

"HABEAS CORPUS" Nº 2005.04.01.046734–6/PR

RELATOR : Des. Federal TADAAQUI HIROSE
IMPETRANTE : FRANCISCO DE ASSIS PRAXEDES
IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA VF CRIMINAL E JEF CRIMINAL DE MARINGÁ
PACIENTE : MARCOS ROBERTO GRESKOW MARTINHAO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º DA LEI Nº 8.137/90. PROCEDIMENTO FISCAL PENDENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DA FIGURA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O crime tipificado no inciso I do art. 1º da Lei nº 8.137/90, é material ou de resultado, carecendo, para sua consumação, de lançamento definitivo do crédito tributário pelo Fisco (Precedentes do STF); 2. Em havendo impugnação ao Auto de Infração, o lançamento não ocorre antes do término do processo fiscal. Por consequência, não há crédito tributário, tampouco sonegação de tributos; 3. Caracteriza constrangimento ilegal o recebimento da denúncia que descreve omissão fiscal quando o procedimento administrativo que discute o lançamento do crédito tributário, porquanto ausentes as condições necessárias à tipicidade da conduta.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus, para trancar a Ação Penal nº 2003.70.03.001156–8/PR até o julgamento definitivo do Processo Administrativo–Fiscal nº 10950.002948/2002–94, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 22 de novembro de 2005.

Des. Federal TADAAQUI HIROSE
Relator

"HABEAS CORPUS" Nº 2005.04.01.046734–6/PR

RELATOR : Des. Federal TADAAQUI HIROSE
IMPETRANTE : FRANCISCO DE ASSIS PRAXEDES
IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA VF CRIMINAL E JEF CRIMINAL DE MARINGÁ
PACIENTE : MARCOS ROBERTO GRESKOW MARTINHAO

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de MARCOS ROBERTO GRESKOW MARTINHÃO, denunciado, nos autos da Ação Penal nº 2003.70.03.001156–8//PR, em face da supressão, em tese, de tributo federal – Imposto de Renda Pessoa Física –, ano–calendário de 1998, no montante de R\$109.435,41, delito tipificado no art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90.

Alega o Impetrante, em síntese, que o Paciente está sofrendo constrangimento ilegal, porquanto falta a devida justa causa para a persecução penal. Sustenta que, como Marcos Roberto Greskow Martinhão discute, em processo administrativo–fiscal sob nº 10950.002948/2002–94, o débito tributário de que trata a denúncia,

Inteiro Teor (970413)

inexiste lançamento definitivo do crédito tributário, necessária condição de procedibilidade para a ação penal.

Assim, liminarmente, requereu a suspensão da audiência de inquirição de testemunha arrolada pela acusação, marcada para o dia 02.02.2006 e, no mérito, a concessão da ordem para trancar em definitivo a ação penal.

A liminar foi indeferida (fl. 54). O Juízo *a quo* prestou informações (fls. 58/60, 75/115). A Procuradoria Regional da República, em parecer de fls. 62/74, opinou pela denegação da ordem.

É o relato.

Em mesa.

Des. Federal TADAAQUI HIROSE
Relator

"HABEAS CORPUS" Nº 2005.04.01.046734-6/PR

RELATOR : Des. Federal TADAAQUI HIROSE
IMPETRANTE : FRANCISCO DE ASSIS PRAXEDES
IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA VF CRIMINAL E JEF CRIMINAL DE MARINGÁ
PACIENTE : MARCOS ROBERTO GRESKOW MARTINHAO

VOTO

Cuida-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de MARCOS ROBERTO GRESKOW MARTINHÃO, visando o trancamento da Ação Penal sob nº 2003.70.03.001156-8/PR, em que foi denunciado pela prática, em tese, do delito de sonegação fiscal de que trata o artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90.

Alega o Impetrante, em síntese, que falta condição de procedibilidade para a referida ação penal, porquanto inexistente o lançamento definitivo do crédito tributário objeto da denúncia.

Ao examinar o pedido liminar, proferi decisão (fl. 54), nos seguintes termos:

"Indefiro a liminar, porquanto, em análise perfunctória, característica desse momento preliminar, mesmo que esteja presente o requisito do fumus boni iuris não visualizo, primus ictus oculi, a presença da ameaça iminente à liberdade de locomoção do Paciente, bem jurídico tutelado pelo presente writ of mandamus, autorizador da medida de urgência, mesmo a audiência que se visa suspender está apazada somente para 02 de fevereiro de 2006.

