

"HABEAS CORPUS" Nº 2005.04.01.026874-0/SC

RELATOR : Des. Federal NÉFI CORDEIRO
IMPETRANTE : IRIO GROLLI
IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA 02A VARA FEDERAL DE CHAPECÓ
PACIENTE : OSCAR PICHETTI
: IVANIR TEREZINHA PICHETTI
: FABIANE PICHETTI

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LEI Nº 8.137/90, ART. 1º, INCISOS I. ART. 337-A, INC. III do CP. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. CRIME MATERIAL. TIPICIDADE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Os crimes definidos nos artigos 1º da Lei nº 8.137/90 e 337-A, inc. III do Código Penal são de resultado, onde a decisão definitiva do processo administrativo constitui elemento típico do crime.
2. Não sendo certo o tributo devido, falta o necessário requisito típico de supressão de contribuição previdenciária, pelo que devido é o trancamento da ação penal.
3. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 06 de setembro de 2005.

Des. Federal NÉFI CORDEIRO
Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, por:

Signatário (a): NEFI CORDEIRO
Nº de Série do Certificado: 32303035303430373135323932383032
Data e Hora: 9/9/2005 16:14:55

"HABEAS CORPUS" Nº 2005.04.01.026874-0/SC

RELATOR : Des. Federal NÉFI CORDEIRO
IMPETRANTE : IRIO GROLLI
IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA 02A VARA FEDERAL DE CHAPECÓ
PACIENTE : OSCAR PICHETTI
: IVANIR TEREZINHA PICHETTI
: FABIANE PICHETTI

RELATÓRIO

IRIO GROLLI ingressa com o presente habeas corpus em favor de OSCAR PICHETTI, IVANIR TEREZINHA PICHETTI e FABIANE PICHETTI, contra ato do Juízo Federal da 2ª Vara Federal de Chapecó/SC, que recebeu denúncia e designou interrogatório dos pacientes.

Narra que os pacientes são sócios da empresa Organizações Farmacêuticas Pichetti Ltda, sendo acusados de fraudulentamente pagar salários "por fora" aos empregados e assim reduzir o valor devido de contribuições previdenciárias, gerando a NFLD 35.738.640-0; que recorreram administrativamente os pacientes, alegando que como optantes do SIMPLES a contribuição previdenciária incide sobre a receita bruta da empresa e que teriam sido tributados inclusive fatos prescritos; que o recurso administrativo ainda não foi julgado e assim o crédito não se encontra devidamente constituído; que, dessa forma, falta justa causa para a ação penal.

Requer a concessão do habeas corpus, inclusive por liminar, para trancamento da ação penal.

O pedido de liminar foi parcialmente deferido, tão-somente para suspender o andamento da ação penal até o julgamento do mérito do presente Habeas corpus (fls. 194/197).

Foram prestadas as informações (203/206).

Manifestou-se o douto órgão do Ministério Público Federal, com assento nesta Corte, pela concessão da ordem.

É O RELATÓRIO.

Apresento o feito em mesa.

Des. Federal NÉFI CORDEIRO
Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº
2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves
Públicas Brasileira – ICP-Brasil, por:

Signatário (a): NEFI CORDEIRO
Nº de Série do Certificado: 32303035303430373135323932383032
Data e Hora: 9/9/2005 16:15:13

"HABEAS CORPUS" Nº 2005.04.01.026874-0/SC

RELATOR : Des. Federal NÉFI CORDEIRO
IMPETRANTE : IRIO GROLLI
IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA 02A VARA FEDERAL DE CHAPECÓ
PACIENTE : OSCAR PICHETTI
: IVANIR TEREZINHA PICHETTI

: FABIANE PICHETTI

VOTO

A controvérsia dos presentes autos cinge-se ao trancamento ou não da ação penal nº 2005.72.02.000705-3 na qual o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra os pacientes pela suposta prática do delito tipificado no art. 1º, inc. I da Lei nº 8.137/90 até outubro de 2000 e art. 337-A, inc. III, do Código Penal, em continuidade delitiva.

Por ocasião da decisão que enfrentou o pedido de concessão de liminar formulado na peça vestibular do presente "writ", assim me manifestei (fls. 194/197):

"Compulsando os presentes autos, em especial a cópia da denúncia oferecida contra os pacientes (juntada às fls. 35/36 destes autos), verifica-se que é imputada a suposta prática dos crimes tipificados nos arts. 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/90 até 2000, e desde então pelo art. 337-A, inciso III do CP, em continuidade delitiva.

Efetivamente, como bem destacou o Min. Sepúlveda Pertence, ao proferir voto no HC 81611/DF, julgado em 10/12/2003, em decisão plenária do STF, a prática de supressão ou redução de tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as condutas previstas no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, exige prévia constituição definitiva do tributo, como condição de tipicidade:

"Iniciado o julgamento de habeas corpus em que se pretende o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente pela suposta prática de crime contra a ordem tributária, consistente em suprimir tributo e contribuição social através da omissão de informação às autoridades fazendárias e mediante fraude à fiscalização tributária, omitindo operações em documentos e livros exigidos pela lei fiscal (Lei 8.137/90, art. 1º, I e II, c/c art. 71 do CP).

Alega-se, na espécie, constrangimento ilegal pelo oferecimento e recebimento da denúncia enquanto ainda estava pendente de apreciação a impugnação do lançamento apresentada em sede administrativa.

O Min. Sepúlveda Pertence, relator, reportando-se aos fundamentos do voto proferido no julgamento do HC 77.002-RJ (DJU de 2.8.2002) cujo julgamento acabou prejudicado, votou no sentido de que, nos crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, sem a qual a denúncia deve ser rejeitada, uma vez que a competência para constituir o crédito tributário é privativa da administração fiscal, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final do processo administrativo. O Min. Sepúlveda Pertence salientou, ainda, que a circunstância de uma decisão administrativa ser condicionante da instauração de um processo judicial não ofende o princípio da separação e independência dos Poderes, haja vista que a punibilidade da conduta, quando não a tipicidade, está subordinada à decisão de autoridade diversa do juiz da ação penal (nos termos do voto proferido na Extradicação 783 – questão de ordem; v. Informativo 241).

Em seguida, após o voto do Min. Gilmar Mendes acompanhando o voto do Min. Sepúlveda Pertence, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista da Ministra Ellen Gracie. HC 81.611-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16.10.2002. (Informativo – 286)

Prosseguindo, o Min. Sepúlveda Pertence, salientando o fato de que é possível a extinção da punibilidade quando o agente promova o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia (Lei 9.249/95, art. 34), considerou não ser admissível que o contribuinte, a fim de não se submeter a possível persecução penal, seja compelido a renunciar ao direito

Inteiro Teor (756713)

assegurado por lei de impugnar o lançamento mediante o procedimento cabível – pagando desde logo o tributo –, sob pena de caracterizar-se a violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Por fim, o Min. Sepúlveda Pertence, na linha da construção feita pela Corte no julgamento do RE 159.230–PB (DJU de 10.6.94), concluiu que, em virtude do efetivo obstáculo criado pelo procedimento administrativo ao acesso do Ministério Público e à instauração da ação penal, é de se emprestar o efeito suspensivo da prescrição aos crimes materiais contra a ordem tributária, enquanto a definitividade do lançamento esteja obstada por recursos administrativos interpostos pelo contribuinte. Em suma, o Min. Sepúlveda Pertence votou no sentido do deferimento do writ, para determinar o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, ficando suspensos, contudo, os efeitos da prescrição até julgamento definitivo do processo administrativo. (Informativo 326)

O Tribunal, por maioria, acompanhou o voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, relator. Vencidos os Ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que indeferiam a ordem. Precedente citado: HC 77002/RJ (DJU de 2.8.2002). HC 81611/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 10.12.2003. (Informativo 333)

Conforme se denota da norma insculpida no art. 142 do Código Tributário Nacional, a constituição do crédito tributário (o que se dá através do lançamento – "assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível" – art. 142 do CTN) é de competência privativa da autoridade administrativa.

A recente decisão da 4ª Seção deste Tribunal Federal (Embargos Infringentes em ACR nº 2001.04.01.084766–0, Rel. Des. Federal José Luiz B. Germano da Silva e Rel. para acórdão, Des. Federal Maria de Fátima Labarrère, j. 18/03/04) demonstra a adoção do novo posicionamento do Supremo, no sentido de que o delito previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90 exige a efetiva supressão do tributo, e, por esta razão, pressupõe o lançamento do tributo na esfera administrativa, sendo a conclusão do processo fiscal condição de procedibilidade para a ação penal. Assim sendo, tem-se como condição objetiva de tipicidade dos delitos materiais contra a ordem tributária que se encerre por completo, na esfera administrativa, a discussão sobre o lançamento fiscal de determinado tributo, já que a eliminação das incertezas atinentes ao tributo – se é que este é existente – configura-se indispensável ao recebimento da denúncia.

Mesmo o art. 337–A do Código Penal repete a mesma regra de "suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório", como previsto pelo art. 1º da Lei nº 8.137/90, que expressa "suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório", de modo a restar claro que ambos tipos penais merecem igual tratamento de crime de resultado e exigem a final definição do tributo ou contribuição social.

Dessa forma, a existência de tempestivo recurso administrativo contra notificação fiscal impede considerar o tributo definitivamente lançado, pelo que fortes são as razões do impetrante.

De outro lado, claro é o risco da demora, com o desenvolvimento da ação penal já iniciada.

Dessa forma, defiro parcialmente a liminar pleiteada, para suspender o andamento da ação penal até o julgamento do mérito deste habeas corpus."

Inteiro Teor (756713)

Como já frisei na decisão acima, as peças encartadas nos autos dão conta que os pacientes foram denunciados, pela prática, em tese, do delito tipificado no artigo 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/90 até 2000 e desde então pelo art. 337-A, inciso III do CP, em continuidade delitiva. Ocorre que antes mesmo do recebimento da denúncia (o que se deu em 07.06.2005–fl. 34) já havia sido apresentada impugnação administrativa, como se vê às fls. 137/156. O próprio recurso interposto junto ao Conselho de Recursos da Previdência Social deu-se em data anterior ao recebimento da denúncia, como se vê à fl. 162 (01/04/2005).

Sendo assim, considerando não encerrado o procedimento administrativo e, por conseguinte, ausente decisão definitiva naquele âmbito, não há falar em constituição definitiva do crédito tributário. Com efeito, também não é possível afirmar a existência de crédito tributário certo e seu montante, haja vista o processo administrativo carecer de decisão final.

Sendo assim, a prática de supressão ou redução de tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante a conduta prevista no art. 1º, inc. I da lei nº 8.137/90 e 337-A inc. III do CP, exige prévia constituição definitiva do tributo, como condição de tipicidade.

No mesmo sentido o parecer do douto órgão do Ministério Público Federal:

"Contudo, tendo em vista que o impetrante alega que houve impugnação tempestiva (juntou documentos) e sendo certo que o STF, como ressaltou o Relator, condiciona o exercício da ação penal à conclusão do crédito tributário (previdenciário), penso que, por enquanto, não há justa causa para o exercício da "persecutio criminis".

No caso dos autos, portanto, não se encontram presentes ou requisitos necessários de tipicidade, razão pela qual deve ser concedida a ordem requerida no presente "writ", trancando-se a Ação Penal nº 2005.72.02.000705–3/SC, que tramita perante o Juízo Substituto da 2ª Vara Federal Criminal de Chapecó/SC, com base no inciso III do artigo 43 do CPP.

ISTO POSTO, concedo a ordem requerida, nos termos da fundamentação.

É O VOTO.

Des. Federal NÉFI CORDEIRO
Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200–2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP–Brasil, por:

Signatário (a): NEFI CORDEIRO
Nº de Série do Certificado: 32303035303430373135323932383032
Data e Hora: 9/9/2005 16:15:07
