



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Habeas Corpus nº 2032236-78.2017

Impetrantes: Luciano de Freitas Santoro e Julia Crespi Sanchez

Paciente: [REDACTED]

Juízo: 15ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Capital

Voto: 7226

HABEAS CORPUS – Crime contra a ordem tributária – Condutas praticadas entre janeiro de 2005 e dezembro de 2006 – Lançamento definitivo do crédito tributário em março de 2010 – O tempo do crime não se confunde com a consumação do delito e conseqüente início do transcurso do prazo prescricional – A legislação a ser aplicada é aquela do tempo do crime, nos termos do art. 4º, do CP – Princípio da anterioridade e irretroatividade penal – Preceito de natureza constitucional, supralegal e infraconstitucional – Art. 9º, do Pacto de São José da Costa Rica – Supostos crimes praticados quando o Paciente contava com menos de vinte e um anos de idade – Art. 115, do CP – Aplicável – Prescrição reconhecida pela pena máxima cominada em abstrato – Falta de justa causa para oferecimento da denúncia.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Luciano de Freitas Santoro e Julia Crespi Sanchez, advogados, em favor de [REDACTED] [REDACTED]



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

denunciado por infração ao art. 1º, II e V, c.c. os arts. 11 e 12, todos da Lei n. 8.137/90, c.c. os arts. 61, II, “g” e 71, ambos do CP (fls. 339/342).

Oferecida a denúncia de fls. 339/342, foi recebida por meio da decisão de fls. 343/344, em 14 de setembro de 2016.

██████ postulou a extinção de sua punibilidade em resposta à acusação de fls. 386/404, pela pena máxima aplicável ao delito, tese rejeitada pelo Juízo apontado como coator às fls. 421/427, sob o argumento de que o lançamento definitivo do crédito tributário se deu após completar vinte e um anos de idade, não se contando a prescrição pela metade.

Em petição inicial de fls. 01/15, alega ausência de justa causa para o oferecimento da denúncia pela prescrição da pretensão punitiva e pede o trancamento da ação penal.

O pedido de liminar foi deferido por meio da decisão de fl. 430 e sobrestado o andamento do processo no Juízo de origem.

As informações foram prestadas às fls. 434/435.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Encaminhados os autos com vista à Procuradoria Geral de Justiça, opinou às fls. 453/457 pela concessão da ordem.

É o relatório.

██████████ ██████████ ████████████████████ foi denunciado porque, entre janeiro de 2005 a janeiro de 2006, suprimiu R\$ 162.786,15 (cento e sessenta e dois mil, setecentos e oitenta e seis reais e quinze centavos) a título de ICMS, mediante fraude à fiscalização tributária, consistente em omissão de operações no Livro de Registro de Saídas.

As imputações que lhe foram feitas, de infração ao art. 1º, II e V, c.c. os arts. 11 e 12, todos da Lei n. 8.137/90, c.c. os arts. 61, II, “g” e 71, ambos do CP, chegam à pena máxima de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão (pena máxima de cinco anos de reclusão acrescida de 1/3 pela causa de aumento de pena).

Superior a quatro anos e não excedente a oito anos, prescritível a pretensão punitiva em doze anos, nos termos do art. 109, III, do CP.

Ocorre que a defesa alega que, como ██████████ era menor de vinte e um anos entre janeiro de 2005 a dezembro de



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2006, reduzir-se-ia a prescrição pela metade, nos termos do art. 115, do CP, de modo que, entre a data da constituição definitiva do crédito tributário e a data do recebimento da denúncia, prescrita a pretensão punitiva estatal pela pena máxima cominada em abstrato.

Pois bem.

Dispõe a Súmula Vinculante n. 24, do Supremo

Tribunal Federal:

“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

A Súmula Vinculante, nos termos do art. 103-A, da Constituição Federal, tornou obrigatório o entendimento de que os crimes previstos na Lei n. 8.137/90 são materiais e consumam-se somente com a constituição do crédito tributário, ou seja, quando da ocorrência da preclusão administrativa.

No sítio do Supremo Tribunal Federal, há “Precedente Demonstrativo” acerca da aprovação da Súmula Vinculante:

“Ementa: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 (ADInMC 1571), 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. (...)" (HC 81611, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgamento em 10.12.2003, DJ de 13.5.2005).

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

"De modo que, sendo tributo elemento normativo do tipo penal, este só se configura quando se configure a existência de tributo devido, ou, noutras palavras, a existência de obrigação jurídico-tributária exigível. No ordenamento jurídico brasileiro, a definição desse elemento normativo do tipo não depende de juízo penal, porque, dispõe o Código Tributário, é competência privativa da autoridade administrativa defini-lo. Ora - e aqui me parece o cerne da argumentação do eminente Relator -, não tenho nenhuma dúvida de que só se caracteriza a existência de obrigação jurídico-tributária exigível, quando se dê, conforme diz Sua Excelência, a chamada preclusão administrativa, ou, nos termos no Código Tributário, quando sobrevenha cunho definitivo ao lançamento. (...) E isso significa e demonstra, a mim me parece que de maneira irresponsável, que o lançamento tem natureza predominantemente constitutiva da obrigação exigível: sem o lançamento, não se tem obrigação tributária exigível. (...) Retomando o raciocínio, o tipo penal só estará plenamente integrado e perfeito à data em que surge, no mundo jurídico, tributo devido, ou obrigação tributária exigível. Antes disso, não está configurado o tipo penal, e, não o estando,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

evidentemente não se pode instaurar por conta dele, à falta de justa causa, nenhuma ação penal." (HC 81611, Voto do Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 10.12.2003, DJ de 13.5.2005).

Dessa forma, verifica-se que, nos termos do art. 111, I, do CP, a prescrição somente começa a correr a partir da data do lançamento definitivo do tributo, quando ocorre sua consumação.

Mas há um ponto curioso no caso dos autos que reclama análise. As supostas condutas do apelante teriam sido praticadas quando menor de vinte e um anos, mas o lançamento definitivo do tributo realizado apenas após completar vinte e um anos, em 22 de março de 2010, conforme certidão de dívida ativa de fls. 166/170, quando já contava com vinte e três anos de idade.

Assim, questiona-se se aplicável o art. 115, do CP.

O tempo do crime não se confunde com o momento da consumação. Nos termos do art. 4º, do CP, "*considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado*".



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No caso dos autos, portanto, considera-se praticado o crime no período compreendido entre janeiro de 2005 a dezembro de 2006, sendo o momento do resultado 22 de março de 2010.

O Ministério Público, em contraponto à resposta à acusação por meio de petição de fls. 368/370, alegou que a constituição do crédito tributário não se confunde com mera condição de procedibilidade para o oferecimento da denúncia, mas tempo do crime e que, por ter mais de vinte e um anos à data da constituição definitiva, não seria contado o prazo prescricional pela metade, considerando o teor da Súmula Vinculante n. 24.

Ocorre que o Ministério Público se contradiz, portanto, com a própria acusação por ele formulada.

Explico.

Se somente a consumação é importante, mas não o tempo do crime, contraditório se falar em crime continuado. O art. 71, “caput”, do CP, é claro no sentido de que a continuidade delitiva se dá quando há pluralidade de ações ou omissões, e não pluralidade de consumações.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, se várias condutas foram praticadas, mas todas se consumaram em um único momento, ter-se-ia de reconhecer crime único. Não é a interpretação mais correta, porquanto, como dito, conduta e resultado não se confundem.

Se o resultado é importante, em alguns casos, para se fixar o marco inicial da prescrição, não o é para aferição da legislação a ser aplicada.

Há, no Código Penal, corroboração ao entendimento.

O art. 111, V, do CP, dispõe que, nos crimes contra a dignidade sexual praticados contra menores de dezoito anos, não corre a prescrição enquanto não proposta a ação penal pelo Ministério Público e não completados dezoito anos.

Significa dizer, a conduta já foi praticada, inclusive consumada, a ação pode ser proposta, mas a prescrição não tem início enquanto oferecida a denúncia. Confirma-se, pois, a clara distinção entre prescrição e conduta e a inexistência de nexo entre as figuras.

Aliás, no próprio Precedente Demonstrativo, mencionou à época o Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sepúlveda Pertence que *“falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo”*.

Com efeito, mais parece dizer que o crime inclusive já havia se consumado, ou do contrário não haveria por que se falar em suspensão da prescrição, a teor do que dispõe o art. 111, I, do CP. Claro parece, considerando o notório saber jurídico do ilustre jurista, que sabia da estranha interpretação da Corte, de pura política-criminal, debate que não vem ao caso, ainda mais considerando seu caráter vinculante.

Fato é que a política-criminal, a qual serviria para salvaguardar o cidadão de ação penal sem a constituição definitiva do crédito e a discussão na esfera administrativa, não pode ser transfigurada para prejudicá-lo.

O princípio da anterioridade penal tem natureza constitucional e infraconstitucional, previsto nos arts. 5º, XXXIX, da CF, e art. 1º, do CP.

Segundo o princípio, *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A interpretação do direito fundamental, pela melhor doutrina e jurisprudência, dá-se no sentido de que não pode o indivíduo ser penalizado por conduta que, à época de sua prática, não era crime. Mas não só. O indivíduo também não pode ser prejudicado por lei posterior à conduta que agrave sua responsabilidade penal.

Retroage apenas a legislação penal mais benéfica, ainda que transitada em julgado a sentença penal condenatória (CF, art. 5º, XL; CP, art. 2º, parágrafo único).

O Código Penal e as leis penais extravagantes, apenas a título de exemplo para exemplificar o princípio da anterioridade penal, são como “tabelas de preços”. Há uma série de condutas tipificadas no preceito primário (produtos) e suas penas correspondentes (valores ou preços). Vale dizer: não é proibido praticar um homicídio, um furto, um roubo etc.. Ocorre que, praticado o crime, tem um preço a pagar que é a pena prevista.

É imprescindível que, ao tempo do crime (CP, art. 4º, do CP), o indivíduo saiba o “produto” e o seu “valor”, não podendo “pagar mais caro” pela modificação superveniente da “tabela de preços”.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Imagine-se que a legislação a ser aplicada é aquela do momento da constituição definitiva do crédito e a seguinte situação. Atualmente, o art. 1º, da Lei n. 8.137/90, traz como preceito secundário a pena privativa de liberdade de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de multa. O agente pratica o delito no ano de 2017, com a pena atualmente em vigor. No ano de 2020, o Presidente da República sanciona lei nova que altera as penas para 10 (dez) a 20 (vinte) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa e o crédito tributário é lançado, definitivamente, no ano de 2021. O agente que praticou o crime, conscientemente e certo de que sua pena máxima seria de cinco anos de reclusão, vê-se diante da situação de cumprir uma pena de, no mínimo, dez anos de reclusão e pagamento de, no mínimo, quinhentos dias-multa.

Nenhuma vênua deve ser pedida para afastar referido entendimento de flagrante violação ao direito fundamental da anterioridade penal.

O entendimento se encontra sedimentado, inclusive, por legislação supralegal.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, tem natureza supralegal, como já manifestou o Supremo Tribunal Federal quando da análise do art. 5º, § 3º, da CF.

O art. 9º, do Tratado Internacional, com título “*princípio da anterioridade e da retroatividade*”, afirma o quanto supramencionado:

“Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado”.

O que importa, portanto, para se verificar a legislação aplicável, é o momento do cometimento das ações ou omissões, o tempo do crime previsto no art. 4º, do CP, sendo irrelevante o momento do resultado (a constituição definitiva do crédito tributário).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O agente, pois, não pode ficar à mercê do Poder Público e possível alteração da legislação, tampouco inércia no lançamento definitivo do crédito tributário, para verificação das normas a serem aplicadas.

Suponha-se uma situação na qual um indivíduo **A**, efetivamente pratica uma sonegação fiscal. Na época, seu filho **B**, tinha 15 anos de idade, portanto inimputável. Quatro anos depois, quando **B** já contava com 19 anos de idade, **A** falece. **B**, por força da sucessão hereditária torna-se sócio da empresa. Então acontece o lançamento do crédito tributário e a inscrição na dívida ativa.

Pode **B** ser denunciado pela prática do crime que teria se consumado pouco depois de tornar-se imputável e ingressar na sociedade?

À evidência que não. Constituiria verdadeiro absurdo ele ser considerado autor do crime de sonegação fiscal ocorrido quando era menor inimputável e sequer sócio da empresa.

Aceitar a posição pretendida pelo Ministério Público seria o mesmo que entender correta a conduta do lobo contra o cordeiro na fábula de La Fontaine:

Um cordeiro estava bebendo água num riacho. O terreno era inclinado e por isso havia uma correnteza forte. Quando ele levantou a cabeça, avistou um lobo, também bebendo da água.

- Como é que você tem a coragem de sujar a água que eu bebo - disse o lobo, que estava alguns dias sem comer e procurava algum animal apetitoso para matar a fome.

- Senhor - respondeu o cordeiro - não precisa ficar com raiva porque eu não estou sujando nada. Bebo aqui, uns vinte passos mais abaixo, é impossível acontecer o que o senhor está falando.

- Você agita a água - continuou o lobo ameaçador - e sei que você andou falando mal de mim no ano passado.

- Não pode - respondeu o cordeiro - no ano passado eu ainda não tinha nascido. O lobo pensou um pouco e disse:

- Se não foi você foi seu irmão, o que dá no mesmo.

- Eu não tenho irmão - disse o cordeiro - sou filho único.

- Alguém que você conhece, algum outro cordeiro, um pastor ou um dos cães que cuidam do rebanho, e é preciso que eu me vingue. Então o lobo saltou sobre o cordeiro, agarrou-o com os dentes e o levou para comer num lugar mais sossegado.

Certo, portanto, da explanação, aplicável ao caso dos autos o art. 115, do CP, de modo que deve ser reconhecida a prescrição entre a data do lançamento definitivo do crédito tributário e a data do recebimento da denúncia.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

_____ era menor de vinte e um anos até dezembro de 2006, contando com dezenove anos, regendo-se a prescrição pela metade, nos termos do art. 115, do CP.

A pena, sem a continuidade delitiva, trata-se do patamar a ser utilizado para reconhecer a prescrição, nos termos da Súmula n. 497, do C. STF¹, a qual seria fixada, no máximo, em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Assim, prescritível a pretensão punitiva em 12 (doze) anos, conforme enuncia o art. 109, III, do CP, mas contado pela metade, ou seja, em seis anos.

Transcorreu período superior entre a data do lançamento definitivo do crédito tributário, 22 de março de 2010 e 14 de setembro de 2016, data do recebimento da denúncia.

A denúncia, pois, sequer deveria ter sido recebida, nos termos do art. 395, III, do CPP, porquanto ausente justa causa para instauração da ação penal pela extinção da punibilidade.

Dessa forma, de rigor o trancamento da ação penal em virtude da extinção da punibilidade pela prescrição.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ante o exposto, por meu voto, **CONCEDO A**
ORDEM de *habeas corpus* impetrado em favor de [REDACTED]
[REDACTED] para **JULGAR EXTINTA A PUNIBILIDADE** da
imputação que lhe foi feita de infração ao art. 1º, II e V, c.c. os arts.
11 e 12, todos da Lei n. 8.137/90, c.c. os arts. 61, II, “g” e 71, ambos
do CP, com fundamento no art. 107, IV (prescrição), c.c. os arts.
109, III, e 115, todos do CP, arquivando-se os autos.

Alberto Anderson Filho
Desembargador Relator

¹ “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”.