Solicitem-se informações ao Juízo Impetrado, bem como cópia da denúncia, eventual documento juntado aos autos que diga respeito ao procedimento administrativo fiscal que trata do crédito tributário objeto da denúncia e informações sobre os fatos que originaram a Ação Penal sob nº 2003.70.03.001219-6, em curso nessa Vara Criminal Federal de Maringá/PR, comentada também neste writ. Após, com elas, remetam-se os autos à Procuradoria Regional da República."

O Juízo *a quo*, junto com as informações, remeteu, entre outros documentos, cópia da denúncia, da decisão do HCorp nº 2004.04.01.025548-0/PR, julgado pela Sétima Turma desta Corte, em 28.09.2004, e cópias do procedimento administrativo apontado pelo Impetrante.

No referido *habeas corpus* também impetrado em favor do ora Paciente, lê-se o seguinte relato do Des. Federal JOSÉ LUIZ B. GERMANO DA SILVA (fls. 18/23):

"Trata-se de habeas corpus impetrado por Francisco de Assis Praxedes em favor de Marcos Roberto Greskow Martinhão contra ato do MM. Juiz Federal da Vara Criminal de Maringá nos autos da ação criminal, na qual foi o paciente denunciado pela prática, em tese, dos delitos tipificados no art. 1º, incisos I e II da Lei nº 8137/90, objetivando, liminarmente, a suspensão da audiência de inquirição de testemunhas, marcada para o dia 08/09/04 e, ao final, o trancamento da ação penal nº 2003.70.03.001219-6 em curso perante a Vara Federal de Maringá ou sua anulação ab initio, afastando o constrangimento ilegal do paciente.

Alega que sofreu atuação da Receita Federal relativa ao imposto sobre a renda do exercício financeiro de 1999, ano-base de 1998, tendo impugnado o crédito tributário em sede administrativa. Informa que a impugnação não foi acolhida em primeira instância, tendo, então, interposto recurso ao Primeiro Conselho de Contribuintes, obtendo provimento, por maioria, em data de 05/11/03.

Sustenta que no curso da discussão a respeito da legalidade do lançamento de ofício efetuado, o Delegado da Receita Federal ofereceu representação ao Ministério Público Federal, que propôs a ação penal em data de 02/06/03, estando o feito, atualmente, na fase probatória (designação de audiência para inquirição de testemunhas no dia 08/09/04).

Aduz que, inexistindo decisão final no processo administrativo fiscal, já que a Fazenda Nacional ainda pode interpor novo recurso à Câmara Superior de Recursos Fiscais, está suspensa a exigibilidade do crédito tributário objeto da denúncia, inexistindo justa causa para a ação penal.

Afirma que "nos crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8137/90, que são crimes 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" (fl. 05) e que, "por isso, a denúncia não poderia ter sido recebida como o foi" (fl. 04)."

A Sétima Turma, por sua vez, ao julgar o *writ*, entendeu:

"Contudo, melhor analisando os elementos de prova trazidos aos autos, bem como à vista das informações prestadas pela autoridade apontada coatora, entendo que a ordem deva ser denegada.

É que, da análise da ementa da decisão do Primeiro Conselho de Contribuintes pode-se concluir que o recurso foi provido no tocante à forma de constituição do crédito tributário, nada sendo referido a respeito de sua materialidade, ou seja, pelo o que lá se lê, não se pode concluir que o paciente nada deva ao Erário. Além disso, as cópias da impugnação apresentada – trazidas pelo impetrante – não estão completas, impossibilitando que seja avaliada a extensão do recurso apresentado na esfera administrativa.

Como bem apontou o MM. Juiz a quo, "da análise dos autos verifico que, embora relevantes os argumentos apresentados pela impetrante, a matéria foi apenas mencionada na defesa prévia, que pende de decisão deste juízo, a qual veio desacompanhada da documentação comprobatória do alegado. O impetrante instrui a referida petição com uma cópia de um extrato retirado da internet e com as duas primeiras páginas de um recurso administrativo apresentado à Receita Federal, omitindo, dessa forma, seu limite e conteúdo" (fl. 34).

No mesmo sentido, manifestou-se o ilustre representante do Ministério Público Federal, Dr. Douglas Fischer:

"(...)

Qual o fundamento que levou a E. 4ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes a dar provimento, por maioria (vencidos todos os integrantes pertencentes à Fazenda), ao recurso do ora paciente? Não se sabe! Juntou-se apenas cópia do resultado (fl. 16).

Quais os fundamentos que foram declinados no recurso interposto contra a 2ª Turma da DRJ de Curitiba? Não se sabe. O impetrante limitou-se a juntar apenas a primeira página da irresignação (fl. 15).

Foi dito pelo Conselho de Contribuintes que não há tributo devido? Não se sabe. É verdade que foi transcrito excerto da decisão na seara administrativa à fl. 27. Mas, pelo seu teor, completamente descabido o presente habeas corpus, pois não há prova (ônus do impetrante) de que foi reconhecida a inexistência do fato ou odescabimento da exação" (fls. 39-40). (grifei)

Com Ada Pellegrini Grinover (in Recursos no Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, págs. 373-374), "em face de suas características fundamentais – simplicidade e sumariedade – o procedimento do habeas corpus não possui uma fase de instrução probatória, mas isso não significa, absolutamente, que não seja necessária a produção de provas destinadas à demonstração dos fatos, até porque somente a indiscutibilidade destes dará lugar à concessão da ordem. De regra, a inicial deve vir acompanhada de prova documental pré-constituída, que propicie o exame, pelo juiz ou tribunal, dos fatos caracterizadores do constrangimento ou ameaça, bem como de sua ilegalidade, pois ao impetrante incumbe o ônus da prova".

Assim sendo, não havendo logrado, o impetrante, comprovar suas alegações, descabida fica a concessão da ordem, na medida que "o habeas corpus, ação de porte constitucional caracterizada por seu rito célere, não comporta dilação probatória e, portanto, demanda prova pré-constituída das alegações que sustentam a impetração" (HC 200300470908, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ DATA:31/05/2004 PÁGINA:368, 6ª Turma, STJ).

Ademais, o trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é medida de exceção, só admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, circunstâncias essas, in casu, não evidenciadas.

Nesta esteira:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE SONEGAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DISCUSSÃO EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. TÉRMINO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA PERSECUTIO CRIMINIS. ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA INDEPENDENTES. VIA INADEQUADA. EXAME NECESSÁRIO E APROFUNDADO DAS PROVAS. ORDEM DENEGADA.

Somente é viável o trancamento de ação penal por falta de justa causa quando, prontamente, desponta a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a punibilidade, circunstâncias não evidenciadas nos autos.

No plano do procedimento fiscal, a decisão dele esperada, pelo menos em princípio, não produz o comprometimento da análise judicial precedente, sobretudo porque a falta de dispositivo legal impede a hipótese da condição de procedibilidade.

Ordem denegada. (HC 35543/SP, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 06.09.2004 p.00286, 5ª Turma, STJ)

CRIMINAL. RHC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. AUTO DE INFRAÇÃO CANCELADO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. Hipótese em que se discute a viabilidade de trancamento da ação penal instaurada para a apuração de eventual prática de crime contra a ordem tributária, diante da decisão do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo que decretou o cancelamento do Auto de Infração e Imposição de Multa.

II. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a

Inteiro Teor (970413)

atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas in casu.

III. A peça acusatória imputou ao paciente a prática de crime contra a ordem tributária porque, na qualidade de sócio–diretor da empresa Caninha Campestre Comércio e Representação de Bebidas Ltda., teria adquirido mercadorias sem as devidas notas fiscais, obtendo notas "frias" e creditando–se do ICMS.

IV. O provimento do recurso administrativo pelo Tribunal de Impostos e Taxas, o qual acolheu a tese de que, uma vez localizado o emissor das notas impugnadas, é este o responsável pelo imposto não pago, não afasta a possível prática de delito contra a ordem tributária, se evidenciado que, em princípio, o paciente creditou–se indevidamente de ICMS, como resultado da aquisição das mencionadas notas "frias".

V. Inviável o trancamento da ação penal, se não é possível verificar, sem maior análise dos fatos e provas, se os fundamentos e conclusões do processo administrativo fiscal elidem os fatos narrados na denúncia.

VI. Situação em que deve prevalecer o entendimento referente à independência das esferas penal e administrativa.

V I I I .

*Precedentes
desta Corte.*

IX. Recurso desprovido. (RHC 15705/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ 02.08.2004, p.00425, 5ª Turma, STJ)"

Por fim, face às informações suplementares prestadas pela autoridade apontada coatora, restou constatado que a questão relativa ao pretendido trancamento da ação penal sob o argumento de que, enquanto não esgotada a esfera administrativa inexistia condição objetiva de punibilidade, está pendente de decisão perante o primeiro grau de jurisdição.

Ante o exposto, voto no sentido de denegar a ordem, cassando a liminar para possibilitar que a autoridade apontada coatora manifeste–se sobre a questão relativa ao pretendido trancamento da ação penal."

Irresignado com o julgado, o Paciente interpôs Recurso Ordinário em "Habeas Corpus" ao egrégio Superior Tribunal de Justiça, distribuído ao Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, sob nº 17.262/PR (número do recurso do HCorp nº 2004.04.01.025548–0/PR), ainda não julgado.

Pois bem. Como se vê da leitura do voto proferido pelo Des. Federal José Luiz B. Germando da Silva, a ordem foi denegada à guisa da inexistência nos autos do teor do julgado da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes que analisou o recurso do ora Paciente no referido processo administrativo–fiscal nº 1950.002948/2002–94.

Naquela oportunidade, em análise da ementa do julgado administrativo, entendeu a Sétima Turma desta Corte que *"É que, da análise da ementa da decisão do Primeiro Conselho de Contribuintes pode–se concluir que o recurso foi provido no tocante à forma de constituição do crédito tributário, nada sendo referido a respeito de sua materialidade, ou seja, pelo o que lá se lê, não se pode concluir que o paciente nada deva ao Erário."*

Continua, *"Além disso, as cópias da impugnação apresentada – trazidas pelo impetrante – não estão completas, impossibilitando que seja avaliada a extensão do recurso apresentado na esfera administrativa."*

Contudo, em face da intimação do Procurador da Fazenda Nacional ocorrida neste ano, vem o Paciente, novamente, requerer, agora com a juntada o voto condutor do julgamento do recurso administrativo, o reconhecimento do constrangimento ilegal, em face do recebimento da denúncia sem que a devida condição

de procedibilidade para a persecução penal, por conta da inexistência de lançamento definitivo do crédito tributário.

Entendo que este *habeas corpus* não constitui reiteração de pedidos, porquanto se trata de ação constitucional impetrada com documentos que somente agora se tornaram disponíveis ao Paciente.

Nesta senda, transcrevo o voto (processo 10950.002948/2002–94), que tem as seguintes letras:

"Conselheiro REMIS ALMEIDA ESTOL , Relator

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade, devendo, portanto ser conhecido.

Do exame dos autos, principalmente do Termo de Início de Fiscalização de fls. 33, constato que todo o procedimento fiscal teve sua origem na utilização de dados colhidos dos pagamentos da CPMF, na forma do artigo 1º, § 3º, da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996.

Este fato também foi percebido pelo recorrente, que se insurge sustentando a ilegalidade do lançamento.

Também na decisão há manifestação sobre o assunto. A DRJ em Curitiba, com apoio entendimento jurisprudencial, entende não haver qualquer ilegalidade neste cruzamento de dados, tendo em vista tratar-se de retroatividade autorizada pela artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.

Com todo o respeito àqueles que pensam de maneira diversa, tenho a firme convicção de que a posição da DRJ em Curitiba não é aquela que espelha melhor maneira de aplicação do dispositivo.

De fato, o direito tributário contém normas materiais (ou substantivas) e normas procedimentais (ou adjetivas). As primeiras têm por objetivo descrever os contornos da hipótese de incidência dos tributos. As segundas descrevem os procedimentos à disposição da autoridade tributária para a determinação do crédito tributário.

Pois bem. A Lei nº 10.174/2001 deu a seguinte redação ao artigo 11, par. 3º da Lei nº 9.311/96 (grifei):

"Art.

1 1

–

§ 3º – A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores".

O que se lê do dispositivo acima transcrito é que a Lei nº 10.174/2001 é norma de conteúdo material, que autoriza o lançamento do imposto de renda e demais tributos com base nas informações colhidas dos recolhimentos da CPMF. Especificamente em relação ao imposto de renda, a nova lei, inclusive, estabeleceu a forma de tributação que ocorrerá nos termos e condições do artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

Ou seja, não foram ampliados os poderes fiscalizatórios. Foi autorizada uma nova forma de tributação, admitindo uma nova presunção legal de omissão de receita que se insere no mecanismo introduzido pelo artigo 42 da lei nº 9.430/96.

