



MPF
FLS. _____
2ª CCR

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

VOTO Nº 3427/2017

PROCESSO MPF Nº 1.34.015.000034/2017-58

ORIGEM: PRM – SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP

PROCURADOR OFICIANTE: ELEOVAN CÉSAR LIMA MASCARENHAS

RELATORA: LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

NOTÍCIA DE FATO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI 8.137/90, ART. 2º, INCISO II). REVISÃO DE ARQUIVAMENTO (LC Nº 75/93, ART. 62, IV). TERMO A QUO A SER CONTADO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. PROSSEGUIMENTO DA INVESTIGAÇÃO.

1. Notícia de Fato instaurada para apurar a prática do crime contra a ordem tributária tipificado no art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.137/90, atribuído aos representantes legais de empresa que teriam deixado de recolher os valores de Imposto de Renda Retido na Fonte sobre Trabalho Assalariado, relativo aos meses de março a dezembro (inclusive 13º salário) de 2010, bem como o Imposto de Renda Retido na Fonte sobre Aluguéis, relativo aos meses de março a novembro de 2010, janeiro, fevereiro, maio, junho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2011 e janeiro, março, abril, maio, junho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2012.

2. O Procurador da República oficiante promoveu o arquivamento do feito por considerar que *“entre a data da consumação do crime, ou seja, a data da retenção indevida do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre Trabalho Assalariado e sobre Aluguéis, até a presente data, já decorreram mais de 04 (quatro) anos, tendo ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, visto que se trata de crime formal”*.

3. Os autos foram encaminhados à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, nos termos do art. 62, IV, da LC 75/93.

4. Verifica-se que se trata de um crime de conduta mista que para se aperfeiçoar pede duas condutas, uma comissiva, antecedente, a saber o ato de descontar ou cobrar determinado valor e, a seguir, tendo feito o desconto ou a cobrança deixar de recolher no prazo legal o valor objeto da cobrança ou desconto, vale dizer não pagar no vencimento. Esta última conduta é omissiva.

5. Este tipo penal é idêntico ao do art. 168-A do Código Penal, que também é de conduta mista, difere apenas em que um se dirige aos tributos em geral enquanto o outro se destina especificamente a contribuições previdenciárias.

6. Ambos têm a mesma natureza do tipo do art. 1º da Lei nº 8.137/90, culminam em não se pagar o devido ao Fisco, lesando a Fazenda Pública. O tipo do art. 1º, também é de conduta mista e de resultado, assim se aplica a Súmula Vinculante 24 do STF, ao outro, por identidade de razões se há de dar o mesmo tratamento, ubi eadem ratio, ibi idem jus, data venia.

7. O Superior Tribunal de Justiça, acerca da conduta típica do art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, entendeu que: *“O termo a quo para a contagem do prazo prescricional em relação ao crime previsto no art. 2º da Lei n. 8.137/1990 é o momento da constituição definitiva do crédito tributário, elemento imprescindível para o desencadeamento da ação penal”*. (STJ – HC 236.376/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/11/2012, DJe 01/02/2013)

8. *“Assim, em se considerando que apenas com a constituição definitiva do crédito tributário está presente a justa causa para a ação penal, a partir deste momento é que se passará a transcorrer a prazo prescricional, visto que a pretensão punitiva depende da verificação da condição objetiva de punibilidade.”* (STJ - RHC 20.234/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2007, DJ 01/10/2007, p. 289)

9. Dessa forma, no caso dos autos, tendo em vista que o crédito tributário foi constituído apenas em 03/2015, evidencia-se a não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, que se verificará apenas em 03/2019.

10. Não homologação do arquivamento e designação de outro Membro do Ministério Público Federal para dar prosseguimento na investigação.

Trata-se de Notícia de Fato instaurada para apurar a prática do crime contra a ordem tributária tipificado no art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.137/90, atribuído aos representantes legais da empresa SIDNEY PARDO & CIA LTDA., que teriam deixado de recolher os valores de Imposto de Renda Retido na Fonte sobre Trabalho Assalariado, relativo aos meses de março a dezembro (inclusive 13º salário) de 2010, bem como o Imposto de Renda Retido na Fonte sobre Aluguéis, relativo aos meses de março a novembro de 2010, janeiro, fevereiro, maio, junho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2011 e janeiro, março, abril, maio, junho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2012 (Demonstrativo de Apuração, fls. 147/150).

O Procurador da República Eleovan César Lima Mascarenhas promoveu o arquivamento do feito com fundamento na prescrição da pretensão punitiva estatal, sob os seguintes argumentos:

“De acordo com o art. 109, inciso V, do Código Penal, ocorre a prescrição em “4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois)”.

Ocorre que entre a data da consumação do crime, ou seja, a data da retenção indevida do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre Trabalho Assalariado e sobre Aluguéis, até a presente data, já decorreram mais de 04 (quatro) anos, tendo ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, visto que se trata de crime formal. (Fl. 175.)

Os autos foram encaminhados à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, nos termos do art. 62, IV, da LC 75/93.

É o relatório.

Com a devida vênia do Procurador da República oficiante o arquivamento é prematuro.

O tipo penal está assim redigido:

II - **deixar de recolher**, no prazo legal, **valor** de tributo ou de contribuição social, **descontado ou cobrado**, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

Verifica-se que se trata de um crime de conduta mista que para se aperfeiçoar pede duas condutas, uma comissiva, antecedente, a saber o ato de descontar ou cobrar determinado valor e, a seguir, tendo feito o desconto ou a cobrança deixar de recolher no prazo legal o valor objeto da cobrança ou desconto, vale dizer não pagar no vencimento. Esta última conduta é omissiva.

Este tipo penal é idêntico ao do art. 168-A do Código Penal, que também é de conduta mista, difere apenas em que um se dirige aos tributos em geral enquanto o outro se destina especificamente a contribuições previdenciárias.

Ambos têm a mesma natureza do tipo do art. 1º da Lei nº 8137/90, culminam em não se pagar o devido ao Fisco, lesando a Fazenda Pública. O tipo do art. 1º. também é de conduta mista e de resultado, assim se a um se aplica a Súmula Vinculante 24 do STF, ao outro, por identidade de razões se há de dar o mesmo tratamento, *ubi eadem ratio, ibi idem jus, data venia*.

O Superior Tribunal de Justiça, acerca da conduta típica do art. 2º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90, entendeu que: *“O termo a quo para a contagem do prazo prescricional em relação ao crime previsto no art. 2º da Lei n. 8.137/1990 é o momento da constituição definitiva do crédito tributário, elemento imprescindível para o desencadeamento da ação penal”*. Eis a ementa do referido julgado na íntegra:

“HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. DISCUSSÃO ACERCA DO MOMENTO EM QUE OCORRE A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. SÚMULA 436/STJ. ENTREGA DE DECLARAÇÃO DO CONTRIBUINTE PERANTE O FISCO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA MODALIDADE RETROATIVA. CONFIGURAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O termo a quo para a contagem do prazo prescricional em relação ao crime previsto no art. 2º da Lei n. 8.137/1990 é o momento da

constituição definitiva do crédito tributário, elemento imprescindível para o desencadeamento da ação penal.

2. Segundo o enunciado na Súmula 436/STJ, editada pela Primeira Seção, a entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.

3. O que impulsionou esta Corte Superior de Justiça a editar a Súmula 436/STJ foi o reiterado entendimento de que a simples apresentação pelo contribuinte de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) ou de Guia de Informação e Apuração do ICMS (GIA), ou de outro documento equivalente, determinada por lei, possui o condão de constituir o crédito tributário, independentemente de qualquer outro tipo de procedimento a ser executado pelo Fisco. É que, para este Superior Tribunal, a partir do momento em que há o depósito da GIA pelo próprio contribuinte, a Fazenda já se encontra apta a executar o crédito por ele declarado.

4. Na espécie dos autos, verifica-se que o próprio paciente (contribuinte) declarou o débito por meio de GIA, ou de Declaração do ICMS e do Movimento Econômico (DIME), remetendo-a ao Fisco estadual, apenas deixando de recolher, no prazo legal, o ICMS devido ao Erário estadual.

5. Verificando-se que houve a entrega de declaração (GIA ou DIME) pelo próprio contribuinte, ora paciente, reconhecendo o débito fiscal, e uma vez que essa declaração constitui o crédito tributário (Súmula 436/STJ), deve-se considerar como termo inicial da contagem do prazo prescricional do crime praticado pelo paciente o momento em que houve a declaração do acusado perante o Fisco, e não o momento em que o débito foi inscrito em Dívida Ativa.

6. No caso, verifica-se que já houve o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e que foi aplicada ao paciente pena de 8 meses de detenção, substituída por uma restritiva de direito. O prazo prescricional incidente no caso, portanto, é de 2 anos, nos termos do art. 110, § 1º, c/c o art. 109, VI e parágrafo único, ambos do Código Penal, na redação anterior à Lei n. 12.434/2010.

7. Constatando-se que, entre a declaração pelo paciente dos tributos perante o Fisco (evento que constitui o termo inicial da contagem do prazo prescricional do crime praticado) e o recebimento da denúncia, transcorreu período superior a 2 anos, forçoso é o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, em relação ao fato delituoso objeto da Notificação Fiscal n. 66030124983.

8. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade do paciente em relação à imputação de prática do crime tipificado no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, objeto da Notificação Fiscal n. 66030124983, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, com fundamento no art. 107, IV, c/c o art. 109, VI e parágrafo único (redação anterior à Lei n. 12.234/2010), e nos arts. 110, § 1º, e 114, II, todos do Código Penal.” (STJ - HC 236.376/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2012, DJe 01/02/2013).

Ainda, no mesmo sentido:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 2º, INCISO II, DA LEI Nº 8.137/90. DENÚNCIA QUE IMPUTA AO PACIENTE A PRÁTICA, EM TESE, DE CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL DE IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - IRPF E IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO À SUPOSTA SONEGAÇÃO DE IRPF. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA ESPECIFICAMENTE NO QUE TOCA À POSSÍVEL SONEGAÇÃO FISCAL DO IPI. DENÚNCIA OFERECIDA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

I - O Plenário do Pretório Excelso ao julgar o HC 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 13/05/2005, firmou o entendimento, que posteriormente veio a ser seguido também nesta Corte, de que nos crimes contra a ordem tributária a constituição definitiva do crédito tributário e conseqüente reconhecimento de sua exigibilidade (an debeat) e valor devido (quantum debeat) configura uma condição objetiva de punibilidade, ou seja, se apresenta como um requisito cuja existência condiciona a punibilidade do injusto penal. (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte).

II - Dessarte, o início da *persecutio criminis in iudicio*, ou até mesmo a instauração de inquérito policial somente se justificam após a constituição definitiva do crédito tributário, sendo flagrante o constrangimento ilegal decorrente da inobservância deste dado objetivo.

III - Assim, em se considerando que apenas com a constituição definitiva do crédito tributário está presente a justa causa para a ação penal, a partir deste momento é que se passará a transcorrer a prazo prescricional, visto que a pretensão punitiva depende da verificação da condição objetiva de punibilidade. Portanto, não há como acolher a irresignação posta nas razões do recurso visto que, até aqui, não se verificou a fluência de prazo suficiente para a declaração de extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva, razão pela qual, neste ponto a objurgada ação penal deve prosseguir.

Recurso parcialmente provido para se para determinar o trancamento da ação penal nº 2006.61.14.000064-4 em trâmite perante o MM. Juízo Federal da 1ª Vara de São Bernardo do Campo/SP apenas na parte relativa ao IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados, dada a ausência de constituição definitiva do crédito tributário, prosseguindo-se, contudo, no que concerne à apuração de possível crime de sonegação fiscal no que toca ao IRPF - Imposto de Renda.” (STJ - RHC 20.234/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2007, DJ 01/10/2007, p. 289)

Dessa forma, no caso dos autos, tendo em vista que o crédito tributário foi constituído apenas em 03/2015, evidencia-se a não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, que se verificará apenas em 03/2019.

Com essas considerações, voto pela designação de outro membro do Ministério Público Federal para prosseguir na investigação.

Encaminhem-se os autos ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de São Paulo para cumprimento, cientificando-se o Procurador da República oficiante, com as homenagens de estilo.

Brasília/DF, 8 de maio de 2017.

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN
Subprocuradora-Geral da República
Coordenadora – 2ª CCR

/T.