

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2003.71.13.004586-4/RS

RELATOR : Des. Federal LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
: VALERIO SBEGHEN MAYER
ADVOGADO : Melissa Martins
APELADO : (Os mesmos)

EMENTA

PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º DA LEI N.º 8.137/90. DELITO MATERIAL. EXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO NA VIA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PRAZO PRESCRICIONAL. SUSPENSÃO.

1. O delito previsto no art. 1º da Lei n.º 8137/90 é de resultado material e, para seu aperfeiçoamento, pressupõe-se a efetiva supressão do tributo.
2. Não há justa causa para a ação penal pelos crimes de resultado contra a ordem tributária, antes que, por força da decisão final do processo administrativo, torne-se definitivo o lançamento do tributo em causa (precedentes do STF e da 4ª Seção desta Corte Federal).
3. Enquanto perdurar o processo administrativo fiscal, a prescrição penal tem o seu curso suspenso.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, conceder, de ofício, *habeas corpus* para anular o feito, desde o recebimento da denúncia, e julgar prejudicados os apelos, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte do presente julgado.

Porto Alegre, 03 de agosto de 2005.

Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado
Relator

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2003.71.13.004586-4/RS

RELATOR : Des. Federal LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
: VALERIO SBEGHEN MAYER
ADVOGADO : Melissa Martins
APELADO : (Os mesmos)

RELATÓRIO

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Valério Sbeghen Mayer pela prática do delito previsto no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, estando assim descritos os fatos na peça inicial (fls. 02 e 03):

"(...)

VALÉRIO SBEGHEN MAYER prestou declarações falsas e omitiu rendimentos à Receita Federal no exercício de 1999, ano-calendário 1998, reduzindo Imposto de Renda Pessoa Física devido naquele ano no valor de R\$ 55.809,73, não incluídos juros e multa.

O Auditor da Receita Federal verificou que naquele ano Valério Sbeghen Mayer recebeu

Inteiro Teor (631971)

depósitos que superaram os rendimentos informados em sua Declaração de Renda Pessoa Física em R\$ 206.930,85.

Embora lhe tenha sido oportunizada pela Receita Federal, o denunciado não comprovou a origem dos depósitos em rendimentos isentos, não-tributáveis ou tributáveis exclusivamente na fonte.

O crédito tributário apurado pela Receita totaliza R\$ 134.786,07.

(...)"

A peça acusatória foi recebida em 10/10/2003 (fl. 01).

Na sentença, publicada em secretaria em 19/11/2004 (fl. 423), o magistrado *a quo* julgou procedente a pretensão punitiva para condenar o réu nas sanções do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, aplicando as penas de 02 (dois) anos de reclusão, com regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/2 (meio) salário-mínimo, vigente ao tempo do último fato, substituindo a privativa de liberdade por uma prestação de serviços à comunidade e por uma prestação pecuniária de 12 (doze) salários-mínimos (fls. 410-422).

Irresignada, a acusação apelou, sustentando que a pena deve ser elevada, tendo em vista que o julgador deixou de considerar como circunstâncias desfavoráveis a culpabilidade, o motivo e as conseqüências. Postulou também a majoração da multa (fls. 424, 431-438).

Por sua vez, o acusado também recorreu, protestando pela apresentação dos fundamentos de seu apelo perante a superior instância (fl. 427).

Apresentadas as contra-razões pela defesa (fls. 440-442), vieram os autos a esta Corte.

Em suas razões recursais, o réu asseverou que não agiu com o dolo de alcançar o resultado descrito no *caput* do art. 1º da Lei nº 8.137/90, ou seja, não teve qualquer intenção de omitir informação ou de prestar declaração falsa com o fim de reduzir o referido imposto federal. Referiu que o art. 43 do CTN deixa claro que a movimentação bancária, por si só, não configura rendimentos, sendo necessária a comprovação de acréscimo patrimonial para que seja considerado como renda e, conseqüentemente, base de cálculo de tributo, sendo que, na hipótese, o denunciado não teve qualquer acréscimo patrimonial. Aduziu, na hipótese de se concluir pela presença do dolo, que seja reconhecido o erro de proibição, previsto no art. 21 do CP, também para absolver o acusado (fls. 449-466).

Em parecer, a Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo não provimento dos recursos (fls. 468-472).

Diante da apresentação de recurso administrativo pelo réu (fls. 158 a 173) e, ainda, considerando não haver notícia de seu julgamento, foi expedido ofício à Delegacia da Receita Federal de Caxias do Sul/RS, a qual prestou esclarecimentos nas fls. 489 a 492.

Com vista dos documentos, o órgão ministerial manifestou-se pelo seguimento do feito, ratificando o parecer das fls. 468 a 472 (fls. 493-500).

É o relatório. À revisão.

Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteadó
Relator

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2003.71.13.004586-4/RS

RELATOR : Des. Federal LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
: VALERIO SBEGHEN MAYER
ADVOGADO : Melissa Martins
APELADO : (Os mesmos)

VOTO

Preambularmente, antes de iniciar qualquer análise acerca dos pontos atacados nos recursos, tenho por relevante apreciar uma questão prejudicial, que a seguir passo a examinar.

A conduta imputada ao réu na denúncia baseou-se na Representação Fiscal para Fins Penais de fls. 05 a 08, referindo que houve declarações falsas e omissão de rendimentos no IRPF 98/99, ocasionando a redução do tributo, sendo que, após o acusado ter apresentado impugnação no procedimento administrativo (nº 11020.000657/2003-14), onde a primeira decisão julgou procedente o lançamento (fls. 139 e 140), foi interposto recurso voluntário, do qual não havia notícia de seu julgamento. Diante disso, foi expedido ofício à Delegacia da Receita Federal de Caxias do Sul/RS para que prestasse esclarecimento a cerca do andamento do referido processo administrativo, a qual, em resposta, informou que (fl. 489):

"(...)

Em atenção ao seu solicitado no ofício nº 678/2005 – ST8/DP de 10/05/2005, informo a situação do processo nº 11020.000657/2003-14, VALÉRIO SBEGHEN MAYER – CPF 396.657.390-34:

Consoante pesquisa anexa, o processo foi julgado em 1ª Instância na DRJ em 14/05/2003, tendo sido mantido o lançamento. Encontra-se atualmente com recurso voluntário em julgamento no Primeiro Conselho de Contribuintes – MF/DF.

Não existe contra o mesmo outro processo administrativo relativo ao IRPF do ano calendário 1998/Exercício 1999.

(...)"

Portanto, evidencia-se que sobre o fato que ensejou a presente denúncia há processo administrativo ainda pendente, pois não houve julgamento do recurso voluntário interposto pelo réu.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o *Habeas Corpus* n.º 81.611/DF, tendo como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, assim decidiu: *"por entender que nos crimes do art. 1º da Lei n.º 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"*.

No mesmo sentido foi o julgamento do AI n.º 419578/SP, no qual a referida Corte considerou que *"embora negando provimento a agravo de instrumento por ausência de prequestionamento, deferiu habeas corpus de ofício para anular, desde a denúncia, inclusive, o processo instaurado em desfavor do condenado pela prática de crime contra a ordem tributária, cuja denúncia foi recebida antes de emitida a decisão final quanto ao crédito tributário em sede administrativa"*.

Igualmente trago à colação outros julgamentos do Pretório Excelso:

"HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO POR INFRAÇÃO AO ART. 1º, INCISO II, DA LEI N.º 8.137/90 E ART. 288 DO CP. ALEGADA NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA PARA INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL, SEM O QUE NÃO ESTARIA COMPROVADA A REDUÇÃO OU SUPRESSÃO DO TRIBUTO E, POR CONSEQUENTE, TAMBÉM REVELARIA A INSUBSISTÊNCIA DO DELITO DE QUADRILHA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DO PROCESSO.

A necessidade do exaurimento da via administrativa para a validade da ação penal por infração ao art. 1º da Lei n.º 8.137/90 já foi assentada pelo Supremo Tribunal Federal (HC 81.611). Embora a Administração já tenha proclamado a existência de créditos, em face da pendência do trânsito em julgado das decisões, não é possível falar-se tecnicamente de lançamento definitivo. Assim, é de se aplicar o entendimento do Plenário, trancando-se a ação penal no tocante ao delito do art. 1º da Lei n.º 8.137/90, por falta de justa causa, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia (ou aditamento da já existente) após o exaurimento da via administrativa. Ficando, naturalmente, suspenso o curso da prescrição. Denúncia, entretanto, que não se limita à hipótese comum de crime contra a ordem tributária, imputando aos denunciados a criação de uma organização, especificamente voltada para a sonegação fiscal, narrando fatos outros como a criação de empresas fantasmas, utilização de "laranjas", declaração de endereços inexistentes ou indicação de endereços iguais para firmas diversas, alterações frequentes na constituição social das empresas, inclusive com sucessões em firmas estrangeiras, nos chamados "paraísos fiscais" (supostamente para dificultar a localização de seus responsáveis legais), emissão de notas fiscais e faturas para fornecer aparência de legalidade, entre outras coisas. Fatos que, se comprovados, configuram, entre outras, a conduta descrita no delito de quadrilha, que aí não poderia ser considerada meio necessário para a prática do crime tributário, a ponto de estar absorvida por ele, mesmo porque a consumação daquele delito independe da prática dos crimes que levaram os agentes a se associarem. Impossibilidade de trancamento da ação penal quanto ao crime tipificado no art. 288 do CP, tampouco quanto a outros delitos formais e autônomos que eventualmente se possa extrair dos fatos narrados na denúncia, dos quais foi possível aos acusados se defenderem. Habeas corpus deferido em parte." (HC n.º 84.423/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DOU 24-09-2004, p. 42 – grifado)

"HABEAS CORPUS" – DELITO CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – SONEGAÇÃO FISCAL – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO AINDA EM CURSO – AJUIZAMENTO PREMATURO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DA AÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A VÁLIDA INSTAURAÇÃO DA "PERSECUTIO CRIMINIS" – INVALIDAÇÃO DO PROCESSO PENAL DE CONHECIMENTO DESDE O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA, INCLUSIVE – PEDIDO DEFERIDO.

