

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 180.567 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : CASSIANA AMORIM LOBO HADDAD
PACTE.(S) : CARLOS LUIZ LOBO
IMPTE.(S) : JOSE EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 556.044 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por José Eduardo Rangel de Alckmin, em favor de Cassiana Amorim Lobo Haddad e Carlos Luiz Lobo, contra decisão monocrática do Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) João Otávio de Noronha, que indeferiu liminarmente o HC 556.044.

Os pacientes encontram-se presos preventivamente porque foram apontados como responsáveis por crimes de organização criminosa, lavagem de dinheiro e sonegação fiscal, consoante decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Santa Luzia/MG. (eDOC 2)

A segregação cautelar foi requerida contra integrantes da pessoa jurídica Lupus Desenvolvimento de Alimentos Ltda., com vistas a obstar a reiteração delitiva e a ameaça à ordem econômica.

Em dezembro de 2016, foi deflagrada a operação Petscan, em que foram apuradas condutas envolvendo fraudes em desfavor do fisco estadual no ramo de produção e comercialização de rações.

O MP afirma que a conduta ilícita consistiria na venda de mercadoria, sem a correta descrição do produto e informação precisa sobre o real valor da operação, com o propósito de reduzir ou diminuir tributo. Indica, também, e em decorrência do fato principal, a possível prática do crime de falsidade ideológica, lavagem de dinheiro e organização criminosa. (eDOC 4)

HC 180567 MC / MG

Posteriormente, a prisão preventiva foi substituída pela prisão domiciliar. (eDOC 6 e 7).

Requeru-se, então, a suspensão das investigações e das cautelares existentes, com base na Súmula Vinculante 24, do Supremo Tribunal Federal, bem como a revogação da prisão preventiva dos pacientes, anteriormente substituída por prisão domiciliar.

O pedido foi indeferido. (eDOC 11)

Em face desse quadro, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O relator, em decisão monocrática, indeferiu o pedido liminar por entender que o caso demandaria análise mais aprofundada em razão da complexidade dos fatos. (eDOC 13)

Daí a impetração de *writ* no STJ.

O Ministro João Otávio de Noronha indeferiu liminarmente a ordem, apontando o óbice da Súmula 691 do STF.

Nesta Corte, o impetrante alega que as preventivas foram decretadas por decisão desprovida de fundamentação concreta.

Afirma que, de acordo com a Súmula Vinculante 24, do STF, não há prova da materialidade do crime de sonegação fiscal e que os demais requisitos da custódia cautelar não estão preenchidos.

Pugna, liminarmente e no mérito, pelo reconhecimento da nulidade das medidas cautelares adotadas, especialmente a decretação da prisão preventiva.

É o relatório.

HC 180567 MC / MG

Passo a decidir.

Conforme jurisprudência consolidada deste Tribunal, não tendo sido a questão de mérito objeto de exame definitivo pelo STJ, ou inexistindo prévia manifestação das demais instâncias inferiores, a apreciação do pedido da defesa implica supressão de instância, o que não é admitido.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: HC 103.282/PA, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 28.8.2013; HC 114.867/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14.8.2013; HC 127.975-AgR/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 3.8.2015; e HC 131.320-AgR/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 10.2.2016.

No que se refere ao tema, tenho-me posicionado, juntamente com Sua Excelência o Ministro Celso de Mello, no sentido da possibilidade de conhecimento do *habeas corpus* em casos idênticos.

Ocorre que a Segunda Turma já se manifestou de forma contrária ao conhecimento dos *writs* (HC 119.115/MG, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 13.2.2014, e HC 114.087/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 2.10.2014), com fundamento na carência de exaurimento da jurisdição e por inobservância ao princípio da colegialidade, previsto no art. 102, II, a, da Constituição Federal.

Na mesma direção, já se havia firmado o entendimento da Primeira Turma desta Corte. A propósito, cito: RHC 111.935/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 30.9.2013; RHC 108.877/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.10.2011; e RHC 111.639/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 30.3.2012.

