

EXTRATO DA ATA

HC 84.431/SP – Relator: Ministro Carlos Britto. Paciente: Igor Rogério Luchesi. Impetrante: Ana Carolina Garcia Bliza de Oliveira. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu pedido de *habeas corpus*. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que o deferia.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Compareceu o Ministro Joaquim Barbosa para julgamento de processos a ele vinculados. Subprocurador-Geral da República, Dr. Eitel Santiago de Brito Pereira.

Brasília, 31 de agosto de 2004 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 84.453 – PB

Relator: *O Sr. Ministro Marco Aurélio*

Relator para o acórdão: *O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence*

Paciente: *Francisco Alberto de Lucena Rabello*

Impetrante: *Emerson Davis Leonidas Gomes*

Coator: *Superior Tribunal de Justiça*

Crimes contra a ordem tributária, quadrilha e falsidade ideológica.

1. O aperfeiçoamento do delito de quadrilha ou bando não depende da prática ou da punibilidade dos crimes a cuja comissão se destinava a associação criminosa.

2. Por isso, a suspensão da punibilidade de crimes contra a ordem tributária imputados a membros da associação para delinquir, por força da adesão ao Refis II (Lei 10.684/03), não se estende ao de quadrilha.

3. O crime contra a ordem tributária absorve os de falsidade ideológica necessários à tipificação daqueles; não, porém, o *falsum* cometido na organização da quadrilha.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 17 de agosto de 2004 – **Sepúlveda Pertence**, Presidente e Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ao proceder ao exame do pedido de concessão de medida acauteladora, assim resumi a matéria versada nesta impetração:

Este *habeas* está dirigido contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que tem a seguinte ementa (folha 201):

Criminal. HC. Crime contra a ordem tributária. Falsidade ideológica e formação de quadrilha. Inépcia da denúncia. Crime societário. Possibilidade de denúncia genérica. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa não-evidenciada de plano. Análise sobre a autoria e materialidade do delito que não podem ser feitas na via eleita. Aplicação do princípio da consunção. Impossibilidade. Condutas autônomas. Ordem denegada.

I. Denúncia que imputou ao paciente a prática, em tese, de delito contra a ordem tributária.

II. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa dos acusados, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP – o que não se vislumbra *in casu*.

III. Tratando-se de crimes societários, de difícil individualização da conduta de cada participante, admite-se a denúncia de forma mais ou menos genérica, por interpretação pretoriana do art. 41 do CPP. Precedentes.

IV. Evidenciada a presença de fortes indícios de crime contra a ordem tributária, torna-se prematuro o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente.

V. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas *in casu*.

VI. O Princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.

VII. Hipótese em que foi determinada a suspensão do processo relativamente aos delitos contra a ordem tributária, em aplicação do disposto no art. 9º da Lei 10.684/03.

VIII. Evidenciado, na hipótese, que os crimes contra a ordem tributária e os de falsidade ideológica e de formação de quadrilha se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo qualquer relação de subordinação entre as condutas, resta inviabilizada a aplicação do princípio da consunção, e conseqüentemente a suspensão do processo relativamente a esses últimos.

IX. Ordem denegada.

Na longa petição de folha 2 a 31, busca-se demonstrar a insubsistência do entendimento sufragado, ressaltando-se as duas causas de pedir deste *habeas*. Segundo o sustentado, a inicial da ação penal afigura-se inepta, porquanto não conta com a descrição do procedimento do paciente. É que, tratando-se de crime societário, o Ministério Público deixara de revelar, de forma minudente, a participação do acusado. A segunda causa de pedir concerne à tese de que os crimes previstos nos artigos 288 e 299 do Código Penal seriam crimes meios, ante o tipo do artigo 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. A atuação conjunta e a falsidade ideológica teriam ocorrido para lograr-se a fuga à obrigação tributária. Afirma-se que o paciente não praticou qualquer ato de gestão, nem agiu como mandatário da empresa envolvida. Simplesmente, constara como mandatário em instrumento de mandato que não chegou, consoante as razões expendidas, a ser utilizado. Discorre-se sobre o disposto no artigo 13 do Código Penal, remetendo-se à melhor doutrina sobre a causalidade. Do ângulo da equivalência, cita-se BINDING, para quem “a teoria da equivalência, se considerada de forma ilimitada, levaria a punir-se como co-autor em adultério o carpinteiro que fabricou o leito em que se deitou o casal amoroso”. Salienta-se que, suspenso o processo quanto ao crime tributário, em face da adesão a

