosa, porque os enunciados sumulares resultam de posicionamentos reiterados dos tribunais e, portanto, não se trata de norma mais gravosa, mas de consolidação de interpretação judicial.

V - A adoção do entendimento pretendido pela Defesa consubstanciaria, em última análise, em inobservância da própria súmula vinculante, o que é vedada a qualquer órgão do Poder Judiciário, exceto ao próprio Pleno do Supremo Tribunal Federal, a quem compete eventual revisão do entendimento adotado.

VI - Agravo Regimental improvido (AgRg no HC nº 282.091/RJ, Quinta Turma, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJe 11/02/2014).

A constituição definitiva do crédito tributário após o recebimento da denúncia não tem o condão de convalidar os atos realizados em ação penal instaurada em desacordo com a Súmula Vinculante nº 24 - STF, porquanto o processo é inválido desde a origem.

São numerosos os precedentes desta Corte, dando provimento ao recurso ou concedendo a ordem de ofício para trancar o inquérito policial ou a ação penal, ou mesmo anular a ação penal instaurada com inobservância ao disposto na Súmula Vinculante nº 24 - STF. Confirmam-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. AÇÃO PENAL DEFLAGRADA COM BASE EM DADOS DECORRENTES DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO REALIZADA DIRETAMENTE PELA RECEITA FEDERAL. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA PARA FINS PENAIIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

(...)

PERSECUÇÃO PENAL INICIADA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA NO CURSO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO DO FEITO. APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 24 AOS FATOS A ELA ANTERIORES. COAÇÃO ILEGAL EXISTENTE. PROVIMENTO PARCIAL DO RECLAMO.

1. Consoante consolidado no verbete 24 da Súmula Vinculante, não há crime material contra a ordem tributária antes da constituição definitiva do crédito.
2. A constituição do crédito tributário após o recebimento da denúncia não tem o condão de convalidar os atos realizados em ação penal instaurada em descompasso com o enunciado 24 da Súmula Vinculante, já que tal processo criminal é inválido desde a origem. Precedentes do STJ e do STF.
3. Recurso parcialmente provido para anular a ação penal em tela, bem como para determinar o desentranhamento dos autos das provas decorrentes da quebra do sigilo bancário do recorrente sem autorização judicial (RHC nº 55.966/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), DJe 14/09/2015).

PENAL. *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. (1) REMÉDIO HEROICO EMPREGADO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE. (2) ART. 168-A DO CP. CRIME MATERIAL. TIPICIDADE. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE. APLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 24. (3) *MANDAMUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como sucedâneo de recurso ordinário.
2. É pacífico na jurisprudência desta Corte, a partir do quanto assentado pelo Plenário do STF, (Inq 2537 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-01 PP-00113 RET v. 11, n. 64, 2008, p. 113-122 LEXSTF v. 30, n. 357, 2008, p. 430-441), que o crime do artigo 168-A do Código Penal é material, e, por força do princípio da isonomia, sujeita-se ao enunciado 24 da Súmula Vinculante do Pretório Excelso (Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo).
3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar o trancamento da ação penal (com voto vencido) (HC nº 270.027/RS,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sexta Turma, Relatora p/acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 28/08/2014).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE N.º 24 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da primeira turma do Supremo Tribunal Federal, e em absoluta consonância com os princípios constitucionais – notadamente o do devido processo legal, da celeridade e economia processual e da razoável duração do processo –, reformulou a admissibilidade da impetração originária de *habeas corpus*, a fim de que não mais seja conhecido o *writ* substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

2. A perfectibilização típica do crime previsto no art. 1.º, incisos I a IV, da Lei n.º 8.137/1990 ocorre somente com o lançamento definitivo do tributo, antes do qual não há falar em justa causa para o exercício da ação penal.

3. A constituição do crédito tributário após o recebimento da denúncia não tem o condão de convalidar atos realizados em ação penal que, em completo descompasso com as normas jurídicas vigentes – inclusive com a Súmula Vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal Federal –, desde o seu nascedouro não alcança o plano da validade jurídica. Precedentes.

4. Ordem de *habeas corpus* não conhecida. *Writ* concedido de ofício para o fim de determinar o trancamento da ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia com base no lançamento definitivo do crédito tributário (HC n.º 238.417/SP, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 26/03/214).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO À ÉPOCA DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL NO CURSO DA AÇÃO PENAL. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nos crimes insertos no art. 1º da Lei nº 8.137/90, o lançamento definitivo do crédito tributário é condição objetiva de procedibilidade da ação penal, ou seja, somente poderá ser iniciada referida ação após esse marco, quando então estará configurado o tipo penal.

2. Mesmo que já tenha ocorrido o encerramento da via administrativa durante o curso do processo judicial, tal fato não possibilita o prosseguimento da mesma ação penal, nos termos da jurisprudência do STJ, ressalvado ao *parquet*, caso entenda necessário, o oferecimento de nova denúncia, ou a ratificação da denúncia já existente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp nº 1.1.33.915/ES, Quinta Turma, Relator Ministro Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR), DJe 09/04/2013).

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º DA LEI 8.137/1990). AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA NA ESFERA ADMINISTRATIVA QUANDO DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE. LANÇAMENTO DEFINITIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NO CURSO DA AÇÃO PENAL. CONVALIDAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE ABSOLUTA.

1. Consoante o disposto na Súmula Vinculante 24, "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".
2. No caso, estando pendente na seara administrativa a discussão acerca do débito tributário, não há justa causa para a deflagração da ação penal.
3. O lançamento definitivo do tributo no curso da *persecutio criminis*, não convalida os atos processuais até então praticados, eis que a inobservância da condição objetiva de punibilidade constitui nulidade de natureza absoluta.
4. Recurso especial provido para anular toda a ação penal (REsp nº 1.100.959/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 27/10/2011).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para anular a ação penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0168169-5

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 61672 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00120500175200 02247344120118217000 104694691 10825001548 10825001549
10825001550 120500175200 20500175200 2247344120118217000 70042919407

EM MESA

JULGADO: 17/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: JORGE LUIZ BATISTA KAIMOTI PINTO
RECORRENTE	: NATAL SCHINCARIOL JUNIOR
ADVOGADOS	: JOSE LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(S) RODRIGO NASCIMENTO DALL'ACQUA VERONICA CARVALHO RAHAL
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
CORRÉU	: MOACIR JACINTO CARRARO
CORRÉU	: SILVIA JUNGSMANN GODINHO
CORRÉU	: RICARDO AUGUSTO HERRMANN
CORRÉU	: BARTOLOMEU JOEL BARBOSA DE AGUIAR
CORRÉU	: SADI FRANCESCHI
CORRÉU	: WILSON CURIA MAZZA
CORRÉU	: JÚLIO CÉSAR SCHINCARIOL

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. JOSE LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA (P/RECTES)

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dantas (com ressalva) votaram com o Sr. Ministro Relator.