



MPF
F. _____
2ª CCR

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

VOTO 4241 /2013

PROCESSO 2009.82.00.009723-9 (IPL 365/2009)

ORIGEM: 3ª VARA FEDERAL DE JOÃO PESSOA-PB

PROCURADORA OFICIANTE: ILIA F. F. BORGES BARBOSA

RELATOR: CARLOS ALBERTO CARVALHO DE VILHENA COELHO

INQUÉRITO POLICIAL. SUPOSTO CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (CP, ARTIGO 337-A). ARQUIVAMENTO PELA INEXISTÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DISCORDÂNCIA DA MAGISTRADA (CPP, ARTIGO 28 C/C LC 75/93, ARTIGO 62, INCISO IV). DELITO DE NATUREZA MATERIAL. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE. INSISTÊNCIA NO ARQUIVAMENTO.

1. Inquérito policial instaurado para apurar a prática do delito do artigo 337-A do Código Penal (sonegação de contribuição previdenciária).
2. A Procuradora da República manifestou-se pelo arquivamento do feito pela inexistência de constituição do crédito tributário.
3. Discordância da Magistrada.
4. O delito de sonegação de contribuição previdenciária traduz crime de natureza material, cuja consumação depende de resultado naturalístico, qual seja, da supressão ou redução do tributo devido, o que só será possível após o término do procedimento administrativo fiscal, com a constituição definitiva do crédito tributário, condição objetiva de punibilidade, semelhante ao crime tipificado no artigo 1º da Lei 8.137/90. Precedentes do STF e do STJ.
5. Insistência no arquivamento.

Trata-se de inquérito policial instaurado para apurar a prática, em tese, do delito do artigo 337-A do CP (sonegação de contribuição previdenciária), perpetrado pelos representantes legais da sociedade empresária J. THIAGO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA.

A Procuradora da República oficiante requereu o arquivamento do feito nos seguintes termos (f. 143/145):

Nada obstante as acusações do Sr. MARCÍLIO DIAS PEREIRA, cumpre salientar que em resposta ao ofício deste Órgão Ministerial (fl. 130), a Delegacia da Receita Federal, através do ofício nº 299/SAFIS-FSL/DRF/JPA, informou não haver inclusão do contribuinte J THIAGO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA (Supermercado Atavarejo) em programa de ação fiscal, para o tributo Contribuições Previdenciárias.

Por conseguinte, uma vez demonstrado que não foi constituído o crédito tributário correspondente à sonegação de contribuição previdenciária, objeto de apuração do presente IPL, não há como o *Parquet Federal* deflagrar a persecução criminal com base tão somente em denúncias que não são acompanhadas por qualquer indício relevante, pois não restou configurada a materialidade do delito do art. 337-A do Código Penal.

A Juíza Federal, por sua vez, discordou da promoção de arquivamento, argumentando que (f. 148/149):

Pois bem, inicialmente registro que o entendimento pacificado do STF no sentido de que o lançamento definitivo do tributo é condição objetiva de punibilidade (a partir do HC 81.611), não impede que, a partir de outros elementos indiciários da existência de crime, seja instaurado inquérito policial para apuração de sonegação.

Com efeito, o entendimento supra mencionado visa somente evitar que haja instauração de inquérito antes mesmo da Administração firmar sua posição definitiva sobre a existência do tributo sonegado: ou seja, impedir que tão logo seja lançado o tributo e ainda na pendência de discussão administrativa, seja o contribuinte constrangido com a abertura de inquérito.

Contudo, tal entendimento não impede que, diante de notícia de crime de sonegação, seja instaurado o inquérito policial e, a partir de então, o fisco seja instado a fiscalizar uma empresa para aferir se houve sonegação. (...)

Remessa dos autos a esta 2ª CCR/MPF (CPP, artigo 28, c/c LC 75/93, artigo 62, inciso IV).

Sucintamente, é o relatório.

Com o devido respeito a eventual entendimento em sentido contrário, em especial o da Magistratura Federal lançada nestes autos, penso que assiste razão à Procuradora oficial.