refinanciamento, impossível seria dar seqüência relativamente aos crimes de quadrilha e falsidade ideológica. Requer-se a concessão de liminar que implique a suspensão dos atos instrutórios no Processo n. 2003.82.00.004330.7, em curso na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, até o julgamento final da impetração, e que neste seja deferida ordem para trancar a ação penal por inépcia da denúncia e conseqüente falta de justa causa para instauração de instância penal. Sucessivamente, pleiteia-se a suspensão do processo, no tocante aos delitos dos artigos 299 e 288 do Código Penal. Sobre o risco de manter-se com plena eficácia o curso processual, assevera-se estar na fase de inquirição de testemunhas da defesa e que, a qualquer momento, pode ser prolatada decisão desfavorável ao paciente. À inicial juntaram-se os documentos de folha 32 a 203.

Em seguida, indeferi a liminar, ao fundamento de que: (...) a atuação do Relator situa-se no campo excepcional. Competente para julgar o *habeas corpus* é o Colegiado. Então, há de concluir-se que a antecipação de tutela deve fazer-se, realmente, sob o ângulo acautelador. Para que este surja pertinente, indispensável é que do quadro retratado no processo resulte ameaça à liberdade de ir e vir, ameaça clara e precisa a direito do cidadão. Sem adentrar no âmago das questões colocadas na inicial, isso não se verifica no caso. Está-se na fase de audição das testemunhas de defesa, não se encontrando o processo revelador da ação penal devidamente aparelhado para prolação de sentença.

O processo foi remetido à Procuradoria-Geral da República, pronunciando-se o ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Edson Oliveira de Almeida, pelo indeferimento da ordem. Revela encontrar-se o acórdão impugnado em harmonia com precedente desta Corte, isso sob o ângulo da inépcia da denúncia e o envolvimento de crime societário. Consoante afirma, na denúncia constaria a referência à atuação de laranjas, sendo que o paciente fora apontado como um dos sócios da sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Quanto à consunção, reporta-se ao que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ao processo veio instrumento de mandato, ressaltando o paciente que o representante processual procederá à sustentação do pleito. A conclusão data de 4 de agosto de 2004. Lancei visto em 7 imediato, quando designei, como data de julgamento, a de hoje, ou seja, 17 de agosto de 2004, isso objetivando a ciência do impetrante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator):

Da inépcia da denúncia

A peça, de folha 88 a 94, mostra-se circunstanciada. Contém referência à constituição de sociedade e subsequente credenciamento de procuradores que, detendo amplos poderes para administração da empresa, movimentavam as diversas contas bancárias abertas. Ter-se-ia intermediação por pessoas que passaram a ser consideradas como laranjas. Apontou-se a omissão, no documento de constituição da firma, quanto aos nomes dos verdadeiros sócios de fato. O paciente seria um destes últimos, conforme narração do Ministério Público. Não se está diante de imputação genérica a inviabilizar o direito de defesa. Em suma, tratar-se-ia de constituição de empresa mediante a utilização de interpostas pessoas.

Da consunção

O pano de fundo da ação penal revelou a ausência de declaração de ajuste do imposto sobre a renda, considerado o ano-base de 1998, e indicou movimentação financeira da empresa no valor de R\$ 17.248.214,30 (dezesete milhões, duzentos e quarenta e oito mil, duzentos e quatorze reais e trinta centavos). É certo que a denúncia abrange os tipos dos artigos 288 e 299 do Código Penal, ou seja, a assertiva sobre a existência de quadrilha ou bando e de falsidade ideológica. Todavia, nota-se, no caso, acontecimento único relativo a pessoa jurídica individualizada. A Lei n. 8.137/90, no artigo 1º, fixa, como crime contra a ordem tributária, suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social e qualquer acessório, omitindo-se informação ou prestando-se declaração falsa às autoridades fazendárias.

Já o artigo 2º glosa a feitura de declaração falsa ou omissão de declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou o emprego de qualquer outra fraude para eximir-se de pagamento de tributo. Na espécie, o envolvimento de várias pessoas e a própria fraude estão compreendidos no tipo específico da Lei n. 8.137/90, sendo totalmente imprópria na seara do Direito Penal a sobreposição. Chegou-se, como assinalado, à suspensão da pretensão punitiva do Estado quanto ao crime contra a ordem tributária, deixando-se de atentar para a absorção dos crimes de quadrilha e de falsidade ideológica. Tratando-se de pessoa jurídica, principalmente de uma limitada, é comum atuarem, na sonegação, várias pessoas, considerado o estatuto e a delimitação gerencial. Da mesma forma, o crime tributário faz-se, em vista até mesmo da fiscalização, do acompanhamento da contabilidade da contribuinte, mediante fraude, por sinal consignada expressamente nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/90. Descabe, a partir do tipo do artigo 288 do Código Penal, a generalização, como se, em todas as hipóteses de crime tributário por pessoa jurídica, ocorresse o crime de quadrilha ou bando. O sentido do dispositivo é outro, não alcançando o caso deste processo, porquanto o objetivo maior mostrou-se a comercialização, a prática de atos no mercado,

driblando-se os ônus tributários. Há de refletir-se sobre o caso, presente o instituto da consunção, o instituto da absorção, ou seja, a consideração de procedimentos integrados no próprio crime contra a ordem tributária. Daí o meu voto, para, concedendo a ordem, trancar a ação penal no tocante aos tipos dos artigos 288 e 299 do Código Penal.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Tenho dificuldades em entender, neste julgamento sumário, que toda essa armação de falsidades esteja absorvida pela finalidade última de sonegação fiscal.

Ainda recentemente no HC 84.223, relatado pelo Ministro Eros Grau, firmamos que, em caso similar, que a suspensão pelo Refis da pretensão punitiva não se estende à quadrilha. Isso é recente, do dia 3 de agosto último.

Assim também como me parece que essa organização de uma empresa laranja, pelo menos com os dados de fato que podemos manejar neste *habeas corpus*, não é meio necessário para a prática do crime contra a ordem tributária a ponto de a podermos considerar consumida pelo crime tributário. Creio que a solução dada pelo juiz neste passo do processo está correta.

Peço todas as vênias ao Eminentíssimo Relator para indeferir a ordem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhor Presidente, as premissas do meu voto são únicas. Quase sempre a sonegação é praticada por pessoa jurídica e, em se tratando de sociedade limitada, é muito comum o gerenciamento caber a vários sócios. Então, ter-se-ia sempre base para formular-se denúncia pelo crime de quadrilha. Considerado apenas esse aspecto, a resposta, para mim, é negativa.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): *Est modus in rebus*. O que se tem aqui é, de um lado, um crime contra a ordem tributária identificado; de outro, a organização de uma empresa destinada simplesmente a sonegar tributos, com a participação de “laranjas”.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não, destinada a um êxito econômico maior, driblando-se o fisco.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Sim, Ministro. Então, vamos raciocinar: ainda se não se tivesse praticado nenhum crime contra a ordem tributária, ter-se-iam já o crime de quadrilha e o crime de falsidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, de início, não. Nada impede que haja a constituição de uma sociedade, por quotas de responsabilidade limitada, e o credenciamento de procuradores para o gerenciamento dessa sociedade. Imagino, por exemplo, uma sociedade mesmo de família, de leigos, com direção profissionalizada.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Desde a constituição, ao que apreendi da denúncia, os sócios aparentes eram meros “laranjas” de sócios que pretendiam ficar na obscuridade para a prática de crimes contra a ordem tributária.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): De qualquer forma, o tipo especial exige a fraude. É elemento do tipo.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Sim, Ministro, mas a fraude na contabilidade da própria empresa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Foi o caso.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): O fato é independente, é a constituição de uma empresa cuja constituição, em si mesma – eu pediria a V. Exa. para repetir este raciocínio –, ainda quando nada tivesse praticado contra a ordem tributária –, configuraria a quadrilha e a falsidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Esse é o raciocínio do Ministério Público na inicial. A historinha do Ministério Público é impactante, mas ele poderá veiculá-la em toda e qualquer denúncia, bastando que se tenha uma pessoa jurídica.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Não é o caso comum de crime contra a ordem tributária, em que se pratica uma falsidade na contabilidade de uma empresa para fraudar o Fisco.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Aqui foi omissão.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Aí sim a fraude está absorvida, é um meio necessário à prática do crime. Veja o inciso II do art. 1º da Lei 8.137:

“II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou emitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;”

Vale dizer, na contabilidade de uma empresa real, cometem-se falsidades com o único propósito de reduzir ou eliminar imposto. Aí sim ninguém poderá supor nem que essa falsidade seja punida separadamente, nem muito menos que a participação de quatro sócios nesta inserção de documentos falsos configurasse, por si só, uma quadrilha. Outra coisa é a organização predeterminada de uma empresa para a prática de crimes tributários. Não estou dizendo que essa seja a realidade, mas é a imputação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É a imputação, é a capacidade intuitiva do subscritor da peça inicial.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: É toda uma estrutura.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Isso eu não sei, Ministro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ele assentou uma premissa: se há, na constituição da empresa, certas pessoas que não gerenciam e, ao contrário, resolvem credenciar terceiros, têm-se, aí, “laranjas”.

Não posso raciocinar considerado o excepcional, o extravagante.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Ministro, não estou sentenciando, estou examinando uma denúncia em *habeas corpus* por falta de justa causa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Eu sei, Presidente. Mas, como o tipo especial pressupõe a fraude, ainda que eu veja a fraude nesse credenciamento por procuração...

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Mas o tipo especial não pressupõe fraude num fato absolutamente autônomo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Mas o objetivo foi esse.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Consunção, *data venia*, não é isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): O objetivo foi este: fraudar. Tanto que se aponta – e talvez se tenha pego a empresa imediatamente – que ela deixou de apresentar a declaração de ajuste do imposto de renda do ano-base de 98.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Este é um crime autônomo. Este é até o art. 2º. E está certo, foi suspenso pelo Refis.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Omissão e por fraude.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Vou divergir e acompanhar o raciocínio do Ministro Sepúlveda Pertence para indeferir o *habeas corpus*. Até em coerência com o que votei há uma semana.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Também votei na semana passada – e devo consignar isso em meu voto, para que não apontem incongruência – e me convenci, debruçando-me sobre o caso e refletindo sobre a matéria, de que há a absorção. O Presidente está lembrado que ainda fiz algumas ponderações antes de acompanhar o Relator. E sou daqueles que não têm compromisso com os próprios erros.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Também entendo da mesma forma que o Ministro Sepúlveda Pertence, *data venia* do Ministro Marco Aurélio. Se existe toda uma estrutura montada, direcionada para a prática de crimes tributários, instantaneamente se configuram os crimes de falsidade e de formação de quadrilha.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sr. Presidente, só estaria seguro em acompanhar o voto do eminente Relator, se fosse incontroverso que a constituição

dessa sociedade fictícia tivesse tido finalidade específica, enquanto somente dirigida à prática dos crimes tributários descritos na denúncia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não se alude a outro objeto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Noutras palavras, que a criação de sociedade fictícia e a prática de falsidade fossem insusceptíveis de servir de meio para a prática de outros crimes tributários e não tributários. E a consumação da quadrilha, e não temos divergência a respeito, independe da prática do crime-fim.

Com o devido respeito, sobretudo por esse aspecto não esclarecido no âmbito do *habeas corpus*, peço vênia ao eminente Relator para acompanhar o voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

EXTRATO DA ATA

HC 84.453/PB – Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. Paciente: Francisco Alberto de Lucena Rabello. Impetrante: Emerson Davis Leonidas Gomes. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu pedido de *habeas corpus*, vencido o Ministro Marco Aurélio, Relator, que o deferia. Relator para o acórdão, o Ministro Sepúlveda Pertence. Falaram, pelo paciente, o Dr. Fernando José Alves de Souza e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Delza Curvello Rocha, Subprocuradora-Geral da República.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Delza Curvello Rocha.

Brasília, 17 de agosto de 2004 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 467.616 – MG

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: Estado de Minas Gerais

Agravado: André de Oliveira Silva

Agravo de Instrumento - Concurso Público - Exame psicotécnico - Exigência de rigor científico - Necessidade de um grau mínimo de objetividade - Direito do candidato de conhecer os critérios norteadores da elaboração e das conclusões resultantes dos testes psicológicos que lhe tenham sido desfavoráveis - Possibilidade de impugnação judicial de tais resultados - Princípio constitucional da inafastabilidade