



Limite de ação penal para crime tributário é grande vitória

Foi ajuizado um habeas corpus, em favor do empresário Luiz Alberto Chemin, perante o Supremo Tribunal Federal, denunciado que fora pela prática dos crimes descritos no art. 1º, incisos I e II, da Lei Nº 8137/90, em continuidade delitiva.

Os crimes, ocorridos de agosto de 1991 a novembro de 1993, foram cometidos na condição de sócio majoritário e gerente da empresa Cohapro Consultoria de Imóveis S/C Ltda.

A denúncia foi oferecida e recebida, sem instauração de inquérito policial, entendendo que teria ocorrido omissão de receitas por parte da empresa.

Importante assinalar que a persecução penal contra o paciente foi desencadeada sem que se tivesse encerrado a instância administrativa, tendo a Cohapro impugnado o auto de infração lavrado.

O Conselho de Contribuintes operou sensível reforma em relação ao quantum devido e ao período abrangido pela autuação.

Assim, foi afastada a incidência de IRPJ relativa ao ano calendário de 1993 e admitida a dedução dos prejuízos declarados em relação aos anos calendários de 1991 e 1992. Além disso, o lançamento referente ao IRLR foi julgado insubsistente. Afastou-se também a exigência da Contribuição Social sobre Lucro referente ao ano de 1993, determinando-se o ajuste relativo aos anos calendários de 1991 e 1992, em face da exclusão do IRPJ de 1993, o mesmo sendo determinado em relação ao PIS. Quanto ao Imposto de Renda na Fonte, igualmente, foi afastada a exigência.

A decisão, proferida pela 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, foi objeto de novo recurso.

Anote-se que a empresa Cohapro, bem antes do recebimento da denúncia, recolheu a parte dos tributos que entendeu por bem não discutir.

Sem que o lançamento se tornasse definitivo, mostrava-se inviável o desencadeamento da ação penal contra o paciente. Entendimento diverso implicaria violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, porque o contribuinte ficaria impossibilitado de discutir na esfera administrativa a autuação sofrida, sendo compelido a recolher o valor total da autuação, para os fins de extinção da punibilidade e para não ser submetido à ação penal.

In casu, não há justa causa para a ação penal, uma vez que com a sensível redução do valor devido, com o recolhimento de parte do tributo e com a interposição de novo recurso, o lançamento não se tornara definitivo.

Consoante entendimento do ministro Sepúlveda Pertence, expressado em outro habeas corpus cujo julgamento não se terminou, visto que os crimes descritos no art. 1º da Lei 8137/90 são materiais, a decisão definitiva na instância administrativa configura condição objetiva de punibilidade. A competência para constituir o crédito tributário é privativa da administração tributária. A decisão



administrativa configura, pois condição para a instauração do processo penal, o que não ofende o princípio da separação dos poderes, pois a punibilidade da conduta está subordinada à decisão de autoridade diversa do juiz da ação penal.

O julgamento teve início no dia 22 de outubro p.p. Durante a sustentação oral, por mim realizada, como o ministro Moreira Alves interpelasse repetidas vezes o ministro Pertence, que era o relator do presente habeas corpus e que estava sentado a seu lado, a defesa solicitou ao ministro Marco Aurélio, que presidia o plenário, que lhe fosse assegurada a palavra, que estava sendo perturbada. A imprensa, ao comentar o incidente, aduziu que, nos 25 anos de judicatura, fora aquela a primeira vez que algum advogado ousara pedir que o ministro Moreira Alves se calasse.

Iniciando o julgamento, o ministro Pertence concedeu a ordem, pelas mesmas razões expendidas em habeas corpus anterior, o de nº 77.002: há falta de justa causa para a ação penal nos crimes de resultado contra a ordem tributária, antes de decisão final em processo administrativo, que torna definitivo e exigível o lançamento do tributo. Assim, as condições objetivas de punibilidade, no caso de crimes contra a ordem tributária, estariam “subordinadas à superveniência da decisão definitiva do processo administrativo de revisão do lançamento instaurado de ofício ou em virtude da impugnação do contribuinte ou responsável”. Após o aperfeiçoamento de sua tipicidade — tal crime seria punível.

A ministra Ellen Gracie, que pediu vista, apresentou voto contrário, insurgindo-se contra a subordinação do Ministério Público ao Poder Executivo e temendo a prescrição.

O ministro Nelson Jobim, acompanhando o relator, observou que seria dentro do procedimento administrativo fiscal a oportunidade em que o contribuinte exerceria seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa. E a permissão de instauração de uma ação penal antes de uma decisão final na esfera administrativa, seria possibilitar uma “ameaça” ao contribuinte de responder penalmente por um tributo e seus acessórios.

O julgamento foi novamente suspenso, pois o ministro Joaquim Barbosa pediu vista, proferindo o seu voto no dia 12 de dezembro último, quando negou a ordem, por entender que “a decisão acerca da existência ou não de crime fiscal compete exclusivamente ao Poder Judiciário, mas o ato de lançamento continua sendo atribuição da Administração Pública”.

O ministro Cezar Peluso acompanhou o voto do relator, observando que só existiria obrigação tributária exigível quando ocorrer o caráter definitivo do lançamento tributário. E o tipo penal somente estaria configurado após a exigibilidade do tributo, ou seja, antes disso não haveria crime.

O ministro Carlos Ayres Brito também negou provimento.

O ministro Marco Aurélio concedeu a ordem, sustentando que “não coabitam o mesmo teto a noção de sonegação fiscal (crime tributário) e a existência do processo administrativo com eficácia suspensiva”, acompanhando o relator.

O ministro Carlos Velloso, ao acompanhar o voto da maioria, ponderou em seu voto que a “ação penal não poderia ser instaurada enquanto não existir lançamento fiscal definitivo, pois não há tributo sem



lançamento”.

O ministro Celso de Mello, ao seguir o voto do relator, observou que “a obrigação tributária é originária do fato gerador e o crédito tributário só se constitui mediante lançamento”.

Foi uma decisão memorável do Supremo, que inovou profundamente em matéria tributária. Assim, ninguém poderá responder a uma ação penal antes de uma decisão final do processo administrativo.

**A ação foi ajuizada pelo advogado Francisco Marco Antônio Rovito, do escritório Advocacia Rovito. A sustentação oral foi feita pelo advogado Paulo José da Costa*

Date Created

09/01/2004