O delito do artigo 337-A do Código Penal traduz crime de natureza material, cuja consumação depende de resultado naturalístico, qual seja, da supressão ou redução do tributo devido, o que só será possível após o término do procedimento administrativo fiscal, com a constituição definitiva do crédito tributário, condição objetiva de punibilidade, semelhante ao crime tipificado no artigo 1º da Lei 8.137/90.

Tanto é que as condutas descritas no artigo 337-A, incisos I, II e III, do Código Penal, antes da vigência da Lei 9.983/2000, enquadravam-se nos tipos penais previstos nos incisos I e II do artigo 1º da Lei 8.137/90, que trata da sonegação de tributos.

Assim, por identidade de razões, o entendimento esposado pelo STF no HC 81.611, quanto à necessidade de constituição definitiva do crédito tributário para o crime do artigo 1º da Lei 8.137/90, aplica-se também ao delito tipificado no artigo 337-A do Código Penal. Confira-se:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL ANTES DA CONCLUSÃO DE PROCEDIMENTO FISCAL. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PARCELAMENTO E QUITAÇÃO DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO. EQUIVÓCOS NA AÇÃO FISCALIZATÓRIA. REGULARIDADE DA DOCUMENTAÇÃO DA EMPRESA. BOA-FÉ DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE RECUSA NO FORNECIMENTO DOS DOCUMENTOS SOLICITADOS. IMPROPRIEDADE DO HABEAS CORPUS PARA REEXAME DE FATOS E PROVAS.

1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa é medida excepcional, justificando-se quando despontar, fora de dúvida, atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria, o que não ocorre no caso sob exame.
2. **Prática, em tese, do crime de sonegação de contribuição previdenciária [artigo 337-A do CP]. Isso em razão de o Superior Tribunal de Justiça ter afirmado que o processo administrativo fiscal foi julgado antes da instauração da ação penal, quando já constituído definitivamente o crédito tributário.**
3. Esta Corte decidiu que "[a] adesão ao Programa de Recuperação Fiscal - Refis não implica a novação, ou seja, a extinção da obrigação, mas mero parcelamento. Daí a harmonia com a Carta da República preceito a revelar a simples suspensão da pretensão punitiva do Estado, ficando a extinção do crime sujeita ao pagamento integral do débito - artigo 9º da Lei nº 10.684/2003" [RHC n. 89.618, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 9.3.07].
4. O impetrante, no caso, não demonstrou ter ocorrido a inclusão do débito tributário no programa de parcelamento, nem a quitação da dívida. Daí não ser possível a suspensão da pretensão punitiva ou a extinção da punibilidade.
5. As alegações concernentes (i) a equívocos na ação fiscalizatória, (ii) regularidade da documentação da empresa, (iii) boa-fé do paciente e (iv) ausência de recusa no fornecimento dos documentos solicitados demandam aprofundado reexame de fatos e provas, incompatível com o rito do habeas corpus. Ordem indeferida. (destaques do *Parquet*)

(HC 93351 / SP; Relator: Min. EROS GRAU; Julgamento: 02/06/2009
Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009)

Na linha do precedente da Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça tem acenado no sentido da revisão de sua jurisprudência, entendendo que o crime de sonegação previdenciária é material, e, por isso, exige a constituição definitiva do crédito tributário como condição de procedibilidade para a ação penal:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ESTELIONATO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A denúncia aponta a participação de liderança do recorrente em complexa organização criminosa, especificamente voltada para a sonegação fiscal, narrando fatos outros como a criação de empresas fantasmas e utilização de "laranjas" como sócios.
2. **É certo que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que os crimes definidos no art. 1º da Lei 8.137/90, por serem de natureza material ou de resultado, demandam, para sua caracterização, o lançamento definitivo do tributo, estabelecendo, assim, que o término do procedimento administrativo constitui-se em elemento essencial para a exigibilidade da obrigação tributária.**
3. Na mesma linha, o Pleno da Suprema Corte entendeu ser necessário também, em relação ao crime de apropriação indébita previdenciária, art. 168-A do Código Penal, a constituição definitiva do crédito tributário para que se dê inicio a persecução criminal, **raciocínio que também pode ser aplicado quanto ao delito de sonegação de contribuição previdenciária.**
4. In casu, o recorrente não comprovou se, na data do oferecimento da denúncia, os procedimentos fiscais de que aqui se cuida não haviam ainda chegado ao seu termo final. Também não logrou demonstrar a pendência, de fato, naquela ocasião, de qualquer recurso administrativo, em que, eventualmente, estaria sendo discutido a própria existência dos débitos tributários (ou mesmo do quantum devido), sobre os quais se funda a presente ação penal.
5. De qualquer forma, a denúncia não se cinge à acusação pura e simples de sonegação fiscal de pessoa jurídica legalmente constituída. Relata, ainda, a formação de quadrilha com o fim de suprimir tributo, integrada por dirigentes de diversas empresas, sendo que varias delas funcionava apenas como fachada para as práticas delituosas.
6. Ainda que assim não fosse, a questão da necessidade de conclusão do procedimento administrativo para o oferecimento da denúncia nos crimes contra a ordem tributária, assim como no delito de apropriação indébita previdenciária, não foi examinada pelo Tribunal de origem.
7. Ao contrário do que se sustenta, a peça acusatória preenche os requisitos insertos no art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo adequadamente as condutas delituosas, com apoio em elementos indiciários suficientes para a deflagração da persecução penal.
8. De outra parte, a via eleita não se presta para verificar se o paciente é, ou não, sócio, diretor ou gerente da empresa fantasma Phoenix

Administração e Participações Ltda., bem como se ele realmente tinha conhecimento e participação efetiva na empreitada criminosa, demonstração que caberá à defesa no decorrer da instrução criminal, momento adequado para a dilação probatória e esclarecimentos das questões controvertidas.

9. Recurso improvido.(destaques do *Parquet*)

(RHC 17702 / MT; Relator: Ministro OG FERNANDES; Órgão Julgador: SEXTA TURMA; Data do Julgamento: 16/04/2009; Data da Publicação/Fonte: DJe 04/05/2009)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. DELITO MATERIAL. PRÉVIO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. IMPRESCINDIBILIDADE. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. PRECEDENTE DO STF.

1. Nos termos do entendimento recente da Suprema Corte, os crimes de sonegação e apropriação indébita previdenciária também são crimes materiais, exigindo para sua consumação a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em dano para a Previdência.

2. O prévio esgotamento da via administrativa constitui, desse modo, condição de procedibilidade para a ação penal, sem o que não se vislumbra justa causa para a instauração de inquérito policial, já que o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, impedindo a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional.

3. No caso dos autos, constata-se o constrangimento ilegal, tendo em vista que o processo administrativo, no qual se imputou a existência de débitos tributários, ainda não havia chegado ao seu termo final, quando da instauração do inquérito policial para apurar a prática do suposto delito.

4. Ordem concedida para trancar o inquérito policial relativo à NFLD DEBCAD n.º 37.018.027-5, diante da ausência de justa causa para a sua instauração, por inexistir lançamento definitivo do débito fiscal, ficando suspenso o prazo prescricional até o julgamento definitivo do processo administrativo. (destaques do *Parquet*)

(HC 96348 / BA; Relator: Ministra LAURITA VAZ; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Data do Julgamento: 24/06/2008; Data da Publicação/Fonte: DJe 04/08/2008)

No caso dos autos, consoante informações prestadas à f. 138, **não houve constituição definitiva dos créditos tributários**, pois o contribuinte não foi incluído em programa de ação fiscal pela Delegacia da Receita Federal do Brasil.

Ausente, pois, justa causa para a investigação policial.

Em face do exposto, **voto pela insistência no arquivamento.**

Remetam-se os autos ao Juízo de origem, cientificando-se a Procuradora da República oficiante, com nossas homenagens.

Brasília-DF, 10 de junho de 2013.

Carlos Alberto Carvalho de Vilhena Coelho

Procurador Regional da República
Suplente – 2^a CCR/MPF

/GN