Evidentemente, em obediência ao princípio da proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV), a aplicação dos entendimentos jurisprudenciais trazidos à baila pode ser afastada no caso de configuração de patente constrangimento ilegal ou abuso de poder.

No entanto, **vislumbro constrangimento ilegal manifesto a justificar excepcional conhecimento deste *habeas corpus*.**

Primeiramente, pela complexidade da constelação fática em tela, observo que uma análise adequada sobre a legalidade do decreto prisional impugnado demanda o enfrentamento prévio de três questões centrais acerca das imputações feitas aos pacientes: (1) a não subsunção lógico-formal dos fatos narrados ao tipo penal previsto no art. 1º, V, da Lei 8.137/1990; (2) a incidência do Enunciado 24 da Súmula Vinculante desta Suprema Corte; (3) a relação normativa entre os fatos narrados supostamente como delito fiscal, na qualidade de infração antecedente, e a ocorrência do crime de lavagem de dinheiro.

Da não subsunção lógico-formal dos fatos narrados ao tipo penal previsto no art. 1º, V, da Lei 8.137/1990

Neste ponto, verifico que a capitulação dos fatos narrados pela Polícia Civil de Minas Gerais (eDOC 3) e pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais (eDOC 4), que foram utilizados pelo Juízo de origem como fundamento para o decreto prisional (eDOC 2), **não parece estar correta.**

Do que se depreende tanto da representação da Polícia Civil, quanto do pleito do Ministério Público, assim como do próprio decreto prisional, **trata-se de substrato empírico que não se enquadra no tipo penal mencionado no inciso V do artigo 1º da Lei 8.137/1990.**

Transcrevam-se trechos que demonstram essa afirmação:

Ocorre que, conforme informações do fisco mineiro, ao intensificar ações no segmento de rações, **detectou-se um novo esquema de sonegação fiscal através do qual, pela utilização de artifícios fraudulentos, as empresas fabricantes de ração,**

Nutriara e Lupus, deixavam de recolher o ICMS/ST (substituição tributária) incidente sobre rações para animais de pequeno porte (PET), através da simulação de venda de rações destinadas à manutenção, desenvolvimento e produtividade animal (produção de alimentos), isentos de ICMS utilizando-se de diversas empresas distribuidoras que encerravam suas atividades repentinamente e suspeitas de participação no esquema”. (eDOC 3, p. 4)

No mesmo sentido:

“Além disso, verificou-se que a empresa Lupus tem o **hábito de realizar a venda de mercadorias sem expedição de notas fiscais, subfaturadas ou acobertadas por notas fiscais emitidas para produtores rurais como se fossem ração para animais de produção, isentas de ICMS**, havendo expressa referência à venda de mercadorias qualificadas por categorias, em que parte do valor era exigido do cliente por fora, com a denominação parte especial (...) Verifica-se que a lógica das fraudes é bastante simples. A operação real ocorre entre os atacadistas e a empresa LUPUS, sendo acobertado por **notas fiscais ideologicamente falsas emitidas para produtores rurais ou empresas terceiras, a maior parte inativa ou que desconhece tal operação. Ao final, a Lupus e as reais empresas adquirentes das rações PET** ficam com o lucro (sonegação fiscal) e o erário com o prejuízo”. (eDOC 4, p. 3 e 9)

Da mesma forma, os fatos foram narrados no decreto prisional da seguinte maneira:

“Examinando todo o material apreendido naquela oportunidade, através do presente expediente **são apresentados resultados que apontam para a existência de um esquema muito bem engendrado, voltado para a sonegação de ICMS, seja via subfaturamento de vendas para fins tributários, seja pela simulação de declaração, em nota fiscal, da venda de**

produtos isentos de ICMS, escondendo a efetiva venda de produto tributado. Para dar lastro ao numerário que aportava em caixa, utilizava-se a inscrição de produtores rurais que não faziam ideia do que ocorria, emitindo-se nota fiscal em nome destes como se tivessem adquirido ração para animais de produção”. (eDOC 2, p. 2)

