

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

O *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, pelos órgãos infra-assinados, nos autos do processo de *Habeas Corpus* de nº 7.001/95, com fundamento na CR, art. 105, inc. III, al. *a e c*, e na Lei nº 8.038/90, arts. 26 e ss., vem interpor o presente *Recurso Especial*, por não se conformar, *data venia*, com o v. acórdão de fls. 903-917, o qual negou vigência ao CPP, arts. 41 e 43. Requer seja o presente recurso recebido e, após lhe ser dado o devido procedimento legal, admitido, com a subsequente remessa dos autos ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, onde, espera, se proceda à reforma do v. acórdão impugnado, na conformidade das razões em anexo.

P.D.

Brasília-DF, 11 de agosto de 1996.

JOSÉ PIMENTEL NETO
Promotor de Justiça Adjunto
Assessor do Procurador-Geral de Justiça

ROMEU GONZAGA NEIVA
Vice Procurador-Geral de Justiça

- 1. A EXPOSIÇÃO
- 1.1. DO FATO
- 1.1.1. BREVE HISTÓRICO

F.R.T. e S.M.T. foram denunciados pelo Ministério Público perante a Primeira Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília (DF) como incurso, por treze (13) vezes, nas penas da Lei nº 8.137/90, art. 1º, inc. II c/c. o art. 11, na forma do CP, art. 71, *caput*. Isso por perpetrarem infração penal contra a ordem tributária do Distrito Federal. A peça acusatória foi recebida pela MM. autoridade judiciária processante, com designação de interrogatório e determinação de citação dos denunciados (cópia às fls. 832-834).

À vista disso, o advogado Antônio Dionísio Lopes ingressou com pedido de *habeas corpus* perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em favor dos denunciados, almejando, por diversos fundamentos, o trancamento da ação penal inaugurada (fls. 2-23).

O *writ* contou, no mérito, com manifestação contrária do Ministério Público (fls. 836-850).

1.1.2. A DECISÃO RECORRIDA

Ao julgar o pedido de ordem, a Corte local, por sua Primeira Turma Criminal, entendeu de concedê-lo, por sua d. maioria (fls. 903-917), em v. acórdão que restou assim ementado (fl. 903):

“Processo Penal: *habeas corpus* — Crime contra a Ordem Tributária — Sonegação — ICMS — Aproveitamento indevido de crédito — Ausência de justa causa para a instauração da ação penal — Ordem concedida por maioria para trancar a ação penal.

Do voto condutor, no que releva notar para os fins da causa se extrai (fls. 910-916):

“Diz o art. 41, do CPP, que a Denúncia deverá conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, além da qualificação completa do acusado, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

Tais requisitos são exigidos pela lei, porque a ação penal deve caminhar desde o seu início por via certa e segura, onde se possibilite ao acusado o entendimento pleno dos fatos que lhe são imputados, a fim de que possa exercer à plenitude o seu amplo e constitucional direito de defesa.

Ademais, a Denúncia deve conter os elementos mínimos que demonstrem com clareza os atos praticados pelo acusado que são considerados crimes, bem como a natureza jurídica do elemento subjetivo que envolve seu proceder, sem o que fica faltando à peça acusatória a necessária causa petendi a justificar a detonação da *persecutio criminis*.

Deve, pois, a peça acusatória desenvolver uma narrativa minudente dos atos praticados pelo acusado a justificar a sua *causa petendi*, a fim de não se turbar ou ao menos de leve prejudicar o *status dignitatis* do acusado.

(...)

Veja-se, pois, que os Tribunais adotam uma postura rígida acerca do tema, exigindo, em nome do princípio do *status libertatis* e do *status dignitatis*, erigidos em dogmas pela atual Constituição, a descrição atenta e cumprida das ações imputadas aos acusados em geral, a fim de que se lhe permita o exercício da ampla defesa e a observância estreita e esmerada do *due process of law*, ainda mais quando a imputação refere-se aos crimes coletivos ou aqueles praticados por um grande nº de pessoas, como no caso em comento.”

(...)

Não vejo, *data venia* da douta maioria aqui instalada, em face do princípio finalístico do direito penal, na ação desenvolvida pelo agente, a tipificação que está explicitada na lei. Ou nós colocamos um parâmetro de raciocínio e de interpretação ao disposto nesse inciso desse malfadado art. 1º, ou estaremos, todos nós, a partir do momento em que omitirmos, voluntariamente ou não, um dado em uma declaração de Imposto de Renda, ou declaração fiscal, cometendo um crime. Isto é responsabilidade objetiva do Direito Penal, o que é insuportável, a meu sentir, *data venia*.

Vejo e constato, feito como *soe* pelo eminente Desembargador Relator, que não se sustenta a denúncia. Isso, a meu ver, para um homem honesto, para um homem de bem, é insuportável. Ai está, sim, a ilegitimidade da ação porque crédito tributário é uma coisa, crime é outra, totalmente diversa. Os parâmetros são totalmente contrários um do outro. Sim, pode existir o indevido aproveitamento de um crédito que, se fosse doloso por parte do agente, não estaria lançado em seus livros, não estaria expressamente consignado em todas as suas notas. E esse ato de consignar, nas notas e nos livros, o aproveitamento daquilo que pareceu lícito ao agente no momento da lavratura do documento fiscal, isso está obviamente a retirar o elemento subjetivo do dolo da ação deste mesmo agente que informa o crime. Para isso fizemos uma reforma penal, para fazermos com que o elemento subjetivo do agente fosse analisado no tipo.

Nós não podemos, no Código vigente, aplicar a teoria normativa do delito. A teoria finalista veio para fazer o adiantamen-

to da prestação jurisdicional, e esse constrangimento que está se dando, que está se fazendo a esses comerciantes, que neste caso específico lançam, como se lícito fosse, um aproveitamento de crédito do ICMS previsto na legislação, que foi neste caso concreto, não entendido como indevido pelas autoridades tributárias, não vejo nesta ação um ilícito criminal, *data venia*. Pode ser um ilícito fiscal porque, segundo o entendimento do Fisco, isso é um aproveitamento indevido desse crédito de ICMS.”

1.2. DO DIREITO

Assim julgando, o Colegiado malferiu dispositivos da ordem jurídica infraconstitucional insertos no CPP, arts. 41 e 43, desafiando correção pela via do recurso especial.

2. O CABIMENTO DO RECURSO

A legitimidade recursal do Ministério Público exurge de suas funções institucionais. E o seu interesse em recorrer resta indubitável frente à obstacularização da ação penal por si intentada; bem assim, no descompasso entre a decisão e o parecer ministerial ofertado pelo órgão do *parquet* que atua perante o segundo grau.

Em outra frente, se insurge contra decisão concessiva de ordem de *habeas corpus*, cujo processo é da competência originária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, órgão jurisdicional de segundo grau, sendo que o pronunciamento do Colegiado não comporta nenhum outro recurso. Destarte, tal processo se qualifica como *causa decidida em única instância* pela Corte em questão.

O *parquet* foi cientificado da v. decisão recorrida aos 25-6-1996 (uma terça-feira), fluindo, daí, o prazo recursal, que se suspendeu, com o advento do recesso forense, por todo o mês de julho, retomando o seu curso aos 1º-8-1996 até o dia 8-8-1996 (um sábado). Este, por não ser dia de expediente forense, não se faz valer por termo final da quinzena que legitima o ingresso do recurso, de onde, o seu término se dará aos 10-8-1996 (uma segunda-feira), primeiro dia útil seguinte àquele em que se encerraria a fluência do prazo. Tempestiva, pois, a irrisignação.

O debate ora inaugurado cinge-se a matéria estritamente jurídica, expressamente examinada pela Col. Turma julgadora, e por esta erigida à conta de razão de decidir, que malferi lei federal.

Têm-se, pois, que a irrisignação merece ser conhecida, por mais rígido que se façam os juízos de prelibação e de admissibilidade.

3. AS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA

O v. acórdão recorrido, por seu voto condutor, seguido em suas razões pelo voto que fez valer, por maioria, a tese no primeiro esposada, assenta-se, conforme se vê, em dois (2) argumentos: **a)** considera, por primeiro, que a peça de denúncia não atende aos requisitos do CPP, art. 41; e, **b)** finda por assentar a inexistência de crime, concluindo pela ausência de justa causa a informar a ação penal inaugurada, cujo trancamento ordenou.

3.1. A NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO CPP, ARTS. 41 E 43

A rigor, as considerações feitas no d. voto condutor acerca dos requisitos formais da denúncia (CPP, art. 41) manifestam inteira impertinência para com a causa em apreço, sem embargo de, ainda que correto, não se prestara dar sustentação ao comando do v. acórdão recorrido. Pois, se inepta é a peça acusatória — e assim se diz a denúncia que não atende às disposições do CPP, art. 41 — é imperativo que assim se a declare, de molde a que não fique o órgão acusador impedido de promover a ação penal, uma vez que se extirpe a irregularidade nela apontada. Não sendo esse o caminho trilhado pela v. decisão recorrida (que determinou o trancamento da ação penal). No ponto, aliás, razão assiste ao d. voto vencido, quando bem faz anotar que (fl. 909):

“Não é inepta a denúncia, pois que *quantum satis* descreve a conduta tida como delituosa. Assim, responde com suficiência quanto à indagação de quem, como, quando, onde e por que teria se desenvolvido a prática tida como delituosa.”

Com efeito, dispõe o CPP, art. 41:

“Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

Atente-se para que a incidência da norma legal, quanto à denúncia qualificada inepta, se resolve em juízo negativo quanto à presença dos requisitos exigidos na norma legal — *i.e.*, será inepta a denúncia que: *não* expuser o fato criminoso com todas as suas circunstâncias (circunstâncias conhecidas, por óbvio); *não* qualificar o acusado, ou *não* prestar esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo; *não* indicar a classificação do crime; e, quando necessário, *não* apresentar o rol de testemunhas.

Ora, a peça que mereceu a pecha de inepta está assim vazada (fls. 832-834):

“O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, pelos Promotores de Justiça que esta subscrevem, em exercício na Primeira

Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Meio Ambiente, com fundamento nas inclusas peças de informações (AIPs nºs 962; 970; e 974/94), vem à presença de Vossa Excelência oferecer *denúncia* contra

F.R.T., brasileiro, separado judicialmente, advogado, nascido aos 10 de abril de 1958, filho de A.T. e de V.R.T., residente e domiciliado em Taguatinga (DF), portador da Cart. Ident. nº A., expedida pela SSP/DF e do CIC nº xxx;

S.M.T., brasileiro, casado, empresário, nascido aos 13 de outubro de 1955, filho de A.T. e de V. R. T., residente e domiciliado em Taguatinga (DF), portador da Cart. Ident. nº A, expedida pela SSP/DF e do CIC nº xxx, atribuindo-lhes a autoria dos fatos delituosos a seguir descritos:

Consta das peças de informações, em anexo, que no período compreendido entre os meses de junho de 1991 a julho de 1992, os denunciados, no exercício da gerência da “VR CP Ltda.”, estabelecida no SOF/SUL — Brasília (DF), com coincidência de designios, fraudaram por 13 (treze) vezes consecutivas a fiscalização tributária do Distrito Federal com a inserção de elementos inexatos na escrituração contábil-fiscal da citada empresa, especialmente em Notas Fiscais de Entrada (NFE), e no Livro de Apuração do ICMS (LRA), instituídos pela Lei Distrital nº 7, de 29 de dezembro de 1989;

A conduta dos denunciados teve por fim exclusivo a redução de tributo legalmente instituído pelo Distrito Federal, no caso ICMS, no valor original de Cr\$ 299.300.159,67 (duzentos e noventa e nove milhões, trezentos mil, cento e cinquenta e nove cruzeiros e sessenta e sete centavos), constituído de parcelas mensais, conforme se demonstra abaixo:

<i>Mês de Competência</i>	<i>Data de Vencimento</i>	<i>Valor Original do Imposto</i>
05/91	09-06-91	3.412.312,93
06/91	09-07-91	4.758.416,36
07/91	09-08-91	5.639.417,29
08/91	09-09-91	7.444.785,80
09/91	09-10-91	8.380.408,36
11/91	09-12-91	14.680.591,64
12/91	09-01-92	17.798.412,93
01/92	09-02-92	14.418.309,36

<i>Mês de Competência</i>	<i>Data de Vencimento</i>	<i>Valor Original do Imposto</i>
02/92	09-03-92	26.793.417,26
03/92	09-04-92	30.208.173,46
04/92	09-05-92	42.618.908,33
05/92	09-06-92	52.055.888,69
06/92	09-07-92	71.091.117,26
<i>Total do Tributo</i>	-	299.300.159,67

Em verdade, no citado período, os denunciados fraudaram a fiscalização tributária do Distrito Federal em consequência do aproveitamento indevido do crédito extemporâneo, relativo à diferença entre as alíquotas estadual e interestadual do ICMS, crédito este registrado nos livros fiscais, rendendo ensejo ao aproveitamento indevido de crédito fiscal.

Agiram os denunciados com vontade livre e conscientemente dirigida, eis que os lançamentos contábeis-fiscais levados a efeito são desprovidos de amparo legal e, além disso, a discussão sobre eventual repetição do indébito, ainda que legítima a pretensão, far-se-á tão-somente através da via processual adequada (judicial ou administrativa), daí os citados lançamentos restam inidôneos à constituição do crédito tributário reclamado. Por último, a própria Secretaria de Fazenda e Planejamento e o Distrito Federal, no dia 22 de outubro de 1990, respondeu negativamente à consulta formulada pela Associação Comercial do Distrito Federal, cujos associados pretendiam creditar-se do malsinado crédito tributário extemporâneo.

Julgados, procedentes os processos administrativos-fiscais, os débitos foram inscritos em Dívida Ativa, inexistindo pedidos de parcelamento ou pagamento, estando em curso as respectivas execuções fiscais.

Desta forma, os denunciados praticaram delito contra a ordem tributária do Distrito Federal, estando, por conseguinte, por 13 (treze) vezes, incurso nas penas do art. 1º, inciso II, c/c art. 11, todos da Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, e art. 71, *caput*, do Código Penal Brasileiro.

Ante o exposto, o Ministério Público requer seja recebida a presente denúncia e instaurado o processo-crime, citando-se os denunciados para todos os seus termos, até sentença condenatória. Pugna, outrossim, pela intimação das testemunhas abaixo arroladas, a fim de que depõem sobre o fato retrodescrito, na forma da lei.”

Percebe-se que a conduta criminosa vem minudentemente descrita em todas as suas circunstâncias, permitindo, em toda a sua extensão, o exercício da defesa pelos imputados autores do fato-crime. E, ainda que assim não fosse, não é de se exigir que a peça de acusação extrapole os limites da apuração levada a efeito nas peças de informação — mormente nas espécies delitivas em que a execução se dá longe das vistas de quem quer que não os autores do fato e, não raro, com a destruição de eventuais elementos que possam reconstituir o *iter* da prática delituosa.

Nem é de se ignorar que o *crime é um fato social*, porquanto se revela em um acontecimento no seio da comunidade e, por tal, tem a prova da sua existência informada pelos mesmos elementos que possibilitam a percepção de todo e qualquer fenômeno social, a modificação que causa no mundo exterior (é a sua materialidade) — esta vem demonstrada na peça de acusação pelo procedimento administrativo instaurado contra os denunciados —, contudo, a percepção da conduta dos agentes que provocaram esta alteração no mundo exterior (em seu particular modo de acontecer), depende, como em todo fato social, da circunstância fática em que se deu a conduta — *i.e.*, se perceptível, ou não, por elementos do corpo social, se a despeito de imputável a determinado autor por indícios, deixou vestígios capazes revelar o especial modo pelo qual se fez materializar.

Nos crimes societários, tais aqueles contra a ordem tributária, a conduta é perpetrada longe dos olhos de possíveis delatores e, não raro, tem suprimido, pela dissimulação, os elementos que eventualmente permitam a detalhada reconstituição do *iter criminis*. Nem por isso, fica tolhida a *persecutio*. Nem é por outra razão que esse E. STJ tem reiteradamente decidido na forma das ementas que, ilustrativamente, abaixo se transcreve:

“Penal e processual penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime de sonegação fiscal. Inépcia da denúncia. Falta de justa causa pela atipicidade da conduta. Necessidade de inquérito policial. Improcedência. I — É característica do crime societário o fato de o ilícito resultar da vontade que cada um dos mandatários ou responsáveis pela pessoa jurídica cabia manifestar (RT 650.291). Nestes crimes, não é sempre que o Ministério Público dispõe, no limiar da ação penal, de elementos probatórios que lhe permitam discriminar a participação que cada sócio teve no delito societário. Nem por isso estará impedido de oferecer denúncia contra todos os responsáveis pela firma. Constitui condição impossível de ser exigida o pleno conhecimento das deliberações tomadas na privacidade dos órgãos de administração — RTJ 101.593. Assim, a denúncia atende ao disposto no art. 41 do Código de Processo Penal. II — A falta de justa causa, na vertente hipótese, exige exame aprofundado da prova, o que é desfeito na via estreita de *habeas corpus*. III — Para o oferecimento da denúncia não se torna indispensável o inquérito policial

— RTJ 76.741. IV — Recurso improvido” (RHC — 6ª Turma — Rel. Min. Pedro Acioli — RSTJ 65:157).

“Penal. Processual. Sonegação fiscal. Autoria coletiva. Denúncia. Individualização da conduta. Inépcia. Habeas corpus. Recurso. 1. Nos crimes societários ou de autoria coletiva não é imprescindível que a denúncia descreva a participação individual de cada acusado. 2. Descrevendo a denúncia-crime em tese, havendo, portanto, materialidade e autoria, não se fala em inépcia para trancar ação penal por falta de justa causa. 3. Recurso conhecido, mas improvido.” (RHC — 5ª turma — Rel. Min. Edson Vidigal — DJU de 6-2-1995, p. 1361).

“Recurso de *habeas corpus*. Fraude à fiscalização tributária. Lei nº 8.137, de 27-12-90.

“Demonstrado que a denúncia atendeu às especificações da lei processual e apontou, com acerto, violação aos arts. 1º, inciso II, e 2º, inciso I, c/c o art. 11 da Lei nº 8.137/90, denega-se a ordem, vez que a impugnação não pode ser desenvolvida na via eleita.

“Recurso improvido” (STJ, RHC nº 3.176-0/PB, Rel. Min. José Cândido, Sexta Turma, j. 29-3-1994, DJ de 30-5-1994, p. 13.515).

“Processual penal — Trancamento de ação penal — Alegação de ausência de justa causa.

“ Incabível o trancamento de ação penal por alegada ausência de justa causa, quando a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência de crime em tese, exigindo a conveniente apuração através do regular contraditório.

“Ordem denegada” (STJ, HC nº 2.561-0/SC, Rel. Min. Flaquer Scartezini, Quinta Turma, j. 2-5-1994, DJ de 30-5-1994, p. 13.492. — não sublinhada no original).

“RHC — Inépcia da denúncia — Falta de justa causa — Trancamento da ação penal — Incabimento via *habeas corpus*.

— Não há falar-se em inépcia da denúncia desde que esta contenha, quantum satis, os necessários esclarecimentos, de forma a possibilitar aos acusados conhecimento pleno do fato delituoso que lhe é imputado, permitindo-lhe defender-se amplamente e fornecendo ao julgador elementos para um juízo de valor.

— Desde que descreva o fato delituoso de maneira clara e demonstre a participação dos acusados, inexistente a afirmação de falta de

justa causa, que só ocorre quando a ausência de criminalidade resulte *ictu oculi* do próprio fato, independentemente de apreciação de provas capazes de se produzirem somente no decorrer da instrução criminal.

— O HC não é meio idôneo para a apreciação aprofundada de provas.

— Precedentes jurisprudenciais desta E. Corte — Recurso improvido. (RHC nº 4.364-4/SP (Reg. nº 95/0003214-7); Rel Min. Cid Fláquer Scartezini, *DJ* de 15-5-1995, p. 13.416-13.417)

Tal o primeiro, o segundo requisito do dispositivo legal em comento vem igualmente atendido, desde que a denúncia qualifica e individualiza os agentes delituosos. O mesmo se diga, quanto ao que pertine à classificação do crime e ao rol das testemunhas que se entendeu necessário ouvir para a apuração dos fatos narrados.

Isso sem prejuízo de que, conforme ilustram as ementas de julgado transcritas, se a denúncia descreve um fato-crime, em tese não se pode, a pretexto, abortá-la. Antes, impõe-se ao julgador que, cautelosamente, aguarde a promessa de prova que ela contém, deferindo e aguardando o resultado de eventuais perícias ou exames requeridos, ouvindo as testemunhas eventualmente arroladas para, ao final, confrontar a prova assim apurada com os demais elementos probatórios que tenham acompanhado a peça acusatória e, aí sim, com sólido juízo formado: decidir.

Ora, uma denúncia tal a que se fez transcrever não comporta a pecha de inepta e, se alguma omissão contivesse, sequer se faria passível de anulação, desde que poderia o órgão acusador supri-la até o advento da sentença buscada (CPP, art. 569). O que se tem por mais certo quando se vê que os casos dignos de ensejarem a rejeição da peça acusatória são *taxativamente* elencados no CPP, art. 43, *verbis*:

“Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I — o fato narrado evidentemente não constituir crime;

II — já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

III — for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Parágrafo único. Nos casos do nº III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.”

Dispositivo que não se faz incidir sobre a causa em discussão e que, a despeito de não mencionado na r. decisão recorrida, foi flagrantemente contrariado em sua vigência. Desde que, ao se olvidar denúncia não insere em qualquer das suas hipóteses de

incidência atentou-se contra o seu texto. É o quanto permite se concluir a dicção dessa augusta Corte Superior ao avaliar caso análogo, *verbis*:

“ Processual penal. Denúncia. Rejeição.

A denúncia só pode ser rejeitada quando o fato descrito for atípico, estiver extinta a punibilidade, for manifesta a ilegitimidade da parte ou inexistir condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Contrariedade ao disposto no art. 43 do CPP, pois o magistrado de primeiro grau ultrapassou os limites da lei, eis que, ao invés de exercer um mero juízo de deliberação, entrou no exame dos indícios em que se embasou a denúncia, para refutá-los, um por um, com isso frustrando a persecução penal e impondo uma absolvição liminar, sem processo.

III — Recurso provido. (Recurso Especial nº 11.118 (9197950) — RJ, Rel. Min. Carlos Thibau, *DJ* de 16-10-1991, p. 14.489)

Legítimo, pois, concluir que, a pretexto de aplicar o CPP, art. 41, o v. acórdão recorrido negou vigência ao mencionado dispositivo legal e, por igual, ao CPP, art. 43, em descabida ofensa à lei federal, urgindo que se restabeleça o primado da ordem jurídica violada.

Quanto ao segundo fundamento arrolado no d. voto condutor, novamente se vai de encontro ao CPP, arts. 41 e 43. Ai se vê que a conduta narrada na denúncia foi tomada à conta de um indiferente penal, porquanto se viu ausente o elemento subjetivo do tipo — o dolo — ao se consignar, pela pena do eminente condutor do voto vencedor que (fl. 916):

“Vejo e constato, feito como *soe* pelo eminente Desembargador Relator, que não se sustenta a denúncia. Isso, a meu ver, para um homem honesto, para um homem de bem, é insuportável. Ai está, sim, a ilegitimidade da ação, porque crédito tributário é uma coisa, crime é outra, totalmente diversa. Os parâmetros são totalmente contrários um do outro. Sim, pode existir o indevido aproveitamento de um crédito que, se fosse doloso por parte do agente, não estaria lançado em seus livros, não estaria expressamente consignado em todas as suas notas. E esse ato de consignar, nas notas e nos livros, o aproveitamento daquilo que pareceu lícito ao agente no momento da lavratura do documento fiscal, isso está obviamente a retirar o elementos subjetivo do dolo da ação deste mesmo agente que informa o crime. Para isso fizemos uma reforma penal, para fazermos com que o elemento subjetivo do agente fosse analisado no tipo.

Nós não podemos, no Código vigente, aplicar a teoria normativa do delito. A teoria finalista veio para fazer o adiantamento da prestação jurisdicional, e esse constrangimento que está se dando, que está se fazendo a esses comerciantes, que neste caso específico, lançam, como se lícito fosse, um aproveitamento de crédito do ICMS previsto na legislação, que foi, neste caso concreto, não entendido como indevido pelas autoridades tributárias, não vejo nesta ação um ilícito criminal, *data venia*. Pode ser um ilícito fiscal porque, segundo o entendimento do fisco, isso é um aproveitamento indevido desse crédito de ICMS.

Peço *datíssima vênia* aos eminentes Desembargadores, Relator e primeira vogal, mas constato que efetivamente, a meu sentir, há uma flagrante inexistência de justa causa por esta ação.

Por tais razões, *concedo* a presente ordem de *habeas corpus* a fim de *trancar a ação penal* movida contra os Pactes.”

De fato, não podemos aceitar a denominada culpa (*lato sensu*) objetiva em sede de fato-crime. Aliás, o instituto acha-se, de há muito, espancado da seara do direito penal. E mesmo a parte geral que norteava o direito pátrio até 1984 não a consagrava, a despeito, *data venia*, do que possa parecer ao eminente relator. A diferença é que, então, a questão se resolvia na sede da culpabilidade (que se erigia — e ainda hodiernamente para alguns — à conta de requisito do crime) e, hoje, a questão se resolve na tipicidade.

De toda sorte, o reconhecimento do dolo (tal entendida a intenção provada) só se faz possível com a produção probatória na pertinente ação penal. Da denúncia se exige a sua descrição (o que se atende *in casu*). E, é por isso que não se pode tolher o *dominus lictis* da ação penal a possibilidade de provar, *oportuno tempore*, na devida ação penal, a narrativa constante da denúncia, sob pena de se fazer tábula rasa do princípio da obrigatoriedade da ação penal, consagrando-se uma verdadeira absolvição liminar — sem processo.

Nem se olvide que a afirmação de inexistência do elemento subjetivo — o dolo — já no alvorecer da ação penal, sem qualquer produção probatória, se faz prematuro. Porquanto a questão há de ter o seu deslinde sob o imprescindível contraditório, à luz das regras processuais, desde que o exame do elemento subjetivo é *matéria de mérito*, a ser deslindada ao amparo de necessária instrução criminal.

De outro lado, não se pode presumir boa-fé (a espancar o elemento subjetivo do tipo) em quem tem o dever de conhecer as normas que regem o seu ofício. Mormente se a qualquer é vedado o desconhecimento da lei, como excludente da conduta criminosa, por mais deficiente que seja a sua formação educacional — o que, nem de longe, é o caso dos autos.

De toda sorte, a matéria tem gozado de conformação diversa nesse E. STJ, conforme dão conhecimento as ementas abaixo transcritas:

“Processual. Recurso de *habeas corpus*. Art. 105, inciso II, letra *a*, da *lex legum*. Trancamento da ação penal. *Sonegação fiscal*. *Fato típico*. Apuração do débito na esfera administrativa. Condição de procedibilidade. Inocorrência. *Fraude*. *Apuração*.

“I — Descrevendo a denúncia em tese, fato típico, não havendo dúvida quanto à participação dos denunciados, prossegue-se com a ação penal.

“II — O trancamento da ação penal, via *habeas corpus*, só é possível, excepcionalmente, nos casos de atipicidade dos fatos ou não-participação evidente dos denunciados.

“III — Consoante reiterada orientação pretoriana, não constitui condição de procedibilidade da ação penal por infração de sonegação fiscal a apuração do débito tributário na instância administrativa.

“IV — *A aferição da existência ou não de fraude adentra no merittum causae, o que só é possível no desenrolar da actio poenalis.*

“V — Recurso improvido.” (STJ, RHC nº 2.399-9/RS, rel. Min. Pedro Acioli, *apud* Luiz Fernando Vaggione (organizador), *Jurisprudência/doutrina sobre sonegação fiscal*, versão 29-6-94, São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo/Centro de Apoio Operacional Criminal da Capital, arquivo eletrônico, documento SF/57-65 — sic, com exceção do grifado).

“*Habeas corpus*. Trancamento de inquérito policial. Decreto-Lei nº 756/1969, arts. 17 e 18. *Sonegação fiscal*. Recursos liberados pela SUDAM. apuração dos fatos pela Polícia Federal. Não cabe obstar essa investigação, tão-só porque aforou a empresa de que os pacientes são sócios da ação anulatória de débito fiscal, com o depósito da importância para a garantia do juízo, tornando inviável, assim de logo, a execução fiscal (Lei nº 6.830/80, arts. 1º e 2º, Decreto-Lei nº 756, art. 17). A garantia do juízo resultante do depósito aludido não elide o ilícito criminal de sonegação fiscal. Questão relativa à boa-fé dos indiciados pende de provas e de seu exame. Código de Processo Penal, art. 93. *Habeas corpus* indeferido.” (Supremo Tribunal Federal, HC nº 68.902-7-DF, rel. Min. Néri Da Silveira, *in Lex/JSTF*, vol. 166, p. 323/338, *apud* Luiz Fernando Vaggione, *Jurisprudência/doutrina sobre sonegação fiscal*, arquivo citado, documento nº SF/01-10 — sic, com exceção do grifado.)

“Ação penal privada. Queixa. Descrição de fato que se ajusta ao tipo do art. 164 do Código Penal.

“A questão de saber se a ação foi dolosa ou não é matéria para a sentença de mérito.

“Recurso de *habeas corpus* improvido.” (STJ, RHC nº 3.920-5/SP, rel. Min. Assis Toledo, Quinta Turma, j. 5-10-1994, *DJ* de 24 de outubro de 1994, p. 28.768 — não grifado no original).

Destarte, por ser matéria afeita à produção probatória, em regular instrução criminal, a exigência de prova do elemento subjetivo para que se intente a ação penal extrapola, em muito, os elementos que a lei processual espera ver satisfeitos na denúncia, e que outros não são senão aqueles constantes do CPP, arts. 41 e 43. Mais, frontalmente violados os mencionados dispositivos legais, ofende-se, ainda, por via reflexa, o próprio direito material cuja tutela é requerida na denúncia.

4. O PEDIDO DE REFORMA

Assim demonstrado que se malferiu lei federal, espera o Ministério Público que se restabeleça, em sua inteireza, o primado da ordem jurídica infraconstitucional, cassando-se o v. acórdão recorrido, a fim de que se dê o devido prosseguimento à ação penal obstruída pela decisão atacada.

Brasília-DF, 11 de agosto de 1996.

JOSÉ PIMENTEL NETO
Promotor de Justiça Adjunto
Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça

APROVO.

ROMEU GONZAGA NEIVA
Vice-Procurador-Geral de Justiça