Nesta ordem de idéias, chega-se à conclusão, novamente pedindo todas as vênias ao eminente Relator, que não se trata de norma adjetiva ou de Direito Processual Tributário, para usar a expressão do sempre lembrado ALIOMAR BALEEIRO) que, a propósito de seus comentários ao artigo 144, § 1º, do CTN, assim nos ensina (efr. Direito Tributário Brasileiro, Forense, 2003, 11ª edição, pág. 794):

"Essa disposição não altera o caráter declaratório do lançamento, que continua a considerar o fato gerador na data de sua ocorrência, segundo a lei então vigente, quanto à definição desse fato, base de cálculo e alíquota. A disposição é puramente de Direito Processual Tributário. E as normas processuais têm eficácia imediata, aplicando-se logo aos casos pendentes."

É fora de dúvida que a Lei nº 10.174/2001 não é uma norma adjetiva. A Lei nº 10.174/2001 não estabelece um novo rito processual. A Lei nº 10.174/2001 não fixa ou amplia poderes de investigação. A Lei nº 10.174/2001 autoriza, isto sim, uma "nova" forma de tributação do imposto de renda.

Isto tudo quer dizer que, a redação original da Lei nº 9.311/96 também não previa uma norma de procedimento. Pelo contrário, enquanto durou a redação primitiva da Lei nº 9.311/96 era vedado o lançamento do imposto de renda e demais tributos sobre a base de incidência desvendada pelos recolhimentos da CPMF, conforme se lê de sua disposição literal, cujos grifos não são do original:

"Art.

1 1

§ 3º – A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para a constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos".

No entanto, nunca foi afastada a possibilidade de ser constituído o crédito tributário do imposto de renda através da intimação de instituições financeiras. Mas, não havia previsão legal para a tributação dos depósitos resultantes dos dados colhidos da arrecadação da CPMF. Ou seja, os dados obtidos pela fiscalização da CPMF, enquanto durou a redação original da Lei nº 9.311/96, não estavam sujeitos ao imposto de renda, muito embora os valores dos depósitos bancários pudessem ser objeto de fiscalização e lançamento na forma do artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

Somente a partir da Lei na 10.174/2001 é que passou a estar legalmente descrita esta nova hipótese de incidência do imposto de renda (e outros tributos), passando a ser lícita a tributação dos mesmos valores advindos do cruzamento de dados dos recolhimentos da CPMF, ainda que se utilize dos mesmos meios de determinação da base de cálculo.

É por esta razão que a Lei nº 10.174/2001 inovou a sistemática de tributação do imposto de renda e, por esta mesma razão, somente pode ser aplicada a eventos futuros, obedecidos os princípios constitucionais da irretroatividade e da anterioridade da lei tributária.

Esta é a única interpretação possível das inovações instituídas pela Lei nº 10.174/2001, sob pena de serem desprestigiados os princípios gerais do direito relativos à segurança jurídica.

A propósito, cabe uma indagação: que inovação de procedimento foi adotada se a fiscalização, com apoio em reiteradas decisões deste Conselho, sempre teve acesso aos dados bancários dos contribuintes? Fica claro, mais uma vez, que a Lei nº 10.174/2001 não trouxe mera inovação de procedimento.

Mas, ainda que se considerasse a Lei nº 10.174/2001 como uma norma de procedimento, a verdade é que o imposto de renda é tributo devido por período certo e a data da ocorrência do fato gerador é facilmente identificável e prevista na legislação. Daí há de ser aplicado o artigo 144, parágrafo 2º do Código Tributário Nacional, que submete estes tributos à regra prevista no caput do mesmo artigo, ou seja, da observância e aplicação da lei vigente à época da ocorrência do fato gerador, sem exceções para as chamadas normas de procedimento.

Esta é a lição que se absorve dos comentários de MISABEL ABREU MACHADO DERZI ao artigo 144, § 2º, do CTN (cfr. Comentários ao Código Tributário Nacional, coordenação de Carlos Valder do Nascimento, Forense, 1998, 3ª edição, pág. 378):

"A doutrina tem interpretado o § 2º do art. 144 como uma ressalva ao § 1º, somente abrangente dos impostos lançados por certos períodos de tempo, desde que a lei fixe a data em que se considere ocorrido o fato jurídico. Assim, em relação aos impostos de período (especialmente aqueles incidentes sobre a renda e o patrimônio), prevalece a regra do caput do art. 144 mesmo com referência aos aspectos formais e procedimentais, não se lhes aplicando de imediato a legislação nova."

Da mesma maneira pensa SACHA CALMON NAVARRO COELHO, fazendo a seguinte interpretação do dispositivo (cfr. Manual de Direito Tributário, Forense, 2002, 2ª edição, pág. 426):

"O § 2º é óbvio. Pretende dizer que o caput do artigo é desnecessário para aqueles impostos cujo dia do fato gerador é conhecido, porquanto a própria lei define a data da sua ocorrência. Conveniente aqui pensar no IPTU e no IPVA, no imposto de renda

também."

Em face de todo o exposto, oriento meu voto no sentido de DAR provimento ao recurso."

Contra a decisão da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuinte, interpôs a Procuradoria da Fazenda Nacional recurso à Câmara Superior de Recursos Fiscais, como se vê nas informações extraídas do site www.conselhos.fazenda.gov.br.

Assim, da leitura dos autos depreende-se que resta pendente recurso em processo administrativo instaurado por Marcos Roberto Greskow Martinhão, onde se discute a constituição do crédito tributário, o que desqualifica a condição de procedibilidade da persecução penal, como assentado pelo Plenário do egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que, em 10.12.2003, por maioria, concedeu a ordem no *Habeas Corpus* nº 81.611-8/DF para trancar ação criminal, sob o fundamento da impertinência de sua propositura em delito tributário enquanto pendente processo administrativo em que se discute a constituição do crédito.

Tal julgado instigou a renovação da discussão acerca do tema neste egrégio Regional. Alterando o entendimento antes aceito, deduziu-se, afinal, inexistir interesse por parte do *Parquet* em denunciar suposta sonegação de tributos antes do respectivo lançamento pelo fisco. Tal ocorre em face da impossibilidade da caracterização da figura típica nessas circunstâncias. Em suma: não havendo lançamento, não há débito, sendo incoerente, dessa forma, falar-se em crime contra a ordem tributária.

Diante desse entendimento, a infração tipificada no artigo 1º da Lei nº 8.137/90, por ser material ou de resultado, torna imprescindível a existência de lançamento definitivo para a sua consumação. De conseqüência, em havendo impugnação ao Auto de Infração, não ocorre o exaurimento do processo fiscal e, portanto, não fica constituído o crédito tributário. Em sendo assim, eventual ação penal acarreta constrangimento ilegal por falta de justa causa.

É necessário, ainda, frisar que tal juízo não ofende o princípio constitucional da independência entre os Poderes, visto que não se está condicionando a atuação do Judiciário à prévia manifestação do Executivo. O que se diz é que, sem o lançamento não há como falar-se em omissão fiscal, ou seja, é condição necessária para a tipicidade da conduta a efetiva constituição do crédito tributário.

Veja-se que é bem este o caso dos autos, pois, conforme documentação apresentada e consulta feita nesta data pela Internet, no site oficial da Receita Federal (contracapa), é inequívoco o conhecimento do início e a pendência de julgamento em grau recursal (nº 132964) perante a Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes do Processo Administrativo-Fiscal (10950.002948/2002-94) de que trata a denúncia ofertada contra o ora Paciente.

Assim sendo, na esteira da orientação sedimentada em nossa Corte, inexistindo a falta de condição de procedibilidade para a ação penal atacada, deve a mesma ser a mesma trancada, sob pena de constrangimento ilegal (Embargos Infringentes e de Nulidade sob nº 2001.04.01.085766-0/PR, rel. p/ acórdão a Des. Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, DJU de 26.05.2004).

Diante de todo o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* para trancar a Ação Penal nº 2003.70.03.001156-8/PR até o julgamento definitivo do Processo Administrativo-Fiscal nº 10950.002948/2002-94.

Comunique-se ao relator do RHC 17.262/PR (número do recurso do HCorp nº 2004.04.01.025548-0/PR), Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

Inteiro Teor (970413)

Des. Federal TADAAQUI HIROSE
Relator