– Tratando-se dos delitos contra a ordem tributária, tipificados no art. 1º da Lei n.º 8.137/90, a instauração da concernede persecução penal depende da existência de decisão definitiva, proferida em sede de procedimento administrativo, na qual se haja reconhecido a exigibilidade do crédito tributário ("an debeat"), além de definido o respectivo valor ("quantum debeat"), sob pena de, em incorrendo essa condição objetiva de punibilidade, não se legitimar, por ausência de tipicidade penal, a válida formulação de denúncia pelo Ministério Público. Precedentes.

– Enquanto não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, o crédito tributário, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei n.º 8.137/90. Em consequência, e por

Inteiro Teor (631971)

ainda não se achar configurada a própria criminalidade da conduta do agente, sequer é lícito cogitar-se da fluência da prescrição penal, que somente se iniciará com a consumação do delito (CP, art. 111, I). Precedentes." (HC n.º 84.092/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DOU 03-12-2004, p. 50)

Acompanhando o entendimento da Corte Suprema, seguem os julgados deste Tribunal:

"HABEAS CORPUS. SUPRESSÃO DE TRIBUTO. ART. 1º DA LEI Nº 8.137/90. LANÇAMENTO DEFINITIVO. CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA, IN CASU, DE IMPUGNAÇÃO DOS LANÇAMENTOS. ORDEM DENEGADA.

1. O delito previsto no artigo 1º da Lei nº 8.137/90, para sua caracterização, exige a efetiva supressão do tributo e, por esta razão, pressupõe o lançamento definitivo na esfera administrativa, sendo a conclusão do processo fiscal condição de procedibilidade para a ação penal. Entendimento firmado pela 4ª Seção desta Corte, acompanhando nova orientação do Supremo Tribunal Federal.

2. Comprovados os lançamentos contra a empresa do paciente e ausente prova de que tais lançamentos encontram-se na pendência de impugnação administrativa, não merece trancamento a ação penal ao argumento de não existir crédito tributário definitivamente constituído.

3. Ordem de habeas corpus denegada.

(TRF-4ª Região, 7ª Turma, HC Nº 2004.04.01.044405-6/SC, Rel. Juiz. Federal José Paulo Baltazar Junior, DJU 10/11/2004, p. 891)"

"CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º DA LEI Nº 8.137/90. PENDÊNCIA DE DISCUSSÃO DO CRÉDITO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ART. 34 DA LEI Nº 9.249/95. POSIÇÃO DO STF.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 81.611/DF entendeu que "nos crimes do art. 1º da Lei nº 8.137/90, materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia 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.'. A Corte Suprema deixou consignado, ainda, que 'consumando-se o crime apenas com a constituição definitiva do lançamento, fica sem curso o prazo prescricional.' (Informativo nº 333).

2. No mesmo sentido foi a decisão proferida no AI nº 419578/SP (Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Informativo nº 336).

3. A Lei nº 9.249/95 (art. 34) expressamente prevê a extinção da punibilidade quando o agente efetuar o pagamento do débito antes do recebimento da denúncia. Diante disso, à luz dos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, não se mostra razoável que o contribuinte, a fim de evitar uma possível persecução penal, seja 'compelido' a pagar desde logo o tributo exigido, cujo 'quantum' lhe parece inadequado e pretendia, conforme a lei faculta, discutir.

4. Ordem concedida para anular ab initio a ação penal (in casu, a denúncia foi proposta após a impugnação aos autos de infração) bem como determinar a suspensão do prazo prescricional enquanto não houver conclusão definitiva do processo administrativo-fiscal.

Inteiro Teor (631971)

(TRF-4ª Região, 8ª Turma, HC Nº 2004.04.01.011598-0/PR, Rel. Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro, DJU 02/06/2004, p. 828)"

Conseqüentemente, considerando que tanto no momento do recebimento da peça acusatória, em 10/10/2003 (fl. 01), como quando da prolação e publicação da sentença, em 19/11/2004 (fl. 423), não havia decisão definitiva no procedimento administrativo, salientando-se que, conforme informação do ofício da fl. 489, ainda não há decisão final, entendo que, segundo posição dominante, a presente ação penal carece de condição de procedibilidade, impondo-se, assim, sua anulação desde o seu início, restando suspenso o prazo prescricional enquanto durar o processo administrativo.

Assim sendo, resta prejudicada a apreciação dos apelos.

Isso posto, voto no sentido de conceder, de ofício, *habeas corpus* para anular o feito, desde o recebimento da denúncia, e julgar prejudicada a análise dos recursos.

Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteadó
Relator