



ACÓRDÃO Nº _____.
SECRETARIA DA SEÇÃO DE DIREITO PENAL
HABEAS CORPUS PARA TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL COM PEDIDO DE LIMINAR.
COMARCA DE ORIGEM: BELÉM/PA.
PROCESSO: Nº 0011130-64.2016.8.14.0000.
IMPETRANTE: PAULO EDUARDO SAMPAIO PEREIRA (OAB/PA Nº 7.529).
PACIENTE: WALDA BRITTO CARDOSO.
AUTORIDADE COATORA: JUÍZO DE DIREITO DA 13ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL.
PROCURADORIA DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO: CLÁUDIO BEZERRA DE MELO.
RELATORA: JUÍZA CONVOCADA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.

EMENTA

HABEAS CORPUS PARA TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL OU SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. ARTIGO 1º, INCISOS I E IV, DA LEI Nº 8.137/1990. CRIME MATERIAL CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA.

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL DEVIDO A MANIFESTA A AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL E A FALTA DE JUSTA CAUSA PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL OU SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL NOS TERMOS DO ART. 93 DO CPP. A SOCIEDADE EMPRESÁRIA F. CARDOSO & CIA, LTDA., DA QUAL A PACIENTE É SÓCIA MAJORITÁRIA, ESTAVA SUBMETIDA AO TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO NO TOCANTE AO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (ICMS) POR MEIO DO TERMO DE ACORDO Nº 009/2008. NOS TERMOS DA CLÁUSULA QUINTA DO TERMO DE ACORDO, ESSE TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO TERIA VALIDADE PELO PRAZO DE 6 MESES, PRAZO ESTE QUE FOI PRORROGADO ATRAVÉS DO ADITIVO DE PRORROGAÇÃO AO TERMO DE ACORDO Nº 9/2008. DEPOIS, A EMPRESA PROTOCOLOU OUTROS DOIS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO AO TERMO DE ACORDO Nº 9/2008, MAS A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ NÃO PROFERIU DECISÃO SOBRE TAIS REQUERIMENTOS, NEM MESMO EM MAIO DE 2010, QUANDO DO ENQUADRAMENTO DA F. CARDOSO & CIA. LTDA EM NOVO REGIME TRIBUTÁRIO ESPECIAL (TERMO DE ACORDO Nº 86/2010), SENDO A REFERIDA EMPRESA AUTUADA POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS, JUSTAMENTE, NO PERÍODO DE AUSÊNCIA DE ADITIVO DE PRORROGAÇÃO. NESTE CASO PARTICULAR, ENTENDO QUE A AÇÃO PENAL NÃO DEVE SER TRANCADA, POIS APESAR DA EXISTÊNCIA DO DEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA PARA DETERMINAR A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PELO JUÍZO DA 3ª VARA DE EXECUÇÃO FISCAL DE BELÉM, ESTA DECISÃO POSSUI NATUREZA PROVISÓRIA, POR CONSEQUENTE, O CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO FOI DEFINITIVAMENTE DESCONSTITUÍDO. ENTRETANTO, INSTA SUBLINHAR QUE TRAMITA PERANTE O DOUTO JUÍZO DA 3ª VARA DE EXECUÇÃO FISCAL DE BELÉM A AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL (PROCESSO Nº 0001053-97.2015.814.0301), AJUIZADA PELA EMPRESA F. CARDOSO E CIA LTDA



VISANDO INVALIDAR O AUTO DE INFRAÇÃO Nº 012010510001348-1, QUE CONSTITUIU O CRÉDITO TRIBUTÁRIO SOBRE O QUAL SUPOSTAMENTE INCIDIU A AÇÃO CRIMINOSA DA ORA PACIENTE. ASSIM, AINDA CABE DISCUSSÃO NO JUÍZO CÍVEL QUANTO À LEGALIDADE DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO FISCAL, VERIFICANDO-SE A PRESENÇA DE QUESTÃO PREJUDICIAL, CONSISTENTE NA PENDÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL DEFINITIVA DE QUESTÃO CÍVEL, COM INTERFERÊNCIA DIRETA NA EXISTÊNCIA DA PRÓPRIA INFRAÇÃO PENAL, RECOMENDÁVEL, NA ESPÉCIE, A APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 93 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, DETERMINANDO-SE A SUSPENSÃO DO PROCESSO CRIMINAL ATÉ O DESLINDE FINAL DA QUESTÃO CÍVEL, NÃO CORRENDO O PRAZO PRESCRICIONAL NO PERÍODO. RESSALTA-SE QUE NÃO SE DESCONHECE O ENTENDIMENTO ASSENTE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, SEGUNDO O QUAL, "A PENDÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PERANTE O PODER JUDICIÁRIO NÃO OBRIGA A SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL, DADA A INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS" (AGRG NO RESP 1504695/RS, REL. MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, JULGADO EM 1/12/2015, DJE 11/12/2015). NO ENTANTO, EXISTEM JULGADOS NO PRÓPRIO STJ QUE ADMITEM A SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL, CONSIDERANDO O CASO EM CONCRETO.

HABEAS CORPUS CONCEDIDO EM PARTE APENAS PARA SUSPENDER A AÇÃO PENAL NOS TERMOS DO ART. 93 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO CÍVEL, NÃO CORRENDO O PRAZO PRESCRICIONAL NO PERÍODO, NOS TERMOS DO ART. 116, I, DO CÓDIGO PENAL.

ACÓRDÃO

Vistos e etc.

Acordam, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes das Egrégias Câmaras Criminais Reunidas, por unanimidade, em conhecer o Habeas Corpus e, no mérito, conceder a ordem apenas para suspender a ação penal nos termos do art. 93 do código de processo penal, até o trânsito em julgado da ação cível, não correndo o prazo prescricional no período, com base no art. 116, I, do Código Penal, nos termos do voto da Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Pará, aos dezesseis dias do mês de janeiro do ano de dois mil e dezessete.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rômulo Nunes.

Belém/PA, 16 de janeiro de 2017.

Relatora ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.
Juíza Convocada.



SECRETARIA DA SEÇÃO DE DIREITO PENAL
HABEAS CORPUS PARA TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL COM PEDIDO DE LIMINAR.

COMARCA DE ORIGEM: BELÉM/PA.

PROCESSO: N° 0011130-64.2016.8.14.0000.

IMPETRANTE: PAULO EDUARDO SAMPAIO PEREIRA (OAB/PA N° 7.529).

PACIENTE: WALDA BRITTO CARDOSO.

AUTORIDADE COATORA: JUÍZO DE DIREITO DA 13ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL.

PROCURADORIA DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO: CLÁUDIO BEZERRA DE MELO.

RELATORA: JUÍZA CONVOCADA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.

RELATÓRIO

Trata-se de Habeas Corpus para trancamento da ação penal com pedido de liminar impetrado pelo advogado Paulo Eduardo Sampaio Pereira em favor de Walda Brito Cardoso, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 13ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

Narrou o impetrante (fls. 2-10) que a paciente sofre constrangimento ilegal porque no dia 19/5/2016 a parte impetrada recebeu denúncia por meio da qual o Ministério imputou à paciente a prática de crime material contra ordem tributária, nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.137/1990.

Relatou que a tipificação penal tem como base o fato da paciente, na condição de sócia da sociedade empresária F. CARDOSO & CIA LTDA., ter utilizado créditos inexistentes de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) nos meses de janeiro a abril de 2010.

Esclareceu que, com base no Termo de Acordo nº 9/2008, celebrado com o Estado do Pará, a F. CARDOSO & CIA LTDA. estava enquadrada em regime tributário especial que a autorizava a presumir crédito, de forma que a carga tributária resultasse em 3%.

Esclareceu que o Termo de Acordo nº 9/2008 possuía validade pelo prazo de 6 meses, razão pela qual, no dia 30/6/2009, foi solicitada a prorrogação da sua validade, pleito que foi deferido, resultando na celebração do Aditivo de Prorrogação ao Termo de Acordo nº 9/2008, o qual passou a ter validade até 31/8/2009 e convalidou os atos pretéritos praticados com base no Termo de Acordo nº 9/2008.

Observou que no dia 25/8/2009, antes de expirar a validade da prorrogação do regime especial, a F. CARDOSO & CIA LTDA. solicitou nova prorrogação do benefício tributário. Assim, por força da falta de resposta da parte da Fazenda Pública Estadual, reiterou o pedido de prorrogação no dia 2/2/2010, sendo que novamente a Fazenda Pública Estadual quedou-se inerte.

Aduziu que diante da edição do Decreto Estadual nº 2.164/2010, a F.



CARDOSO & CIA LTDA. requereu a inclusão em novo regime tributário especial, o que foi deferido pela Fazenda Pública, entretanto, sem expressar decisão sobre os atos praticados pela sociedade empresária no período em que estavam pendentes de análise dois pedidos de prorrogação ao Termo de Acordo nº 8/2009 (materializados nos processos administrativos nº 00200997300128829 e 012010730002470-0).

Sublinhou que os atos praticados durante o período em que estavam pendentes os pedidos de prorrogação ao Termo de Acordo nº 9/2008 ensejaram a lavratura de Auto de Infração Fiscal pelos Auditores Fiscais da Secretaria de Fazenda do Estado do Pará contra a F. CARDOSO & CIA LTDA., no qual restou apontado como indevido o crédito presumido de ICMS nas operações com medicamentos porque o Termo de Acordo nº 9/2008 e seu respectivo aditivo estavam vencidos.

Observou que a F. CARDOSO & CIA LTDA. ajuizou ação anulatória do crédito tributário, de modo que, em 10/2/2015, o Juízo de Direito da 3ª Vara de Execução Fiscal (processo nº 0001053-97.2015.8.14.0301) concedeu antecipação dos efeitos da tutela de mérito, em ordem a suspender a exigibilidade do crédito tributário decorrente do Auto de Infração e Notificação Fiscal nº 012010510001348-1 até decisão final no feito.

Destacou que na época do recebimento da denúncia pela parte impetrada a exigibilidade do crédito tributário decorrente do Auto de Infração Fiscal no qual se alicerçou a imputação de crime tributário já estava suspensa por força da concessão de tutela antecipada na ação anulatória do crédito tributário, razão pela qual o Juízo de Direito da 13ª Vara Criminal da Capital deveria ter rejeitado a denúncia por força da incidência do princípio da dupla tipicidade no campo do Direito Penal Tributário.

Seguindo essa linha de compreensão, o impetrante requereu o trancamento da ação penal por falta de justa causa para o exercício da ação penal e, subsidiariamente, a suspensão do curso da ação penal até resolução definitiva da questão tributária, haja vista estar configurada questão prejudicial ao processamento e julgamento da pretensão veiculada na ação penal. Além disso, pleiteou a concessão de liminar. Juntou documentos às fls. 11-78.

Os autos foram inicialmente distribuídos para Desembargadora Maria Edwiges Miranda Lobato (fls. 79), mas, por força do regular afastamento da magistrada (fls. 81), verificou-se a redistribuição do feito para o Desembargador Leonam Gondim da Cruz Júnior (fls. 82), que indeferiu o pedido de liminar por não vislumbrar a presença dos requisitos autorizadores da tutelar cautelar, solicitando, em ato contínuo, informações à autoridade coatora (fl. 84).

Em sede de informações (fls. 87-88), a parte impetrada esclareceu, em síntese, que o paciente foi denunciado pela prática, em tese, do crime tipificado no artigo 1º, incisos I e II, c/c artigo 12, inciso I, da Lei nº 8.137/1990 e c/c artigos 71, caput, e 91, ambos do Código Penal.



Relatou que a denúncia foi recebida em 19/5/2016, sendo determinada à citação da ora paciente, a qual ofereceu resposta prévia em 17/7/2016, arguindo, em resumo, que não foi notificada ou ouvida no processo administrativo, que não foi inscrita em dívida ativa, que a sociedade empresa estava enquadrada em regime tributário especial, cujos atos objeto de autuação foram praticados na pendência da sua renovação pela SEFA, que a denúncia seria inepta por ausência de individualização da conduta da paciente; que a ré não possui conhecimento técnico sobre tributação, de modo que não detinha o domínio do fato, que não existiu dolo na conduta, que a conduta seria atípica.

Narrou que a paciente apontou que era detentora de tratamento diferenciado para pagamento de ICMS por conta de Acordos celebrados com a SEFA, enquanto o Fisco apurou que a contribuinte utilizou crédito inexistente destacado em documento fiscal que não corresponde a uma efetiva operação de circulação de mercadorias.

Sustentou a inexistência de suporte probatório para que pudesse agasalhar a tese defensiva, mesmo porque o procedimento administrativo juntado aos da ação penal evidencia que no período objeto de autuação (1/2010 a 4/2010) a contribuinte estava sem o amparo de regime tributário especial, só vindo obter o enquadramento em novo regime tributário diferenciado a partir de 18/5/2010, por ocasião da celebração do regime especial nº 86/2010.

Afirmou, diante desse cenário, que vislumbrou indícios de autoria delitiva e prova da materialidade de crime contra ordem tributária.

Informou que a instrução criminal está designada para o dia 30/1/2017 e que, por não ter sido constatada a certidão de Inscrição em Dívida Ativa, foi determinado que o Ministério Público efetuasse a juntadas aos autos desse título executivo e, em caso negativo, fosse realizada a conclusão dos autos.

Nesta Superior Instância (fls. 90-97), a Procuradoria de Justiça de Justiça do Ministério Público Estadual, por intermédio do Procurador de Justiça Cláudio Bezerra de Melo, manifestou-se pela denegação do Habeas Corpus por não vislumbrar o constrangimento ilegal descrito na exordial, argumentando, em síntese, que, a teor da Súmula nº 24 do Supremo Tribunal Federal, a conclusão do processo administrativo de lançamento é suficiente para tipificação de crime contra ordem tributária e que, por força da independência entre as instâncias civil e penal, inexistente óbice ao ajuizamento de ação penal mesmo em face da preexistente de tutela antecipada suspendendo a exigibilidade do crédito tributário nos autos de ação anulatória de crédito tributário.

Em virtude do regular afastamento do Desembargador Leonam Gondim da Cruz Júnior (fls. 99), os autos foram redistribuídos ao Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes (fls. 100).



Em face do afastamento do Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes para gozo de férias (fls. 102), os presentes autos vieram para mim redistribuídos em 21/11/2016 (fls. 103).

É o relatório.

Passo a proferir o voto.

VOTO

Conforme relatado, o objeto deste Habeas Corpus consiste no trancamento da ação penal e, subsidiariamente, na suspensão da ação penal pela presença de questão prejudicial heterogênea, nos termos do artigo 93 do Código de Processo Penal.

Adianto que a pretensão de trancamento da ação penal não merece prosperar, entretanto, entendo que a ação penal deve ser suspensa até o trânsito em julgado da ação cível, conforme razões jurídicas a seguir expostas.

Antes de examinar a matéria de direito de que depende a resolução da pretensão veiculada nesta impetração, cumpre delinear o quadro fático que ensejou a imputação penal de crime contra ordem tributária e que está evidenciado pela prova documental anexada aos autos.

A sociedade empresária F. Cardoso & Cia, LTDA., da qual a paciente é sócia majoritária, estava submetida ao tratamento tributário diferenciado no tocante ao recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços – ICMS –, concedido pela Secretaria de Fazenda do Estado do Pará – SEFA/PA – a todos os empresários atuantes no segmento atacadista de medicamentos que cumprissem os requisitos para obtenção do benefício tributário.

O Termo de Acordo nº 009/2008, celebrado em 27/3/2008 entre a Fazenda Pública do Estado do Pará e a F. Cardoso & Cia. LTDA (fls. 58-60), na cláusula quarta, conferiu a tal sociedade empresária o direito de adotar, nas operações internas de saída de determinados medicamentos, crédito presumido no percentual de 82,35294%, calculado sobre o débito fiscal do ICMS, de forma que a carga tributária resultasse em 3%. Nos termos da cláusula quinta do Termo de Acordo, esse tratamento tributário diferenciado teria validade pelo prazo de 6 meses, a contar de 1/4/2008.

No dia 30/6/2009, a F. Cardoso & Cia. LTDA. requereu à Fazenda Pública do Estado do Pará a renovação do Termo de Acordo nº 9/2008 (fls. 61).

O aditivo de prorrogação ao Termo de Acordo nº 9/2008 (fls. 62) foi celebrado no dia 23/7/2009, de sorte a estender o prazo de validade do benefício tributário até o dia 31/8/2009, além de convalidar os atos praticados no período de 1/1/2009 a 23/7/2009.



A F. Cardoso & Cia. LTDA., em 24/8/2009, formulou perante à Fazenda Pública do Estado do Pará novo requerimento visando a renovação do Termo de Acordo nº 9/2008 (fls. 64) e, em 29/1/2010, reiterou tal pedido (fls. 67), haja vista a falta de decisão administrativa sobre o pleito.

Em 17/3/2010, a F. Cardoso & Cia. LTDA., com base no Decreto nº 2.164 de 8/3/2010, protocolou requerimento de inclusão no novo regime especial para o segmento atacadista de medicamentos (fls. 70), sendo celebrado o Termo de Acordo nº 86/2010, assinado em 12/5/2010, e, após pedido de renovação protocolado em 19/10/2010 (fls. 76), foi firmado, ainda, em 10/11/2010, o Aditivo de Prorrogação ao Regime Especial nº 86/2010 (fls.78).

Convém mencionar, ainda, que, em sede de decisão de antecipação dos efeitos da tutela de mérito, proferida em 10/2/2015, no bojo da ação anulatória do crédito tributário (fls. 32-37), o Juízo de Direito da 3ª Vara de Execução Fiscal de Belém asseverou que a sociedade empresária F. Cardoso & Cia. LTDA protocolou dois pedidos de prorrogação ao Termo de Acordo nº 9/2008, ensejando a instauração dos processos administrativos nº 012009730019128-1 e 012010730002470-0, mas a Fazenda Pública do Estado do Pará não proferiu decisão sobre tais requerimentos, nem mesmo em maio de 2010, quando do enquadramento da F. Cardoso & Cia. LTDA em novo Regime Tributário Especial (Termo de Acordo nº 86/2010), salientando que, embora fosse praxe a convalidação dos atos praticados com base no regime especial, o Estado não apresentou manifestação no tocante ao período de janeiro de 2010 à abril de 2010, objeto da autuação fiscal impugnada.

Esse é o quadro fático suficiente para o exame do pedido de trancamento da ação penal por meio da qual o Ministério Público imputou a paciente o cometimento, em tese, de crime material contra ordem tributária (sonegação de ICMS).

Consoante observou a Procuradoria de Justiça do Ministério Público, em sede de parecer, notadamente às fls. 92, a hipótese dos autos deve ser analisada sob o influxo do Direito Tributário e dos seus reflexos no Direito Penal, salientando-se que a prova documental é bastante para propiciar o exame da pretensão em enfoque na impetração.

É de conhecimento comum que o trancamento de ação penal por meio da impetração de Habeas Corpus somente pode ser admitido em situações excepcionais, nas quais sejam manifestas a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção da punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria e prova da materialidade delitiva.

O entendimento exposto está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA E INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. [...]. ORDEM



DENEGADA. [...] O trancamento de ação penal, principalmente por meio de habeas corpus, é medida reservada a hipóteses excepcionais, como a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas (HC 91.603, rel. Ellen Gracie, DJe-182 de 25.09.2008), o que não é caso. Daí por que a existência ou não de justa causa, no caso, deve ser discutida no âmbito da ação penal já iniciada. (...).
(STF. HC N° 100.246, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Publicação: 12/04/2011)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. ATIPICIDADE. NEGATIVA DE AUTORIA. APROFUNDADA INCURSÃO PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. (...). I. O remédio heroico é medida excepcional para o trancamento de investigações e instruções criminais, apenas quando restar demonstrada, inequivocadamente, a absoluta falta de provas, a atipicidade da conduta ou a ocorrência de causa extintiva da punibilidade. Precedentes. (...). III. Os argumentos de atipicidade da conduta e negativa de autoria resumem-se em alegação de inocência, questão cujo deslinde pressupõe análise de mérito e necessária incursão probatória, inviável na via estreita do mandamus. [STJ. RHC 29.241/MS. Rel. Min. GILSON DIPP. DJe: 24/5/2012]

A jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça também está edificada no sentido de apenas admitir em hipóteses excepcionais o trancamento de ação penal por meio da impetração de Habeas Corpus, confira-se:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. [...]. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. [...].

4. o trancamento de procedimento investigatório ou de ação penal só é possível quando estiverem comprovadas, desde logo, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa, não sendo possível aplicar o instituto em decorrência de suspeição de magistrado. 5. Ordem conhecida e denegada.

(acórdão n° 165.707, Rel. RONALDO MARQUES VALLE, Órgão Julgador CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Julgado em 10/3/2016, Publicado em 10/6/2016)

Neste caso particular, entendo que a ação penal não deve ser trancada, pois apesar do deferimento de tutela antecipada para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo juízo da 3ª Vara de Execução Fiscal de Belém, esta decisão possui natureza provisória, por conseguinte, o crédito tributário não foi definitivamente desconstituído.

Entretanto, insta sublinhar que tramita perante o douto juízo da 3ª Vara de Execução Fiscal de Belém a ação anulatória de débito fiscal (processo n° 0001053-97.2015.814.0301), ajuizada pela empresa F. CARDOSO E CIA LTDA visando invalidar o Auto de Infração N° 012010510001348-1, que constituiu o crédito tributário sobre o qual supostamente incidiu a ação criminosa da ora paciente.



Assim, ainda cabe discussão no juízo cível quanto à legalidade do lançamento do crédito fiscal, verificando-se a presença de questão prejudicial, consistente na pendência de decisão judicial definitiva de questão cível, com interferência direta na existência da própria infração penal, recomendável, na espécie, a aplicação do disposto no art. 93 do Código de Processo Penal, determinando-se a suspensão do processo criminal até o deslinde final da questão cível.

O eventual reconhecimento pelo juízo natural da procedência das alegações de nulidade do lançamento tributário, além de implicar inexecutabilidade do crédito tributário e, portanto, impossibilidade da Fazenda Estadual concretizar a cobrança judicial da dívida por intermédio da ação de execução fiscal, obstará a persecução penal e a própria condenação por crime contra ordem tributária.

Isso porque o reconhecimento de infração tributária constitui pressuposto para a existência de delito fiscal. Em outras palavras, a existência de transgressão ao dever tributário (sonegação fiscal) é questão prejudicial para a ocorrência de crime fiscal, haja vista que no campo do Direito Penal Tributário há de ser observado o princípio da dupla tipicidade: o fato deve constituir, ao mesmo tempo, infração tributária e crime tributário;

Nesse contexto, é possível inferir que o encerramento do procedimento administrativo-fiscal de lançamento constitui condição objetiva de punibilidade justificada pela necessidade de definir a existência do crédito tributário, de modo a demonstrar a certeza da materialidade do fato típico, bem como pela necessidade de fixar o quantum debeat, a fim de conferir executabilidade às medidas de política criminal da suspensão da pretensão punitiva estatal pelo parcelamento do débito e da extinção da punibilidade do agente pelo pagamento da dívida.

Eventualmente anulado, o procedimento administrativo de lançamento, restará desconstituído o crédito tributário correspondente à obrigação tributária afirmada pelo Fisco, sendo cediço que a inexistência de tributo exigível implicará falta de justa causa para a ação penal relativa a crime contra a ordem tributária.

Conforme mencionado anteriormente, no âmbito do Direito Penal Tributário, o encerramento do procedimento administrativo-fiscal constitui condição objetiva de punibilidade: o lançamento é o instrumento por meio do qual o Estado confere exigibilidade à obrigação tributária, tornando líquido e certo o tributo reclamado pela Fazenda Pública. Inexistindo o crédito tributário, incerta e ilíquida será a obrigação tributária, de modo que não haverá que se cogitar em crime contra a ordem tributária antes do encerramento do lançamento.

Em que pese a independência das instâncias administrativa, cível e criminal, é mister recordar que a questão em apreciação (violação do dever tributário de colaboração e informação para com o fisco ou, em outros termos,



sonegação fiscal) situa-se no plano material: diz respeito à antijuridicidade, conceito transversal, válido para todos os ramos do direito, consistente na qualidade de uma forma de comportamento proibida pelo ordenamento jurídico.

Desse modo, a violação de uma norma proibitiva emanada de um ramo do direito tem o condão de afetar todo o sistema jurídico. Nesse quadrante, deve haver cautela por parte do julgador no que tange ao exame da imputação de crime contra ordem tributária, mormente quando pendente a apreciação no juízo natural da alegação de nulidade do procedimento de lançamento e do ato administrativo de inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa, a fim de que não sobrevenha condenação criminal sem que haja decisão definitiva sobre a existência de tributo devido, sobretudo diante da possibilidade de ser proferida decisão reconhecendo a ilegalidade da constituição do crédito tributário.

Além disso, por força do princípio da dupla tipicidade, é curial destacar que, no campo dos crimes contra a ordem tributária, a configuração do crime fiscal dependerá, necessariamente, da prévia existência de infração tributária, reconhecida mediante procedimento administrativo-fiscal destinado à constituição do crédito tributário correspondente a uma obrigação tributária descumprida pelo sujeito passivo da relação jurídico-tributária, conforme explicitado anteriormente. Por isso, a decisão administrativa ou judicial relativa à regularidade ou não do procedimento administrativo de lançamento sempre interessará à esfera penal, afinal, somente haverá crime contra a ordem tributária se existir, previamente, violação às obrigações tributárias, cuja constatação pelo juízo criminal é imprescindível. Sobre o tema, os doutrinadores Cezar Roberto Bitencourt e Luciana de Oliveira Monteiro (Crimes contra a Ordem Tributária. Editora Saraiva: p. 56) pontificam, in verbis:

(...) é impossível existir crime tributário de qualquer espécie sem que, simultaneamente, configure transgressão de dever tributário (ilícito fiscal). Contudo, a recíproca não é verdadeira: poderá haver infringência de norma tributária (não pagamento de tributo, ou pagamento insuficiente), configurando antijuridicidade tributária, sem que se configure, ao mesmo tempo, fato delituoso. O ilícito tributário é pressuposto do ilícito penal! Dito de outra forma, a configuração do crime resta excluída se a conduta do agente estiver autorizada pelo Direito Tributário, pois a antijuridicidade penal decorre da antijuridicidade tributária (...).

Concluindo, uma decisão administrativa que desconstitui materialmente o crédito tributário não só repercute na esfera penal como também impede a própria condenação pelo crime de sonegação. Um fato materialmente lícito perante a lei tributária não pode ser tratado como ilícito pela lei penal, sob pena de o próprio sistema jurídico-constitucional mostrar-se incoerente (...).

Ressalto que tramita perante o douto juízo de direito da 3ª Vara de



Execução Fiscal de Belém ação visando a anulação do lançamento tributário que originou o crédito tributário objeto da suposta ação criminosa narrada nestes autos e, ao decidir sobre o mérito da causa fazendária, o julgador poderá entender nulo o lançamento, desconstituindo o crédito tributário; caso isto ocorra, teremos o seguinte quadro: a ora paciente será devedora de uma sanção penal pela prática de crime contra ordem tributária sem ser devedor de tributo, haja vista a invalidação do lançamento que constituiu o crédito tributário, tornando inexistente a obrigação tributária afirmada pelo Fisco Estadual.

A circunstância descrita ao norte seria teratológica para o Direito Penal Tributário, por isso, justificaria a suspensão da ação penal em 1º grau de jurisdição até a resolução definitiva da controvérsia relativa à nulidade ou não do lançamento tributário efetuado pela Fazenda Pública Estadual. Manuseando os autos, nota-se que o juízo cível entendeu, a priori, que a paciente cumpriu com seus deveres junto ao Fisco, pois deferiu o pedido de tutela antecipada para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (fls. 32-36), nos seguintes termos:

A análise dos fatos alegados em conjunto com os documentos juntados demonstra que a Autora cumpriu com seus deveres, sempre solicitando a prorrogação do Regime Especial dentro do prazo legal e adimplindo com os demais requisitos necessários ao deferimento da prorrogação, não havendo nos autos nenhum documento em sentido contrário, pelo contrário, pelos documentos juntados resta evidente que a Autora protocolizou dois pedidos de prorrogação do TA n°. 009/2008, docs 8 e 9, em face dos quais foram instaurados, respectivamente, o processo n°. 012009730019128-1 e o processo n° 012010730002470-0, contudo, não houve resposta do órgão fazendário nesses processos, o que só ocorreu em maio/2010, ocasião em que lhe foi concedido novo Regime Especial, sem menção expressa ao período de janeiro de 2010 à abril de 2010, que é objeto de autuação que se pretende suspender, posto que havia pedido de prorrogação de regime, cobrindo esse período. Verifica-se que de fato havia pedido de prorrogação de regime especial que englobaria o período da autuação, verifica-se ainda que era praxe da Ré convalidar os atos praticados com base no regime especial enquanto a Administração Tributária estivesse analisando o preenchimento dos requisitos para a concessão do TA n°. 009/208, observa-se ainda, que essa convalidação decorria do disposto no parágrafo único da cláusula terceira do Aditivo de Prorrogação ao Termo de Acordo n°. 009/2008. Portanto, vislumbro nestes autos prova inequívoca e verossimilhança das alegações suficientes à concessão da tutela requerida, havendo além da probabilidade do direito afirmado pela requerente, fundado receio de dano de difícil reparação, em face da constrição patrimonial e restrições ao exercício de sua atividade, decorrentes de inscrição em dívida ativa, não havendo qualquer perigo de irreversibilidade do provimento antecipatório. Grifo nosso.

Cumpra ao Poder Judiciário, sobretudo no campo do direito penal, ultima ratio, acautelar-se quanto ao risco de decisões conflitantes em relação aos



mesmos fatos discutidos em instâncias distintas. Na hipótese do juízo de direito da 3ª Vara de Execução Fiscal de Belém concluir pela nulidade do lançamento tributário e, via de efeito, desconstituir o crédito tributário, além de faltar a condição objetiva de punibilidade, inexistirá, formal e materialmente, tributo líquido e certo devido, o que atinge a tipicidade do fato. Vale dizer: inexistirá infração tributária, afastando-se, assim, a possibilidade de existir crime contra a ordem tributária.

Nessa linha de raciocínio, constato que o pronunciamento judicial definitivo a respeito da legalidade do lançamento tributário constitui questão prejudicial para o julgamento da ação penal em 2º grau de jurisdição, sob pena de confirmar-se uma sanção penal antes mesmo de o juízo natural apreciar a legalidade do procedimento administrativo-fiscal que deu origem ao crédito tributário.

Não se desconhece o entendimento assente no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, "a pendência de discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário perante o Poder Judiciário não obriga a suspensão da ação penal, dada a independência entre as esferas" (AgRg no REsp 1504695/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 1/12/2015, DJe 11/12/2015). No entanto, o existem julgados no próprio STJ que admitem a suspensão da ação penal, considerando o caso em concreto, in verbis:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL NA PENDÊNCIA DE DISCUSSÃO JUDICIAL DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. ART. 337-A DO CP. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CÍVEL E PENAL. PECULIARIDADE DO CASO. POSSIBILIDADE. DEPÓSITO INTEGRAL DO MONTANTE QUESTIONADO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 151 DO CTN. 1. Não se desconhece o entendimento assente nesta Corte, segundo o qual, "a pendência de discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário perante o Poder Judiciário não obriga a suspensão da ação penal, dada a independência entre as esferas" (AgRg no REsp 1504695/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 1/12/2015, DJe 11/12/2015). 2. No presente caso, houve a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em razão do depósito judicial do valor integral do débito previdenciário, com principal, acessórios e atualizações, tendo a empresa promovido a ação ordinária antes mesmo de a União promover a ação fiscal, encontrando-se o crédito previdenciário, que está sendo discutido em Juízo, devidamente garantido. 3. Assim, havendo a discussão quanto ao débito tributário em Ação Anulatória, no caso, objetivando o reconhecimento da isenção e/ou não incidência de contribuição previdenciária quando da distribuição de lucros aos empregados ocupantes de cargos de chefia e gerência da Autora, com a realização do depósito integral do montante questionado, o que é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN), é prudente que se determine a suspensão do processo, nos termos do art. 93 do Código de Processo Penal, até o julgamento definitivo na esfera cível. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no REsp 1332292/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA,



QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016). Grifo nosso.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FALTA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO DO ACUSADO. MERA INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE NORMAS TRIBUTÁRIAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. ACÓRDÃO OBJURGADO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES SODALÍCIO. 1. (...). AJUIZAMENTO DE AÇÃO ANULATÓRIA E POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ANISTIA QUANTO AO DÉBITO TRIBUTÁRIO. INVIABILIDADE DE TRANCAMENTO DO PROCESSO CRIMINAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL, CÍVEL E ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO DO FEITO ATÉ A CONCLUSÃO DO PROCESSO CÍVEL DETERMINADA PELA CORTE ESTADUAL. SUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. O ajuizamento de ação anulatória e a possibilidade de concessão de anistia não impedem a persecução criminal relativa ao mesmo débito tributário, já definitivamente constituído, dada a independência entre as instâncias penal, cível e administrativa. Precedentes. 2. A suspensão do andamento do feito pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo até o julgamento final da ação anulatória ajuizada pela empresa do recorrente constitui providência que se revela suficiente para evitar que sejam alvo de indevida persecução criminal, o que reforça a inexistência de constrangimento ilegal a ser reparado por esta Corte Superior de Justiça. 3. Recurso improvido. (RHC 57.192/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015). Grifo nosso.

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. WRIT IMPETRADO COMO SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO-CABIMENTO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. (ART. 168-A, § 1º, I, DO CPB). NATUREZA. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO. CRIME MATERIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PECULIARIDADES DO CASO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CÍVEL. DESCONSTITUIÇÃO DA NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO DE DÉBITO TRIBUTÁRIO E ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA SUSPENDENDO A EXIGIBILIDADE DO RESPECTIVO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DO PROCESSO (ART. 93, DO CPP). SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL (ART. 116, I, DO CP). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. (...) XII - Não se desconhece o entendimento assente nesta Corte, segundo o qual, havendo lançamento definitivo, a propositura de ação cível discutindo a exigibilidade do crédito tributário não obsta o prosseguimento da ação penal que apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária, tendo em vista a independência das esferas cível e penal, entretanto, no caso sob exame, há dúvida razoável sobre a existência ou exigibilidade do crédito tributário, consubstanciado na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito que ampara a denúncia e a condenação em sede de apelação. XIII - Não há que se falar em trancamento da ação penal, uma vez que o crédito tributário não foi definitivamente desconstituído, entretanto, verificada a presença de questão prejudicial heterogênea facultativa,



consistente na pendência de decisão judicial definitiva de questão cível, com interferência direta na existência da própria infração penal, recomendável, na espécie, a aplicação do disposto no art. 93 do Código de Processo Penal, determinando-se a suspensão do processo criminal até o deslinde final da questão cível. XIV - Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem de ofício para suspender o processo criminal, nos termos do art. 93 do Código de Processo Penal, até o trânsito em julgado da ação cível, não correndo o prazo prescricional no período, nos termos do art. 116, I, do Código Penal. (HC 266.462/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2014, REPDJe 30/04/2014, DJe 12/03/2014). Grifo nosso.

Desse modo, como não existe pronunciamento definitivo do juízo da 3ª Vara de Execução Fiscal de Belém acerca da questão prejudicial ao julgamento desta causa (a legalidade ou ilegalidade do lançamento tributário contrastado nos autos do processo nº 0001053-97.2015.814.0301, entendo razoável, neste momento, determinar a suspensão da ação penal até o trânsito em julgado da ação cível, na qual será aferida a higidez ou não do procedimento administrativo de constituição do crédito tributário reclamado pelo Fisco Estadual e sobre o qual incide, em tese, a conduta criminosa assestada na denúncia, consoante autoriza o artigo 93 do Código de Processo Penal, in verbis:

Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

Com efeito, nos termos do artigo 116, inciso I, do Código Penal, declaro a suspensão do curso da prescrição enquanto não resolvida, no juízo natural, a questão prejudicial relativo à legalidade ou ilegalidade do lançamento tributário objetado nos autos da ação anulatória 0001053-97.2015.814.0301, em trâmite perante o juízo de direito da 3ª Vara de Execução Fiscal de Belém. Para melhor compreensão, transcrevo o dispositivo legal ora focado, in verbis:

Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htmI - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime.

Por tais razões de decidir, concedo a ordem de Habeas Corpus em parte apenas para suspender a ação penal nos termos do art. 93 do Código de Processo Penal, até o trânsito em julgado da ação cível, não correndo o prazo prescricional no período, nos termos do art. 116, I, do Código Penal.



É como voto.

Belém/PA, 16 de janeiro de 2017.

Relatora ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.
Juíza Convocada.