Tanto é assim, que o magistrado da origem indica, no próprio decreto prisional, que a capitulação jurídico-penal dos fatos descritos iria em outra direção:

“Finalmente, promovendo o elo concreto da relação, estão as transportadoras. **O que se extrai, até o presente momento, diante do que acompanha a inicial, é que, de fato, estariam delineados os crimes de falsidade ideológica (inserção de dados inverídicos em notas fiscais – declaração de venda de produtos isentos de ICMS quando, na verdade, a venda foi de produtos tributáveis; inserção de compradores fictícios em notas fiscais), sonegação fiscal (ausência de pagamento de ICMS sobre rações “pet”), lavagem de dinheiro (injeção de capital sonegado em negócios aparentemente lícitos através de empresas envolvidas) e organização criminosa (associação de quatro ou mais pessoas, de maneira estruturada, com divisão de tarefas para, através de falsidade ideológica e sonegação fiscal, deixar de pagar ICMS e diminuir os custos dos produtos negociados entre elas)”.**

Diante disso, fica claro que houve, de fato, **a intenção dos pacientes de suprimir o pagamento do tributo, sendo o preenchimento incorreto da documentação fiscal – incluindo as notas – nada mais do que o meio utilizado pelos pacientes para atingir o fim ilícito de sonegar ICMS, fazendo parecer, por meio de uma fraude, que se tratava de espécies de ração não tributáveis, quando na verdade incidia ICMS sobre os itens.**

A presença da vontade de apropriação fraudulenta dos valores do

HC 180567 MC / MG

fisco, por parte dos pacientes, configura **conduta que extrapola o alcance normativo do tipo penal descrito no art. 1º, V, da Lei 8.137/1990**, não se configurando tão só preenchimento de nota fiscal em desconformidade com a legislação.

Sobre isso, cabe recordar que o *animus* (dimensão subjetiva do tipo) se manifesta pelo ardil de omitir e/ou alterar os valores devidos, o que ocorreu no caso concreto por meio do preenchimento de nota fiscal com informações fraudulentas relativas à natureza da razão sobre a qual incidiria ICMS.

Acera do tipo subjetivo (*subjektive Deliktstatbestand*) na arquitetura dogmática do crime, esclarece o doutrinador alemão Köhler que, por meio dele, se descrevem maneiras de ofensas específicas ao bem jurídico que se perfectibilizam no ilícito-típico. Além disso, ensina o autor que esses elementos, ou características, definem a qualidade e a medida da ofensa causada pela realização do tipo objetivo. (KÖHLER, Michael. *Strafrecht*. 1997. p. 170)

Na mesma linha, Roxin afirma que atualmente se consolidou o entendimento doutrinário de que ao lado das características objetivas do tipo (*objektive Merkmale*), pertencem também ao espaço normativo da tipicidade elementos subjetivos que originalmente pertenciam a culpabilidade e que, sobretudo após a virada finalista operada por Welzel, passaram a integrar o ilícito-típico. (Roxin, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2006. p. 310)

A partir disso, verifico que **o núcleo duro do substrato fático atribuído aos pacientes – sonegar ICMS – está para além da conduta de fornecimento de nota em desconformidade com a legislação, tratando-se de efetiva sonegação tributária – crime material**, sobretudo no que diz respeito à dimensão subjetiva do injusto: induzir o Fisco a erro para, intencionalmente, não pagar o ICMS devido.

Contudo, considerando que a jurisprudência deste Supremo Tribunal é no sentido de que *“o momento adequado para o julgador utilizar-se da emendatio libelli, previsto no artigo 383 do Código de Processo Penal, é na prolação da sentença e não em momento anterior”*, sendo essa definição relativizada apenas com relação à desclassificação do crime para fins de alteração de competência (STF, HC 115.831/ MA, rel. min. Rosa Weber, 22.10.2013; STF, HC 113.598/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, 15.12.2015), **destaca-se que o que se pretende aqui é tão somente verificar a suficiência e a legalidade do decreto prisional, especialmente no que diz respeito à fundamentação do fumus commissi delicti de acordo com os fatos narrados.**

A seguir, apresenta-se breve excursão doutrinário acerca da diferenciação entre os crimes formais, ou de conduta, e os materiais, ou de resultado. A questão da condição de procedibilidade da ação penal no âmbito dos crimes tributários será enfrentada no próximo tópico.

O crime material só se consuma com a produção do resultado naturalístico, ou seja, a concreta modificação de um estado ou condição no mundo exterior. No crime formal, por sua vez, a lei descreve uma ação e um resultado. No entanto, o delito restará consumado no momento da prática da ação, independentemente do resultado, que se torna mero exaurimento.

Nesse sentido, a lição de Bitencourt (Direito Penal. 2020):

“O crime material ou de resultado descreve a conduta cujo resultado integra o próprio tipo penal, isto é, para a sua consumação é indispensável a produção de um resultado separado do comportamento que o precede. O fato típico se compõe da conduta humana e da modificação do mundo exterior por ela operada. O resultado material que integra a descrição típica pode ser tanto de dano como de perigo

concreto para o bem jurídico protegido (...) O crime formal também descreve um resultado que, contudo, não precisa verificar-se para ocorrer a consumação. Basta a ação do agente e a vontade de concretizá-lo, configuradoras do dano potencial, isto é, *eventus periculi* (ameaça, a injúria verbal)".

Acerca dos chamados crimes de resultado (*Erfolgsdelikten*), Roxin esclarece que esses possuem tipos penais em que **a ação se encontra separada espacial e temporalmente da efetiva realização do dano ou do perigo de dano**, que é considerado como um resultado que possui uma carga de desvalor punível para o direito penal. (Roxin, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2006. p. 330)

A partir disso, estamos diante, supostamente, de um crime mais grave do que aquele descrito no art. 1º, V, da Lei 8.137/1990. Tal suposto crime mais grave, contudo, seria material e carregaria consigo o pressuposto de uma condição de procedibilidade da ação penal.

Da incidência da Súmula Vinculante 24 desta Suprema Corte

Nos termos da Lei 9.430/1996, a representação fiscal para fins penais é o instrumento adequado a ser utilizado para compartilhar as informações relativas aos crimes contra a ordem tributária às agências de investigação e persecução penal.

A referida hipótese normativa é regulamentada pelo artigo 83 do diploma normativo, que assim dispõe:

“Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos **crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990**, e aos **crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (CP)**, será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a

decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (...)”.

Ademais, a questão é também disciplinada pelo art. 11, § 3º, da Lei 9.311/1996 e pelo art. 198 do CTN, com a redação dada pela já mencionada LC 104/2001, os quais assim preveem:

“Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

(...)

§ 3. A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e as alterações posteriores”.

“Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

(...) § 3 Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória”.

Além de a representação fiscal para fins penais ser um dever do Auditor-Fiscal da Receita Federal, o esgotamento das vias administrativas representa, no âmbito dos crimes tributários, verdadeira **condição**

objetiva de procedibilidade da ação penal, já que o lançamento definitivo do crédito tributário, por meio do encerramento do processo fiscal, é pressuposto inafastável da persecução penal.

Tal entendimento, resta consagrado, de forma muito clara e objetiva, na própria redação da Súmula Vinculante 24 do STF, a qual estabelece que “*não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1, incisos I a IV, da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, antes do lançamento definitivo do tributo*”.

Não por outra razão, a representação fiscal para fins penais é reconhecida como “*o procedimento que liga o processo administrativo fiscal ao processo penal.*” (STAHL, Sidney; JALORETO, Jair. *Responsabilidade penal tributária e a representação fiscal para fins penais*. In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo. *Crimes contra ordem tributária*, 2019. p. 280).

A necessidade do encerramento definitivo do processo administrativo-fiscal como condição de procedibilidade da ação penal, no espaço dos delitos contra a ordem tributária, se justifica por duas razões: (a) “*a fixação do quantum devido ao fisco, abrindo a possibilidade de que o contribuinte pague ou solicite o parcelamento, antes do recebimento da denúncia;* (b) *a definição da existência, efetiva, do crédito tributário reclamado*”. (BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana. *Crimes contra ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71).

Nessa linha, de acordo com o art. 142 do CTN, compete privativamente à Administração Pública determinar a existência, exigibilidade e liquidez do crédito tributário. Tal determinação reflete diretamente na materialidade do fato tipificado como delito fiscal. Por essa razão, **o encerramento do processo administrativo-fiscal, com a devida representação para fins penais, coloca-se como pressuposto inafastável da ação penal.** (BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana. *Crimes contra ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 72).

No caso em apreço, observa-se que não houve a constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa em nenhum dos cinco Autos de Infração (01.000969577-50; 01.000971018-67; 01.000971193-75; 01.000999126-50; 01.001007239-41) que deram origem às investigações em desfavor dos pacientes e, conseqüentemente, lastrearam o decreto prisional.

Assim, considerando que inexistente um substrato fático no sentido de se reconhecer a presença de *fumus commissi delicti* com relação ao delito descrito no inciso V do art. 1 da lei 8.137/90, se houver o eventual enquadramento nos demais incisos estaremos diante, como se viu, de um crime material. A consequência disso é o reconhecimento da atipicidade dos fatos narrados como delito fiscal no decreto prisional.

Na mesma toada, confira-se entendimento jurisprudencial esclarecedor do STJ que se amolda perfeitamente ao caso em análise:

“Em arremate, é necessário esclarecer que, embora seja pacífico neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o delito do inciso V do artigo 1º da Lei 8.137/1990 seja formal, não estando abrangido, assim, pelo enunciado 24 da Súmula Vinculante, há casos que extrapolam a mera irregularidade no fornecimento de nota fiscal ou documento equivalente relativo à compra e venda de mercadoria ou prestação de serviço, havendo a efetiva sonegação tributária, o que impõe o esgotamento da via administrativa para que a persecução penal seja deflagrada. (...) Desse modo, não obstante o órgão ministerial tenha enquadrado a conduta do réu nos incisos I e V do artigo 1º da Lei 8.137/1990, constatasse que lhe imputou a prática de crime material contra a ordem tributária, que acarretou efetiva sonegação fiscal, o que atrai a incidência do verbete 24 da Súmula Vinculante (...).” (RHC 83.993/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15.8.2017, DJe 25.8.2017)

A essa altura da construção do caminho de análise e fundamentação do caso em tela, temos as seguintes variáveis da equação jurídica assentadas: **(1) trata-se de crime tributário material, que extrapola o alcance do tipo penal previsto no art. 1º, V, da Lei 8.137/1990; (2) incide sobre os fatos narrados o Enunciado 24 da Súmula Vinculante do STF; (3) não há, no caso concreto, a constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa; (4) trata-se de conduta atípica, nos termos do Enunciado 24 da Súmula Vinculante desta Corte.**

Passa-se a analisar a relação normativa entre os fatos narrados supostamente como delito fiscal, na qualidade de infração antecedente, e a ocorrência do crime de lavagem de dinheiro.

Da não ocorrência do crime de lavagem de dinheiro pela atipicidade dos fatos narrados como suposto delito antecedente

Da atipicidade do delito antecedente, o suposto crime fiscal, decorre, por fundamentos lógicos e normativos, a **atipicidade do delito de lavagem de dinheiro** – este é o próximo passo analítico da apreciação jurídica da constelação fática apresentada no caso concreto.

No plano legal, a questão encontra-se disciplinada pelos seguintes dispositivos da Lei 9.613/1998:

“Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

II - independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento;

§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da

HC 180567 MC / MG

existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente”.

Trata-se de uma relação de acessoriedade que, ainda que limitada dentro de determinados padrões normativos, condiciona, em alguma medida, a existência do crime de lavagem de dinheiro à existência do crime antecedente.

Sobre isso, Badaró aponta que (Badaró; Bottini, 2019, p. 249):

“Do ponto de vista processual, essa relação de acessoriedade caracteriza uma questão prejudicial, isto é, uma questão que se coloca em relação a outra, por meio de um vínculo de subordinação. Assim, a resolução da questão prejudicial irá condicionar o sentido ou o conteúdo da questão a ela subordinada”.

O que se discute aqui é justamente a medida daquilo que se pode reconhecer como existência do delito antecedente, ou seja, até que ponto o crime antecedente condiciona o crime de lavagem. Para tanto, é preciso debruçar-se não só sobre categorias processuais, como também sobre elementos do conceito analítico de crime.

Em outras palavras, a pergunta que se busca responder é quando se pode considerar suficientemente existente o crime antecedente ao ponto de sustentar a tipicidade do crime de lavagem: quando existem indícios suficientes de autoria e materialidade?; quando a conduta é típica?; quando é típica e ilícita?; quando é típica ilícita e culpável?; quando a conduta é típica ilícita, culpável e não há nenhuma excludente de punibilidade?; quando o crime antecedente transitou em julgado?; quando foi recebida denúncia relativa ao crime antecedente?

HC 180567 MC / MG

Como pode-se observar, a questão da existência do crime antecedente é mais complexa do que ao primeiro momento possa parecer.

Algumas dessas perguntas são de plano respondidas pelo texto legal. Nesse sentido, o inciso II do art. 2 consolida a independência processual do crime de lavagem com relação ao crime antecedente, isto é, não é necessário que o trâmite processual do crime antecedente atinja determinado marco tal qual o recebimento da denúncia, a sentença ou o trânsito em julgado para que se sustente a persecução penal diante do crime de lavagem.

A lei estabelece também, no § 1º do mesmo art. 2, que *“indícios suficientes da existência da infração penal antecedente”* seriam suficientes para instruir a denúncia oferecida em face do crime de lavagem. Além disso, o legislador aponta que o fato de ser *“desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente”* não impede a persecução penal do crime de lavagem.

Como se observa, no caminho a ser percorrido dentro do conceito analítico de crime, não fica claro na legislação até que ponto (tipicidade; ilicitude; culpabilidade) o crime antecedente sustenta a existência do crime de lavagem.

Neste ponto, a doutrina e a jurisprudência buscam iluminar esse ponto cego:

“O crime de lavagem de dinheiro é acessório em relação à infração penal antecedente. Ainda que se trate de acessoriedade limitada, posto que ligada apenas ao injusto penal (tipicidade e ilicitude), é inegável que a existência da lavagem depende da existência de um crime ou uma contravenção penal antecedente”. (Badaró; Bottini, 2019, p. 249)

Na mesma linha, porém especificamente em relação à ausência de materialidade no crime tributário, confira-se:

“No segundo ponto, vale destacar que o crime tributário somente se considerada consumado – segundo o STF – e, portanto, ‘sonogado’, quando do lançamento definitivo do tributo (Súmula Vinculante 24 do STF). Portanto, qualquer ato de ocultação ou dissimulação de recursos antes deste momento administrativo não caracteriza a lavagem de dinheiro, porque ocorre antes da consumação do crime, antes que qualquer valor do patrimônio do contribuinte seja reconhecido como ilícito”. (Badaró; Bottini, 2012, p. 114)

Nesse sentido, transcreva-se julgado da 6ª Turma do STJ:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. CRIME PREVISTO NO ART. 1º, INCISO V, DA LEI 8.137/1990 COMO DELITO ANTECEDENTE. TRANCAMENTO DAS AÇÕES PENAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL. DENÚNCIAS QUE NARRAM A OCORRÊNCIA DE CRIME MATERIAL. APLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE N. 24 DO STF. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. (...)

2. Embora independa a persecução pelo crime de lavagem de valores do processo e julgamento pelo crime antecedente, na forma do art. 2º, II, da Lei nº 9613/1998, exigido é que a denúncia seja instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente (art. 2º, § 1º, da Lei nº 9613/1998, com redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012). 3. Na espécie sequer se discute a falta de prova do crime antecedente, mas, ao contrário, certa é a inexistência do crime, pois indispensável à configuração do delito de sonegação tributária é a prévia constituição definitiva do

tributo. 4. Sem crime antecedente, resta configurado o constrangimento ilegal na persecução criminal por lavagem”.

(STJ - RHC 73.599 / SC – Rel. Ministro NEFI CORDEIRO – Sexta Turma - DJe 20.9.2016)

Desse modo, **se a conduta do suposto delito antecedente é atípica, especialmente no caso do crime fiscal, parece não haver dúvidas de que resta prejudicada a tipicidade do crime de lavagem.**

Em sentido contrário, precisamente no tocante à relação dos crimes fiscais com a lavagem de dinheiro, copila-se jurisprudência da Primeira Turma desta Corte:

“(…) Sobressai da narrativa dos agravantes que ‘são investigados outros crimes além dos tipificados no ‘art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90’, dentre eles, crimes contra a administração em geral e de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores’, sendo certo o entendimento sufragado por esta Corte no sentido da prescindibilidade do esgotamento das vias administrativas para a investigação do crime de lavagem de dinheiro, conquanto o crime antecedente possa se consubstanciar em crime material contra a ordem tributária, mostrando-se possível a mitigação do enunciado nº 24 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal na hipótese da investigação de crimes cuja natureza é distinta da fiscal. Precedentes: HC 118.985-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 21/06/2016; e ARE 936.653-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 14/06/2016.

(…) A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 2. A Súmula Vinculante 24, ao condicionar a tipicidade à constituição definitiva do crédito tributário em delitos materiais contra a ordem tributária, impede, antes desse marco, a deflagração da persecução penal. 3. Hipótese em que as instâncias próprias apontaram que a investigação também

tinha como objeto crime de lavagem de dinheiro, delito que não pressupõe esgotamento das vias administrativas e, portanto, legitimava o deferimento do meio de obtenção de prova independentemente da inocorrência de lançamento”. (HC 118.985 AgR, Relator Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 24.5.2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 20.6.2016 PUBLIC 21.6.2016).

Contudo, dado o trabalho analítico da questão realizado até aqui, **entende-se que a independência processual do crime de lavagem não pode ser levantada como argumento válido para a sustentação do crime de lavagem quando o suposto delito antecedente configura conduta que sequer é típica.**

Como se verifica, **ainda que a relação de acessoriedade seja limitada pela independência processual e por determinados critérios de direito penal material, como, por exemplo, as causas de extinção da punibilidade, existem critérios para uma acessoriedade material, que se encontram no conceito analítico de crime, que não podem ser ignorados, entre eles a tipicidade e a ilicitude.**

Isso significa que, se o suposto crime antecedente revela conduta manifestamente atípica ou lícita, não há que se falar na configuração do crime de lavagem de dinheiro, que perde ele mesmo o substrato material exigido para a subsunção dos fatos ao tipo penal, ou seja, se o delito antecedente padece de atipia, então o mesmo ocorre com o crime de lavagem.

Por todo exposto, **concedo a liminar** para reconhecer a ilegalidade do decreto prisional. Determino a imediata expedição de alvará de soltura em favor dos pacientes, se por outro motivo não estiverem presos, e a suspensão do processo, somente em relação aos pacientes, pelos fatos narrados no decreto prisional, até o julgamento do mérito deste habeas corpus.

HC 180567 MC / MG

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 30 de março de 2020.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente