

09/09/2008

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 86.281-1 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. CEZAR PELUSO
PACIENTE(S)	: IBRAIM BORGES FILHO
IMPETRANTE(S)	: OMAR FENELON SANTOS TAHAN
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime tributário, ou crime contra a ordem tributária. Art. 1º, incs. I e II, da Lei nº 8.137/90. Delito material. Tributo. Processo administrativo. Cancelamento do suposto crédito por decisão definitiva do Conselho de Contribuintes. Crédito tributário juridicamente inexistente. Falta irremediável de elemento normativo do tipo. Crime que se não tipificou. Trancamento do processo quanto ao delito de sonegação fiscal. HC concedido para esse fim. Precedentes. Não se tipificando crime tributário sem o lançamento fiscal definitivo, não se justifica pendência de ação penal, quando foi cancelada, por decisão definitiva do Conselho de Contribuintes, a inscrição do suposto crédito exigido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra ELLEN GRACIE, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro CELSO DE MELLO.

Brasília, 09 de setembro de 2008.



CEZAR PELUSO - RELATOR



09/09/2008

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 86.281-1 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
PACIENTE(S) : **IBRAIM BORGES FILHO**
IMPETRANTE(S) : **OMAR FENELON SANTOS TAHAN**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – (Relator): 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de IBRAIM BORGES FILHO, contra acórdão relatado pelo Min. GILSON DIPP, do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem pleiteada no **HC nº 40.446**, com esta ementa:

“CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO DO DÉBITO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS. EMPRESA CONSIDERADA INEXISTENTE OU DESCRENCIADA. CONDENAÇÃO NA ESFERA CRIMINAL. AMPLA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese na qual o paciente foi condenado pela prática de crime contra a ordem tributária, não obstante tenha sido considerada inexistente ou descredenciada pela Autoridade Fazendária, bem como tenha sido excluído o débito por falta de provas em sede de procedimento administrativo fiscal instaurado pela empresa de propriedade dos co-réus.

II. O acórdão impugnado, com base na extensa e minuciosa análise do conjunto fático-probatório, verificou a existência de provas e elementos suficientes a configurar a responsabilidade penal do paciente.

III. A dúvida que prevaleceu na esfera administrativa foi vencida na esfera penal, após rica instrução, motivo pelo qual não se pode afastar a condenação dos réus, sob pena de se subordinar ao Poder Judiciária a persecução penal para apuração de delitos contra a ordem tributária em quaisquer casos, indiscriminadamente.



HC 86.281 / SP

IV. Se o acórdão condenatório está baseado em ampla reunião de evidências que comprovam o envolvimento da empresa do paciente nas fraudes perpetradas para reduzir tributos, não se pode afastar a condenação pelo simples fato de sua empresa, considerada como sendo apenas de “fachada”, ter sido declarada inexistente ou descredenciada.

V. Não cabe, na via eleita, o revolvimento dos elementos embasadores da condenação.

VI. Ordem denegada.”

Foi concedida liminar para suspensão do processo da ação penal promovida contra o paciente e recolhimento do mandado de prisão expedido (fls. 449/451).

A Procuradoria-Geral da Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 513/520). Alegou, em síntese, a fragilidade da decisão administrativa favorável do paciente, e realçou que o minucioso acórdão do TRF da 3ª Região, mantido na decisão denegatória atacada neste *writ*, responde com vantagem às teses da impetração, sobretudo porque a conclusão condenatória foi precedida de aprofundada valoração da farta prova existente.

É o relatório.



HC 86.281 / SP

VOI O**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – (Relator):** 1. Afirma

o impetrante que o ora paciente foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 1º, incs. I e II, da Lei nº 8.137/90. Sustenta que a decisão absolutória de primeira instância foi reformada por acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que lhe impôs pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto, e 288 dias-multa. O Ministério Público Federal conformou-se com a decisão condenatória. Interposto recurso especial, não foi admitido na Corte de origem, ensejando interposição de agravo, não conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Aponta ofensa a normas constitucionais e legais, sublinhando que a decisão condenatória conflita com jurisprudência que, assentada no Supremo Tribunal Federal, impede instauração de ação penal, ou seu prosseguimento, por sonegação fiscal, quando o tributo tenha sido desconstituído na esfera administrativa.

2. A denúncia que atribuiu ao paciente a prática de sonegação fiscal, consumada no exercício da administração da empresa “*IBF – Factoring Fomento Comercial LTDA.*”, fundou-se em apuração feita pelo Banco Central e por Comissão Parlamentar de Inquérito. Segundo a acusação, em conluio com outros réus o paciente teria participado da aquisição simulada de títulos públicos, utilizando a “*IBF*” como “fachada” de uma distribuidora de valores mobiliários – a

HC 86.281 / SP

"SPLIT Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários LTDA" –, propiciando, em fase mais adiantada do embuste, sonegação de tributos.

Os fatos e os valores mencionados nessas apurações, deveras, impressionam. É incontroverso, no entanto – e é-o, aliás, desde o oferecimento da denúncia –, o resultado favorável da impugnação oferecida pela empresa "SPLIT" em sede administrativa. Ainda no ano de 2000, o Conselho de Contribuintes, mal ou bem, cancelou definitivamente o crédito tributário que inicialmente deu suporte à imputação de sonegação fiscal. Como já o fizera a sentença de primeiro grau (cf. Apenso nº 1, fls. 86/145), reconheceu-o, às expensas, no acórdão aqui atacado, o Superior Tribunal de Justiça:

"Segundo já destacado no relatório do presente *writ*, a IBF Factoring, empresa de "fachada", "adquiria" títulos da dívida pública e, posteriormente, por meio de "vendas", os repassava à empresa SPLIT Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., da qual os pacientes eram sócios, criando despesas fictícias com o intuito de reduzir o pagamento de tributos.

(...)

Os co-réus sócio-proprietários da empresa SPLIT levaram a discussão relacionada ao débito tributário à esfera administrativa, por meio do processo de nº 13808.003173/97-88, no qual restou decidido não existirem provas a respeito da identidade do real detentor do poder de comando das operações financeiras praticadas e dos reais beneficiários das receitas e lucros das operações com títulos públicos.

Com base em tal conclusão, o Conselho dos Contribuintes, embora sem apreciar o mérito das questões que, supostamente ensejaram o débito tributário, entendeu não prosperar a acusação de simulação e conluio com o objetivo de reduzir o pagamento de impostos, não se podendo transferir o ônus tributário para um dos intervenientes das operações, quais seja, as empresas SPLIT e IBF Factring.

(...)



HC 86.281 / SP

É certo que, segundo a nova orientação jurisprudencial da Suprema Corte, "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, configurando-se como elemento essencial à exigibilidade da obrigação tributária, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa." (HC 81.611/DF, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE).

Ocorre que, na hipótese dos autos, a apontada exclusão do débito tributário não pode ser utilizada a favor do paciente, com o intuito de afastar a condenação.

Isso porque a empresa do paciente sequer figurou como parte no processo administrativo fiscal por ele invocado, tendo sido considerada inexistente ou descredenciada, além de que a Autoridade Fazendária não procedeu à análise do mérito das irregularidades apontadas no auto de infração, limitando-se a aplicar o benefício da dúvida à empresa recorrente, já que a fiscalização empreendida na esfera administrativa não teria sido capaz de colacionar provas suficientes de qual empresa, SPLIT ou IBF Factoring, teria sido favorecida pela real obtenção de lucros sem a incidência de imposto.

O acórdão proferido pelo Conselho de Contribuintes, inclusive, foi enfático ao afirmar a simples ausência de provas a embasar a responsabilização tributária e, por isso, optou por não impor o ônus do débito tributário à empresa dos pacientes, SPLIT, tampouco à empresa de "fachada" IBF Factoring.

O acórdão proferido pelo Conselho de Contribuintes, inclusive, foi enfático ao afirmar a simples ausência de provas a embasar a responsabilização tributária e, por isso, optou por não impor o ônus do débito tributário à empresa dos pacientes, SPLIT, tampouco à empresa de "fachada", IBF Factoring.

Pelo exame dos trechos da decisão da Autoridade Fiscal acima transcritos, facilmente se verifica que, diante do entendimento de que não existiriam provas a respeito de qual empresa efetivamente obteve o lucro sobre o qual se reduziu a tributação devida, não se procedeu à análise do mérito da questão.

(...)

Todavia, ao contrário do ocorrido na instância administrativa, o acórdão da apelação, longamente exarado em 188 (cento e oitenta e oito) laudas, fundou-se em amplo conjunto fático-probatório, o qual foi capaz de demonstrar a caracterização de crime contra a ordem tributária consistente na sonegação de mais de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) a título de imposto de renda e contribuição social."



HC 86.281 / SP

(…)

“O Tribunal *a quo*, portanto, com base na extensa e minuciosa análise do conjunto fático-probatório, verificou a existência de provas e elementos suficientes a configurar a responsabilidade penal do paciente pela prática de crime contra a ordem tributária.

A dúvida que prevaleceu na esfera administrativa foi vencida na esfera penal, após rica instrução probatória, motivo pelo qual não se pode afastar a condenação do réu, sob pena de se subordinar ao Poder Executivo a persecução penal para apuração de delitos contra a ordem tributária em quaisquer casos, indiscriminadamente.” (Volume 02, fls. 477-481).

A despeito das boas razões deduzidas pelo acórdão impugnado, é evidente a ilegalidade do constrangimento que sofre o paciente, submetido a acusação específica de crime tributário material, sem que subsista crédito tributário, à míngua de lançamento definitivo do tributo, reputado não devido pela autoridade administrativa competente, cuja decisão não pode desconsiderada por órgão jurisdicional, sobretudo em causa não tributária. Se a autoridade que, apresentando ou representando o teórico credor, tem competência para fazê-lo, declara em definitivo, com razões consistentes ou não - pouco se dá -, que não há tributo exigível, delito tributário material não há, nem pode haver. Basta atentar em que, se pretendesse o suposto devedor pagar o valor antes discutido, até para se livrar do risco ou da pendência de temerário processo criminal, não poderia fazê-lo, senão mediante procedimento de inusitada *doação* ao ente público. Se juridicamente não há crédito da União, os valores que lhe fossem transferidos, sê-lo-iam apenas a título de liberalidade!

É, ao propósito, expressiva a ementa do “*leading case*” desta Corte, de cujo acórdão consta largo voto por mim declarado:



“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 (ADInMC1571), 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 nº 81.611, Rel. Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, DJ 13.05.2005).”

E da declaração mencionada destaco o trecho seguinte:

“Na verdade, o que o Direito Penal faz aqui não é valorar determinado fato, mas valer-se de fato que já está valorado pelo Direito Tributário, com a particularidade de que ambos, assim o Direito Penal, como o Direito Tributário, são guiados pelo princípio da legalidade estrita, de modo que toda interpretação - agora por dois motivos - há de ser estritíssima. É só com lançamento definitivo que aparece *obrigação exigível*, por tanto tributo “devido”, que, presentes os demais elementos, configura o tipo penal, antes de cuja perfeição é impossível, do ponto de vista jurídico, propositura da ação penal. Não há crime!”



HC 86.281 / SP

Essa postura do Supremo Tribunal Federal está agora assentada (cf. **HC nº 85.299**, DJ 08.03.2005, **RE 230.020**, DJ 06.04.2004, e **AI nº 419.578**, Rel. Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**; **HC nº 85.457**, 22.03.2005, Rel. Min. **ELLEN GRACIE**; **HC nº 84.423**, DJ 24.08.2004, Rel. Min. **CARLOS BRITTO**; **HC nº 84.092**, DJ 22.06.2004, Rel. Min. **CELSO DE MELLO**; **HC nº 83.414**, DJ 02.03.04, e **HC nº 83.901**, 11.04.2006, Rel. Min. **JOAQUIM BARBOSA**; **HC nº 84.105**, DJ 15.06.2004, e **HC nº 84.925**, DJ 16.12.2004, Rel. Min. **MARCO AURÉLIO**).

Sua sedimentação tem até mitigado o rigor previsto na **súmula 691**, porquanto o simples indeferimento de liminar em *writ* impetrado ao Superior Tribunal de Justiça, a respeito, permite aqui o conhecimento de *habeas corpus* (cf. **HC nº 85.185-1**, DJ 01.09.2006, de minha relatoria; **HC nº 84.014**, DJ 25.06.2004, Rel. Min. **MARCO AURÉLIO**).

Os precedentes, convém frisar, no geral trataram de casos em que havia mera *pendência* de controvérsia administrativa, o que já é suficiente para inibir ajuizamento de ação penal e fluência do prazo prescricional. No caso, a decisão administrativa *cancelou definitivamente* o crédito tributário, excluindo, de modo peremptório, admissibilidade de instauração de ação penal por crime material contra a ordem tributária.

Acrescente-se, para rematar, que embora a impugnação administrativa tenha sido promovida apenas pela *SPLIT DVTM LTDA.*, a empresa dirigida pelo paciente (*IBF Factoring*) beneficia-se da desconstituição do débito tributário. Se a decisão proferida pelo Conselho dos Contribuintes

HC 86.281 / SP

concluiu pela inviabilidade do lançamento, todos os que potencialmente figuravam sujeitos passivos da obrigação tributária livram-se de figurar no pólo passivo de persecução fiscal ou penal.

3. Isso posto, **concedo a ordem**, para determinar o trancamento da ação penal por crime de sonegação fiscal atribuído ao paciente (art. 1º da Lei 8.137/90).



*Supremo Tribunal Federal***SEGUNDA TURMA****EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 86.281-1**

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

PACTE.(S): IBRAIM BORGES FILHO

IMPTE.(S): OMAR FENELON SANTOS TAHAN

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, a unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. **2ª Turma**, 09.09.2008.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador