

Possibilidade. Legitimidade e interesse do *Parquet*. Necessidade de lançamento do crédito tributário. Situação peculiar. Suspeitas de complexa operação fraudulenta. Apuração de crime conexo ao de evasão fiscal. Trancamento do procedimento. Cassação das cautelares. Impossibilidade. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.

- "É cediço que não há justa causa para a instauração de inquérito policial para a apuração dos delitos previsto na Lei nº 8.137/90, quando o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, uma vez que a inexistência deste impede a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional.

- Não obstante, evidentemente que não existirá lançamento definitivo em processo administrativo-tributário quando as fraudes utilizadas para suprimir ou reduzir o recolhimento de tributos deixam a autoridade administrativa completamente alheia à ação delituosa e sem saber sequer se houve valores sonegados.

- Exigir o prévio lançamento do crédito fiscal para, só então, autorizar a instauração do inquérito, equivale a erigir obstáculos para desbaratar esquemas engendrados com alta complexidade para a prática de crimes contra a ordem tributária. Frise-se que a Autoridade Administrativa não possui os meios de que dispõe o Polícia Judiciária, ou os instrumentos coercitivos da Justiça Pública.

- Os meios empregados para evitar a constituição do crédito tributário consubstanciam-se em crimes autônomos, sendo descabido impedir a apuração da ocorrência desses crimes, com a mera alegação de inexistência de lançamento definitivo, mesmo porque a prática dos delitos investigados obsta a consumação dos crimes tributários". (Precedente do STJ.)

- A teor do disposto no art. 129, VI e VIII, da Constituição Federal e no art. 8º, II e IV, da Lei Complementar nº 75/93, o Ministério Público, como titular da ação penal pública, pode proceder a investigações, inclusive colher depoimentos, sendo-lhe vedado tão-somente dirigir o inquérito policial.

- O trancamento de inquérito policial por ausência de justa causa, conquanto possível, cabe apenas nas hipóteses em que evidenciada de plano a atipicidade do fato ou a inexistência de autoria por parte do investigador, o que não acontece na hipótese dos autos.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.08.485683-0/000 - Comarca de Belo Horizonte - Paciente: Maurício Roosevelt

***Habeas corpus* - Crimes contra a ordem tributária - Supressão de tributo - Lavagem de dinheiro - Lançamento de crédito tributário - Fraude - Crime autônomo - Necessidade de apuração - Inquérito policial - Justa causa caracterizada - Medida cautelar - Produção antecipada de provas - Quebra de sigilo telefônico - Investigação criminal - Ministério Público - Função institucional - Legitimidade - Denegação da ordem**

Ementa: *Habeas corpus*. Investigações criminais. Medidas cautelares. Produção antecipada de prova. Busca e apreensão. Quebra de sigilo bancário. Crimes contra a ordem tributária. Lavagem de dinheiro. Representação criminal do Fisco. Verossimilhança. Existência de elementos de credibilidade. Instauração de procedimento investigatório criminal no âmbito do Ministério Público.

Marcondes - Autoridades coatoras: Promotor de Justiça de Belo Horizonte, Juiz de Direito da Vara de Inquéritos Policiais da Comarca de Belo Horizonte - Relator: DES. HERCULANO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2008. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HERCULANO RODRIGUES - Os advogados Ricardo Conceição Souza e Rodrigo Hamamura Bidurin, militantes nos foros de São Paulo, impetram ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Maurício Roosevelt Marcondes, sócio controlador da empresa Drogacenter Distribuidora de Medicamentos Ltda., sediada na cidade de Ribeirão Preto-SP, apontando como autoridade coatora o Promotor de Justiça com atuação no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça e Defesa da Ordem Econômica e Tributária do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

A pretensão é de trancamento de procedimento investigatório criminal promovido pelo Ministério Público em relação ao paciente e à referida sociedade, por suspeita de crime contra a ordem tributária, com a declaração da ilicitude das provas obtidas a partir das medidas cautelares deferidas, devolução do material apreendido ou obtido e extinção da medida cautelar de produção de prova antecipada, de nº 0024.08.152.233.6, que tramita perante a Vara de Inquéritos da Comarca de Belo Horizonte, por ausência de legitimidade e interesse de agir por parte do Ministério Público.

Alegam, em síntese, que a requerimento do Ministério Público deferiu o MM. Juiz de Direito da Vara de Inquéritos desta Capital medidas cautelares de natureza penal, de busca e apreensão na sede da empresa, em Ribeirão Preto-SP, e de quebra de sigilo bancário da sociedade. Entretanto, as referidas medidas, que objetivam a produção antecipada de prova, foram requeridas e deferidas antes da constituição definitiva (lançamento) do crédito tributário, estando o Ministério Público atuando, portanto, de forma ilegítima, representando os interesses do Estado de Minas Gerais, o que caracterizaria advocacia administrativa.

Assevera que o Ministério Público instaurou um procedimento investigatório criminal em face de represen-

tação que lhe foi encaminhada pelo Diretor da Superintendência de Fiscalização da Receita Estadual, relatando a prática ilegal de operações mercantis pela empresa, com reflexos tributários. Todavia, não havia crédito tributário lançado e tampouco procedimento administrativo fiscal em curso contra a empresa controlada pelo paciente. A representação fiscal teria como escopo, na verdade, a produção de provas para fins de lançamento tributário.

Os impetrantes reputam ilegítima, portanto, a atuação do *Parquet*, que nem sequer teria poderes para conduzir investigações de natureza criminal, consoante o disposto nos arts. 129 e 144, § 4º, da Constituição Federal.

O pleito liminar - de suspensão do procedimento, com a determinação de que os documentos apreendidos fossem depositados em juízo até o julgamento final do *writ* - foi indeferido (f. 186/188).

Prestaram o MM. Juiz de Direito e o ilustre Promotor de Justiça apontado como coator as informações que lhes foram requisitadas, manifestando-se a douta Procuradoria de Justiça pela denegação da ordem.

No principal, é o relatório.

De fato, em princípio, nos crimes materiais contra a ordem tributária, a propositura da ação penal, bem como o procedimento prévio investigatório, pressupõe existência de decisão final sobre o crédito tributário, o qual se torna exigível somente após o lançamento definitivo. Segundo orientação que vem sendo sufragada pela jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, se não há notícia de decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito, não há justa causa para a instauração de inquérito e tampouco de ação penal.

Portanto, por via de regra, seria necessário percorrer previamente o caminho do procedimento administrativo-fiscal, evitando-se, com isso, que expedientes próprios da investigação criminal sejam indevidamente usados para a definição de créditos tributários.

Todavia, conforme bem assinalado nas informações prestadas pelo douto Promotor de Justiça apontado como coator, tal entendimento vem sendo mitigado naqueles mesmos tribunais superiores, quando se está diante de fundadas suspeitas de utilização de esquema fraudulento com o intuito de lesar o Fisco, com a prática de outros delitos, conexos, que não digam respeito à ordem tributária.

Este o caso em apreço, em que a representação criminal faz alusão a fundadas suspeitas de que a empresa gerida pelo paciente (com faturamento bruto anual estimado em cerca de um bilhão de reais), além de valer-se de outros expedientes fraudulentos, vem transportando para Minas Gerais, oriundos de Ribeirão Preto-SP, medicamentos (aproximadamente 30 carretas, diariamente) sem nota fiscal, fazendo uso de expedientes para evitar os postos fiscais mineiros. Estariam sendo as mercadorias descarregadas em residências particulares ou

efetuado o transbordo para carros pequenos, que se encarregariam de entregá-las nas farmácias de Minas, burlando o Fisco.

Nada menos do que 520 autuações teriam sido feitas contra a referida empresa pelo Fisco estadual, sendo os débitos quitados por meio de DAF, parcelados ou pagos após a lavratura do auto de infração. Estima-se, entretanto, pelo volume transportado diariamente, que o valor sonogado seja muito superior àquele apurado nas autuações, que já chegavam a um montante superior a cem milhões de reais, sem que a empresa desse sinais de alteração no seu modo de agir.

Registra, ainda, a representação, o receio de que, além da sonegação fiscal e da concorrência desleal daí decorrente, o procedimento da empresa esteja causando danos à saúde pública (transporte de produtos falsos, adulterados ou comercializados em desacordo com as normas da Anvisa), além de estar associado a roubo, furto e receptação de carga.

No requerimento que apresentou ao Juízo, o Ministério Público destaca a existência de indícios da prática não só de crimes contra a ordem tributária, tipificados no art. 1º, I e II, da Lei 8.137/90, mas também de lavagem de dinheiro, com previsão no art. 1º da Lei 9.613/98.

Nesse caso, tendo em vista as referidas peculiaridades, afiguram-se perfeitamente lícitas e necessárias não só as investigações, mas as medidas cautelares determinadas, de busca e apreensão e quebra do sigilo.

Enfrentando a questão, o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, exarada por ocasião do exame de liminar em *habeas corpus* que visava ao trancamento de procedimento análogo ao que está sendo objeto desta impetração, deixou assentado:

Decisão - *Habeas corpus* - Liminar - Denúncia articulação de defeito - Falta de justa causa - Processo-crime - Suspensão - Indeferimento.

1. Eis como a Assessoria resumiu os parâmetros desta impetração: O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 83.547, relatora ministra Laurita Vaz, ao indeferir a ordem, assentou: a) o trancamento da ação penal só é admissível quando se depreende do processo, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, b) na denúncia, apontou-se para a participação do paciente no complexo esquema, desenvolvido por várias organizações criminosas, cuja finalidade seria a prática de sonegação fiscal, mediante a utilização de empresas constituídas em nome de interpostas pessoas, envolvendo diversos frigoríficos da região dos Grandes Lagos. No tocante à alegação de ausência de justa causa para a persecução penal do crime de sonegação fiscal, quando o suposto crédito tributário ainda pende de lançamento definitivo, destacou a distinção entre o precedente do Supremo - *Habeas Corpus* nº 81.611, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence - e o caso em exame. Realçou que, na espécie, não estava em discussão a existência de débito fiscal ou do quanto devido, mas a configuração, em tese, de crime contra a ordem tributária, imputando-se ao

paciente o envolvimento em esquema fraudulento, como a falsificação de documentos e o uso de empresas 'fantasmas' ou de 'laranjas', operações que tinham como objetivo lesar o Fisco. Em tais situações, não se exigiria processo administrativo-tributário, por terem sido utilizadas fraudes para suprimir ou reduzir o recolhimento de tributos, ficando a autoridade administrativa alheia à ação delituosa, por competir a apuração dos fatos ao Juízo Criminal (folhas 624 e 625). O *habeas* está voltado contra esse julgado. Os impetrantes pretendem o trancamento da Ação Penal nº 2006.61.024.001710-1, em que imputada ao paciente a prática de suprimir ou reduzir Imposto de Renda Pessoa Jurídica, PIS e Cofins, fraudando-se a fiscalização tributária, mediante a criação fictícia de empresa, fatos que teriam ocorrido no período de junho de 2001 a janeiro de 2005. Apontam a falta de justa causa para a ação penal e a inépcia da denúncia, por imputar-se ao paciente fato atípico. A conduta, segundo a denúncia oferecida, estaria enquadrada no art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 (seis vezes). Aduzem que os débitos fiscais, no entanto, seriam os declarados, e não pagos, o que revelaria não tentativa de falsear ou omitir dados informados ao Fisco, mas inadimplência, a qual não estaria tipificada como crime. Afirmam que, se o delito descrito no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 tem a fraude como elemento nuclear do tipo e, verificado que não ocorreu fraude e sim ausência de satisfação da obrigação tributária, não estaria configurado crime tributário. Daí a ilegalidade do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. Asseveram que, em relatório fiscal da Receita Federal elaborado a pedido do Juízo de Primeira Instância (documento 4), constaria a explicitação de jamais ter havido lançamento tributário contra a empresa CM4 Participações e contra a Coperfrigo, de titularidade do paciente. Dizem da ausência de demonstração da imputação de 'transferência da movimentação entre as empresas', por meio de fiscalização e lançamento, que pudesse ser objeto de averiguação pela Fiscalização Tributária. Não haveria lançamento de débito tributário, o que impediria o paciente, se quisesse fazê-lo, de pagar o 'tributo' para ver extinta a punibilidade do crime fiscal. Argumentam que, não se evidenciando a presença do núcleo previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 - suprimir, reduzir ou omitir tributo -, descaberia falar em conduta incriminada e, conseqüentemente, a denúncia seria inepta, decorrendo, então, a ausência de justa causa para a ação penal. Afirmam que, ao contrário do consignado pelo Superior Tribunal de Justiça, o precedente do Supremo relativo ao *Habeas Corpus* nº 81.611, da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, publicado no *Diário da Justiça* de 13 de maio de 2005, tem inteira aplicação, pois falta justa causa à ação penal por crime tributário quando não houver o lançamento pela autoridade administrativa ou este não for definitivo. No caso, não se trataria de fraude para esconder do Fisco a ocorrência de fato gerador do tributo, mas inadimplência do imposto devido, escriturado e não pago. Acrescentam à causa de pedir da concessão da ordem o fato de não se verificar a figura do tipo previsto no artigo 299 do Código Penal, ante a inexistência de falsificação do ato constitutivo da empresa Coperfrigo como meio para a prática dos supostos crimes contra a ordem tributária. O referido documento não seria exigido pelo Fisco e, portanto, não se apresentaria como a peça fiscal à qual se refere o inciso II do artigo 1º da Lei nº 8.137/90. Quanto à matéria, a denúncia também se mostraria inepta. Argumentam que, se houvesse a mencionada falsificação dos atos constitutivos, a conduta seria elemento causal da 'supressão ou redução de tributo' e, como crime-meio, ficaria absorvido pelo crime-fim.

Sob tal ângulo, também haveria ausência de justa causa para a ação penal. Pedem a concessão de liminar, tão-só para suspender a tramitação do processo envolvendo o paciente. No mérito, buscam o trancamento relativamente ao crime tributário, incluindo-se a falsidade tida como meio para a prática do aludido delito. Observo que, no *Habeas Corpus* nº 92.779-3, também houve referência à Ação Penal nº 2006.61.024.001710-1, ajuizada contra Alfeu Crozato Mozaquatro, ora paciente. Naquela impetração, discutia-se a presença dos pressupostos e requisitos para a decretação da prisão preventiva. Este *habeas* tem causa de pedir e pedido distintos: aqui se cuida de inépcia da denúncia e atipicidade da conduta. Conseqüentemente, pede-se o trancamento da ação penal. 2. De início, surge descompasso entre o que veiculado como causas de pedir neste *habeas* e a minuciosa denúncia de folha 100 a 129. Não há, conforme ressaltado pelo Superior Tribunal de Justiça, como concluir, neste exame precário e efêmero, pelos vícios alegados pelos impetrantes. A denúncia refere-se não a simples sonegação de tributos, mas à existência de organização, em diversos órgãos, visando à prática de delitos, entre os quais sonegação fiscal, falsidade ideológica, lavagem de dinheiro, ocultação de bens e capitais, corrupção ativa e passiva, com frustração de direitos trabalhistas. Não se pode simplesmente queimar etapas. A procedência ou a improcedência do que articulado dependerá de prova robusta a ser feita pelo Ministério Público. 3. Indefiro a liminar. 4. Estando no processo as peças indispensáveis à compreensão da matéria, colham o parecer da Procuradoria-Geral da República. 5. Publiquem. Brasília, 3 de outubro de 2008. Ministro Marco Aurélio - Relator (HC 96324, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 03.10.2008, p. em DJe-193, divulgado em 10.10.2008, publicado em 13.10.2008).

No mesmo sentido o pronunciamento da Quinta Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça, em hipótese semelhante:

Habeas corpus. Crimes de estelionato, quadrilha, falsificação de documento público e particular, falsidade ideológica, uso de documento falso, lavagem de dinheiro e contra a ordem tributária. Trancamento de inquérito policial. Impossibilidade. Indícios da materialidade e da autoria. Lançamento definitivo do crédito. Irrelevância. Apuração de crimes autônomos conexos à evasão fiscal. Precedentes.

1. É cediço que não há justa causa para a instauração de inquérito policial para a apuração dos delitos previsto na Lei nº 8.137/90, quando o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, uma vez que a inexistência deste impede a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional.

2. Não obstante, evidentemente que não existirá lançamento definitivo em processo administrativo-tributário quando as fraudes utilizadas para suprimir ou reduzir o recolhimento de tributos deixam a autoridade administrativa completamente alheia à ação delituosa e sem saber sequer se houve valores sonegados.

3. Exigir o prévio lançamento do crédito fiscal para, só então, autorizar a instauração do inquérito, equivale a erigir obstáculos para desbaratar esquemas engendrados com alta complexidade para a prática de crimes contra a ordem tributária. Frise-se que a Autoridade Administrativa não possui os meios de que dispõe o Polícia Judiciária, ou os instrumentos coercitivos da Justiça Pública.

4. Os meios empregados para evitar a constituição do crédito tributário consubstanciam-se em crimes autônomos, sendo descabido impedir a apuração da ocorrência desses crimes, com a mera alegação de inexistência de lançamento definitivo, mesmo porque a prática dos delitos investigados obsta a consumação dos crimes tributários.

5. Ordem denegada (HC 57089/RS, Rel.º Min.º Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 07.02.2008, p. no DJe de 03.03.2008).

Em outro julgado, destacou o STJ:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crimes contra a ordem tributária, falsidade ideológica, lavagem de dinheiro e contra o sistema financeiro nacional. Pendência de lançamento definitivo do crédito tributário. Trancamento do inquérito policial em relação aos crimes contra a ordem tributária pelo tribunal a quo. Alegação de falta de justa causa quanto aos crimes autônomos. Improcedência. Reconhecimento de conexão entre os crimes. Impossibilidade. Reexame de prova incabível na via eleita.

1. O trancamento de inquérito policial pela via estreita do *habeas corpus* é medida de exceção, só admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca e sem a necessidade de valoração probatória, a inexistência de autoria por parte do indiciado ou a atipicidade da conduta.

2. Embora a instância ordinária tenha reconhecido que não há justa causa para o inquérito policial relativo ao crime de sonegação tributária quando o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, o procedimento investigatório não apura apenas a existência desse crime, mas, também, dos crimes de falsidade ideológica, de lavagem de dinheiro e contra o sistema financeiro nacional.

3. Diante da evidente independência entre os delitos, descabe falar em trancamento do inquérito policial quanto aos crimes autônomos.

4. Reconhecer que os delitos não são autônomos, como pretendem os Recorrentes, porque teriam sido realizados para ocultar ou propiciar um delito contra o sistema tributário nacional, demanda necessariamente revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, o que somente poderá ser avaliado durante o regular desenvolvimento da instrução criminal, com o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório, impossível, pois, na via estreita do *habeas corpus*.

5. Recurso desprovido (RHC 20040/PR, Rel.º Min.º Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 18.12.2007, p. no DJ de 07.02.2008, p. 1).

Assim, exercendo o Ministério Público, com exclusividade, a titularidade da ação penal pública (art. 129, inciso I, da Constituição Federal), é manifesto o seu interesse e a sua legitimidade para promover e conduzir as investigações em tela, tendentes à coleta de elementos para a formação da *opinio delicti*, para eventual instauração de processo-crime.

Ressalte-se que a decretação das medidas cautelares de busca e apreensão e de quebra de sigilo não se deram de forma imprópria, sem justificativa. Ao contrário, os pedidos foram formulados no bojo de procedimento investigatório, instaurado no âmbito do Ministério Público mediante *notitia criminis* verossímil apresentada pelo Fisco, instruída com elementos que lhe conferiam credibilidade, achando-se devidamente fundamentada a decisão judicial que autorizou as aludidas providências.

Há, portanto, procedimento administrativo em curso, regularmente instaurado, a conferir sustentação aos pedidos cautelares, inclusive de quebra do sigilo bancário - que, como cediço, pode ser decretado em qualquer fase do procedimento (art. 1º, § 4º, da Lei Complementar 105/01).

Noutro giro, conforme assinalado por ocasião do exame da liminar, a exemplo do que vem ocorrendo em outros tribunais do País, nesta Corte tem prevalecido a orientação no sentido de que, a teor do disposto no art. 129, VI e VIII, da Constituição Federal e no art. 8º, II e IV, da Lei Complementar nº 75/93, o Ministério Público, como titular da ação penal pública, pode proceder a investigações, inclusive colher depoimentos, sendo-lhe vedado tão-somente dirigir o inquérito policial.

No mais, o trancamento de inquérito policial por ausência de justa causa, conquanto possível, cabe apenas nas hipóteses em que evidenciada de plano a atipicidade do fato ou a inexistência de autoria por parte do investigado, o que não acontece na hipótese dos autos.

Ante o exposto, por não vislumbrar o alegado constrangimento ilegal, denego a ordem impetrada.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e VIEIRA DE BRITO.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

...